

PAINEL IV

DIREITOS FUNDAMENTAIS E
PROCESSO ADMINISTRATIVO
DEMOCRÁTICO

EL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO*

FEDERICO JOSÉ LISA

1 Introducción: las funciones del procedimiento administrativo y el silencio de la Administración

Una vez resuelto el interrogante acerca de “qué” es el procedimiento administrativo (es decir, la cuestión estructural), la doctrina —destacadamente la italiana—¹ comenzó a preguntarse en torno a las funciones, esto es, “para qué” sirve el procedimiento administrativo.

A ello se dieron diversas respuestas; entre otras: a) reflejar a la organización administrativa;² b) posibilitar la conciliación;³ c) limitar a

* Ponencia presentada en el I CONGRESSO DA REDE DOCENTE EUROLATINOAMERICANA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, en el panel: “Desenvolvimento urbano e o direito fundamental à cidade”, a las 20h del día 22.02.2011, en la Pontificia Universidade Católica do Paraná.

¹ Sobre el punto, puede verse CORSO, Guido. El procedimiento administrativo en Italia. De cauce formal de la actuación administrativa a instrumento de tutela del ciudadano. In: BARNES VÁZQUEZ, Javier (Coordinador). *El procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado*. Madrid: Civitas, 1993, p. 477 y ss.

² Cassese señala que el procedimiento es algo más que una actividad preparatoria: es el reflejo, en la actividad, de la organización (el procedimiento es el aspecto dinámico de la organización) (CASSESE, Sabino. *Las bases del Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1994, p. 251).

³ El procedimiento posibilita la conciliación; esto es, la composición de un interés privado y uno público, lo que, a su vez, se traduce en lo que algunos llaman el “efecto filtro” del procedimiento administrativo respecto de una eventual contienda judicial. Sin embargo,

la actividad administrativa;⁴ d) reflejar la verdadera realidad del acto final;⁵ e) servir a la eficacia de la Administración;⁶ f) actuar el principio de participación democrática;⁷ g) expresar el ejercicio de la función administrativa; y, en definitiva, realizar el Derecho Administrativo.⁸

no menos importante es el procedimiento administrativo como espacio de composición de “intereses públicos”. En ese orden, es sabido que el “interés público” no es algo homogéneo, ni existe “un” interés público. Por el contrario, se sostiene la heterogeneidad de los intereses públicos: es que, principalmente después de la consolidación del Estado de pluralidad de clases, cada interés colectivo es susceptible de reconocimiento y de tutela pública (GIANNINI, Massimo Severo. *Derecho Administrativo*. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991, p. 129). Las leyes, al canonizar dichos intereses, no pueden establecer siempre una escala entre todos ellos, indicando cuál debe prevalecer, por lo que aparecen aquí las Administraciones —no el juez judicial— como árbitro en la tutela de intereses públicos concurrentes. Pues bien, estas Administraciones Públicas serían un campo de batalla —dice CASSESE— si no existiese una ordenación procedimental de su actividad. Así, el procedimiento realiza una función de solución de conflictos entre intereses colectivos que, convertidos en públicos, se reproducen en el seno de las Administraciones. El procedimiento, por lo tanto, fija las reglas a través de las cuales se da prevalencia a unos intereses públicos respecto de otros (CASSESE, Sabino, op. cit., p. 252).

- ⁴ Esta función se cumple, básica pero no exclusivamente, a través de tres vías: el superior jerárquico (el procedimiento administrativo permite el control del superior sobre la actividad del inferior, no sólo sobre la legalidad, sino también sobre la oportunidad, mérito o conveniencia); el particular (permitiendo su defensa); y el juez (gracias al procedimiento administrativo, el juez, como límite externo, está en grado de recorrer, desde el acto impugnado y volviendo hacia atrás, todos los demás actos que han contribuido, más o menos directamente, a formarlo).
- ⁵ Si —como en general se admite— el procedimiento administrativo es una secuencia de actos con homogeneidad en el fin (el dictado del acto final), resulta evidente que ese acto administrativo final no es más que una parte de una realidad mayor, que es externa al acto, pero no por ello extraña a él. Por ende, puede afirmarse que los límites del acto en verdad no están en el propio acto, sino que su realidad es la del procedimiento administrativo en el cual dicho acto se inserta. Como es obvio, se trata de una visión que resulta de decisiva incidencia en el ámbito del control de legitimidad, pues considerar aisladamente a un acto administrativo, es decir, al margen de su procedimiento, puede mutilar la realidad y ello conducir a resultados injustos. Las bondades de esta concepción superadora son especialmente verificables cuando se trata de la exigencia de la motivación, la que, como dice Giannini, “puede resultar de otros actos o de otras fases del procedimiento de formación del acto” (GIANNINI, Massimo Severo. *Motivazione dell’atto amministrativo*. en *Enciclopedia del Diritto*, v. XXVII, Milán: Giuffrè Editore, 1977, p. 257 y ss [en especial p. 260]).
- ⁶ Se trata de una consecuencia de todo lo anterior: sin procedimientos administrativos las Administraciones Públicas, o los distintos órganos de una misma Administración Pública, se contradirían en las decisiones, tornándose además imposible el control por el superior, por el particular, y por el juez.
- ⁷ En Italia, señala Corso —con razón— que el procedimiento administrativo es el instrumento de la participación democrática, pues mediante él se logra implicar a los ciudadanos en el ejercicio de la actividad administrativa. En similar sentido, en Francia, Jean-Pierre Ferrier describe el doble objetivo del procedimiento administrativo no contencioso: otorgar una información más completa y un verdadero derecho de expresión del ciudadano, de modo tal de lograr “la adhesión del mayor número posible de personas a una fase de reflexión y expresión”, lo que se considera “una exigencia de la democracia”. En Alemania, Schmidt-Assmann señala que “numerosas son las relaciones que guarda el procedimiento administrativo con el principio democrático”: “la democracia representativa es una democracia impregnada de procedimiento” (In: BARNES VÁZQUEZ, Javier (Coordinador). *El procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado*. Madrid: Civitas, 1993, *El procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado*, op. cit., ps. 479, 371 y 334, respectivamente).
- ⁸ WAHL, Rainer. Citado por SCHMIDT-ASSMANN, op. cit., p. 335.

Pues bien, todas esas funciones, todos esos nobles y trascendentes objetivos, se frustran dramáticamente frente al silencio de la Administración.

En efecto, dicho silencio cancela por completo todo intento de conciliación; claramente disminuye las posibilidades de control; priva de concreción a la participación democrática que eventualmente pueda aportar el procedimiento; y, en fin, nos pone de cara ante una Administración ineficaz.

Pero de todos esos frustrados fines, los que ahora más nos interesan por su vinculación con los Derechos Fundamentales, son los que presentan al procedimiento administrativo como un modo de actuación del ejercicio de la función administrativa y, en definitiva, de realización del Derecho Administrativo mismo.

Efectivamente, si el fin esencial de la función administrativa es la gestión directa e inmediata del bien común, es posible afirmar que el procedimiento administrativo, y su régimen jurídico tienen carácter instrumental en la relación con la gestión del bien común.

De ese modo, las formas —y el procedimiento es “forma”— pasan a cumplir un doble papel tuitivo: asegurar, por un lado, la eficacia de la gestión de la Administración, pero, por el otro, *el respeto de los derechos e intereses particulares*.⁹

A su vez, si —como anunciamos— la función última del procedimiento administrativo es actuar al Derecho Administrativo, y, a la par, si éste —como régimen exorbitante— encarna no sólo prerrogativas públicas sino también garantías de los particulares, muchas de las cuales se erigen en verdaderos Derechos Fundamentales,¹⁰ concluimos que con el silencio administrativo tales garantías no alcanzan a realizarse.

En suma, el silencio de la Administración en el procedimiento administrativo se opone claramente a la vigencia plena de algunos Derechos Fundamentales.

⁹ COMADIRA, Julio Rodolfo. *Procedimientos Administrativos – Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada*. t. I. Buenos Aires: La Ley, 2002, p. 5.

¹⁰ Es innegable la estrecha relación existente entre Derecho Administrativo y Derechos Fundamentales. De tal modo que desde Meilán Gil se habla de un Derecho Administrativo Constitucional, “en el que juegan un papel estelar los derechos fundamentales de la persona, principios y límites a los que debe someterse el poder público en un Estado de Derecho” (RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El interés general como categoría central de la actuación de las Administraciones Públicas. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Guilherme Amintas Pazinato da Silva (Coords.). *Direito Administrativo e Integração Regional: Anais do V Congresso de Direito Público do Mercosul e do X Congresso Paranaense de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 105-130).

2 El silencio en general: las contradicciones del silencio

Antes de ahora, hemos tenido oportunidad de referir a las profundas contradicciones que encarna el silencio,¹¹ señalando que basta, para así confirmarlo, con recurrir a la música: ámbito en el que paradójicamente “escuchamos” que sin silencio no hay música;¹² y más aún, que hay música con sólo silencio, según lo demuestra la obra 4'33" (1952) de John Cage, cuya partitura especifica que el intérprete no ejecutará sonido alguno en su instrumento durante los 4 minutos y 33 segundos que dura la composición.

Por lo tanto, sabíamos que sin silencio no hay música, pero desde Cage tenemos que asumir que hay música con sólo silencio.

Pues bien, traslademos esta contradicción al mundo de los valores.

Desde un plano axiológico, vemos que el silencio tiene tanto la potencialidad de enaltecer a la persona como de degradarla.

A veces el silencio es un lugar de encuentro, mientras que, por momentos, observamos que el silencio entre las personas puede ser índice de discordia y desencuentro; a menudo el silencio es verdad, mientras que en otras ocasiones “es la peor mentira” (Miguel de Unamuno); asimismo, el silencio puede hacernos héroes, pero otras veces, desgraciadamente las más, puede hacernos cobardes; en determinadas circunstancias el silencio traduce honestidad, mientras que otras veces revela una despreciable complicidad; frente a ciertas situaciones adquiere la forma del más solemne de los respetos, pero, en otras, puede ser verdaderamente ofensivo; algunas veces el que “calla otorga”, mientras que en las más, conforme al principio *qui tacet non consentire videtur* —recibido por el Derecho argentino—, el que calla deniega.¹³

¹¹ LISA, Federico José. La responsabilidad de los funcionarios por el silencio administrativo. In: *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público*: Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho. Buenos Aires: RAP S.A., 2008, p. 903-933. Ver también LISA, Federico José. Agotamiento de la instancia administrativa y silencio administrativo frente al derecho del administrado a obtener una “resolución expresa. In: *XXXI Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Año XXVIII, n° 336, Buenos Aires, 2006, p. 165-206. En su mayoría, las ideas que ahora comparto sobre el silencio y el silencio administrativo han sido, con algunas modulaciones, también consideradas en esos trabajos.

¹² MACONIE, Robin. *The Concept of Music*. Oxford: Clarendon Press, 1990, p. 66.

¹³ En el Derecho argentino el silencio es una conducta inapta como manifestación positiva de voluntad, debiéndose ser interpretado, salvo disposición expresa en contrario, en sentido negativo (arts. 913, 918, 919, 1145 y 1146 del Código Civil argentino).

En definitiva, confirmando lo señalado por Heidegger acerca de que la “silenciosidad es un modo de hablar”¹⁴ y lo relatado —en Argentina— por el poeta y jurista Alberto M. Sánchez respecto a que “el silencio es el otro yo de la palabra”,¹⁵ vemos que pocos comportamientos humanos como el silencio reciben tan contradictorias y antitéticas valoraciones según el contexto en el que se desarrolla.

3 Silencio y Derecho

Obviamente, tal variedad de valoraciones tiene su reflejo en el ámbito mismo del Derecho.

Así, vemos que algunas veces el silencio es indiferente para el Derecho; pero que otras veces se erige bajo la forma de un “derecho” ya individual (*v.gr.*, el derecho del imputado a guardar silencio), ya de incidencia colectiva (*v.gr.*, el “derecho al silencio” en materia ambiental); mientras que otras constituye un verdadero “deber” jurídico (tal el supuesto genérico de los llamados “secretos profesionales”, o el del deber de “sigilo” y el “secreto” de los funcionarios públicos).

En consecuencia, y dejando de lado los supuestos de indiferencia para el Derecho, el silencio puede constituir el cumplimiento de una norma jurídica; mientras que en otras ocasiones supone una infracción al ordenamiento jurídico.

4 El silencio administrativo

4.a Inactividad administrativa material y formal

Sabemos que el Estado no es estático sino dinámico, y que, a su vez, la “función” administrativa supone —incluso etimológicamente— “actividad”. Ambos datos desde ya explican que el Derecho Administrativo le dedique la mayor parte de sus capítulos a la actividad administrativa: el acto administrativo, el contrato administrativo, el servicio público, la actividad de gravamen o de policía, el fomento, las sanciones administrativas, etc.

Pues bien, en ese contexto de frenética dinámica, es natural que a la inactividad administrativa generalmente se la estudie, sobre todo

¹⁴ HEIDEGGER, Martín. *El ser y el tiempo*. México: Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 185.

¹⁵ SÁNCHEZ, Alberto M. *La palabra y la promesa*. Presentación. San Juan: Ateneo Cruz del Sur — Biblioteca de Autores Sanjuaninos, p. 7.

en un aparente Estado Social de Derecho, como una patología de la Administración en el cumplimiento de sus fines.

La falta de conservación de los bienes del dominio público; la falta de adopción de medidas de policía; en fin, todas aquellas inactividades que podrían dar lugar incluso a la responsabilidad del Estado por omisión, constituyen lo que se conoce como inactividad material.

En cambio, cuando se examina el “silencio administrativo” referimos a la inactividad formal, distinción ésta que — como resulta por todos conocido — fue formulada por Alejandro Nieto, para quien mientras el concepto de inactividad material se corresponde con la idea ordinaria de la misma (es una pasividad, un no hacer de la Administración en el marco de sus competencias ordinarias), la inactividad formal alude, por su parte, a la pasividad de la Administración (y sus funcionarios) dentro de un procedimiento administrativo, siendo la simple no contestación a una petición de los particulares.

Estas consideraciones preliminares ya nos permiten precisar la noción de silencio administrativo.

En primer lugar, observamos que no toda inactividad de los órganos del Estado es silencio; y que no todo silencio de la Administración es “silencio administrativo”.

Por ello excluimos liminarmente al silencio del particular, aun cuando se produce en el ámbito del procedimiento administrativo; y, ya dentro de las funciones estatales, dejamos de lado también al silencio del juez, cuya demora (retardo) — que no tiene, necesariamente, el signo de lo ilegítimo — se somete a un régimen jurídico por completo distinto al del silencio administrativo, como así también el del legislador, que puede dar lugar a los supuestos de inconstitucionalidad por omisión.

Y más específicamente en el ámbito de las funciones administrativas, excluimos también al silencio de la Administración (y sus funcionarios) en el ejercicio de sus potestades reglamentarias, y las denominadas inactividad contractual y procesal.

En suma, nos vamos a quedar con el silencio administrativo como “inactividad formal singular” derivada del incumplimiento del deber de resolver; deber este que, como veremos, surge principalmente del derecho del particular a obtener una “resolución expresa”.

4.b El deber de resolver

Partimos entonces de la base de que el silencio es esencialmente *inactividad*, lo que, en principio, puede resultar jurídicamente relevante sólo si existe el deber de realizar la respectiva actividad.

Esto, aunque es de una gran obviedad, nos permite por lo pronto verificar lo ya anunciado acerca de que no todo silencio de la Administración es “silencio administrativo”.

En efecto, sin perjuicio de los criterios doctrinarios más amplios en orden a la inactividad formal de la Administración, sólo hablamos de “silencio administrativo” cuando existe el *deber de resolver* de la Administración (y, por ende, de sus funcionarios):¹⁶ sin deber de resolver no hay “silencio administrativo”, al menos en el sentido restringido al que estamos refiriendo.

Nos permite, también, confirmar que el “silencio administrativo” constituye, antes que nada, una violación a ese deber de resolver, es decir, un comportamiento que en sí mismo es antijurídico: una verdadera “infracción por omisión”.¹⁷

Como con toda claridad lo dicen Villar Palasí y Villar Ezcurra, el silencio de la Administración ante una pretensión a ella dirigida es la “comisión, por omisión, de una infracción del ordenamiento jurídico”.¹⁸

4.c El derecho del particular a obtener una “resolución expresa”

Conforme hemos adelantado, puede como principio establecerse un paralelismo entre el deber de resolver de la Administración y el derecho del particular a obtener una “resolución expresa”: en efecto, no es dudoso que allí donde hay derecho a una “resolución expresa”, hay deber de resolver, cuyo incumplimiento puede suscitar “silencio administrativo”.

En cambio, no siempre donde hay deber de resolver existe el correlativo derecho para el particular a obtener una “resolución expresa”, pues tal deber podría surgir de una fuente jurídica distinta a ese derecho.¹⁹

¹⁶ GRECCO advierte acerca de que la distinción no carece de importancia, “alcanzando en tal sentido con indicar [...] que la aplicación global del artículo 10 de la L.N.P.A. a todas las áreas de gestión posible de la Administración —como alguna descaminada jurisprudencia ha pretendido— conduce a verdaderos despropósitos” (GRECCO, Carlos Manuel. *Disciplina del silencio administrativo en el marco regulatorio del transporte y distribución del gas natural*; In: Carlos Manuel Grecco; Guillermo Andrés Muñoz. *Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p. 218).

¹⁷ MUÑOZ, Guillermo A. *Silencio de la Administración y plazos de caducidad*. Buenos Aires: Astrea, 1982, p. 61, 64, 70 y ss. En contra: HUTCHINSON, Tomás. *Digesto práctico La Ley – Procedimiento Administrativo*, Director: Tomás Hutchinson, Primera Edición, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 294, parágrafo 1670).

¹⁸ VILLAR PALASÍ, José Luis; VILLAR EZCURRA, José Luis. *Principios de Derecho Administrativo*. 2. ed. t. II: Actos, Recursos, Jurisdicción Contencioso-administrativa. Madrid: Sección de Publicaciones Universidad Complutense – Facultad de Derecho, 1987, p. 91.

¹⁹ A nuestro modo de ver, es el supuesto —entre otros— del silencio positivo *contra legem*, en el que el deber de resolver puede reconocer su fundamento en el principio de legalidad

Con todo, a los fines de esta intervención —vinculada a los derechos fundamentales en el procedimiento administrativo—, nos limitaremos al deber de resolver que surge del derecho del particular a obtener una “resolución expresa”.

4.d Los principios y normas jurídicas sobre el derecho a obtener una “resolución expresa” y sobre el deber de resolver

El derecho a obtener una “resolución expresa” y el correlativo deber del funcionario de resolver pueden extraerse de diversos principios y normas jurídicas.

4.d.1 El derecho fundamental a peticionar ante las autoridades

No es dudoso que el multiforme derecho a peticionar ante las autoridades es, aunque no absoluto, sí el más absoluto de los derechos constitucionales: todos los habitantes pueden pedir ante las autoridades.

En Argentina, pueden mencionarse los artículos 14 (derecho a peticionar a las autoridades) y 18 (derecho de defensa) de la Constitución nacional, y, en particular el artículo 24 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, según el cual “*toda persona* tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de *obtener pronta resolución*”.

Por su parte, las modernas constituciones argentinas de provincia se han ocupado de la cuestión.

Así, la Constitución de Chaco (1994) y la de Córdoba (2001) regulan expresamente y en similares términos el derecho a peticionar y a “obtener respuesta”,²⁰ mientras que la de Jujuy (1986) dispone que

o juridicidad, y no ya en el derecho del particular a obtener una “resolución expresa”. Es más, seguramente el particular beneficiado con un acto presunto *contra legem*, no sólo que no va a ejercer su derecho a obtener una “resolución expresa”, sino que va a buscar que la Administración “calle para siempre”, a fin de gozar —por el mayor tiempo posible— de las ventajas que la ilegalidad puede significarle.

²⁰ Chaco: Art. 15: “La Provincia, dentro de la esfera de sus atribuciones, garantiza a todas las personas el goce de los siguientes derechos: (...) 5. A peticionar a las autoridades y a *obtener respuesta* de ellas; a acceder a la jurisdicción y a la defensa de sus derechos”. Córdoba: Art. 19: “todas las personas en la Provincia gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: (...) 9. A peticionar ante las autoridades y *obtener*

las autoridades “estarán obligadas a pronunciarse dentro del plazo que establezca la ley o en su defecto en el que fuere razonable” (artículo 33); y la de Chubut (1994) exige que la respuesta sea “adecuada y por escrito en la forma que determine la ley” (artículo 18, inciso 8).

Similar disposición tiene la Constitución de San Luis (1987), en cuanto ordena que “la autoridad a la que se haya dirigido la petición, está obligada a hacer conocer por escrito al peticionario la resolución pertinente, que debe producir de acuerdo a la ley y bajo las penalidades que se determinen legislativamente” (artículo 17); siendo sustancialmente análoga a ella la de Neuquén (1994; artículo 15), y la de La Rioja (2002), cuyo artículo 41 establece que “la autoridad a que se haya dirigido la petición está obligada a comunicar por escrito al solicitante la resolución pertinente”.

Por último, las de Tierra del Fuego (1991; 14, inciso 9) y Santiago del Estero (2002; artículo 16, inciso 6), establecen coincidentemente el derecho a obtener de las autoridades “respuesta fehaciente”.

En síntesis, y sin perjuicio de las precisiones que más adelante haremos, parecería claro que el derecho a peticionar ante las autoridades incluye el derecho constitucional a obtener “resolución expresa”.²¹

4.d.2 El derecho fundamental a la tutela “administrativa” efectiva

En orden al derecho a obtener “resolución expresa” y al correlativo deber de resolver, puede también mencionarse el llamado “derecho a la tutela *administrativa* efectiva”, previsto en el artículo 2.3, especialmente incisos a) y b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, según los cuales los Estados Partes se comprometen a garantizar que “*toda persona cuyos derechos o libertades reconocidas en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de funciones oficiales*”; agregándose en el inciso b) que “la autoridad competente judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, *decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial*”.

respuesta y acceder a la jurisdicción y a la defensa de sus derechos” (artículo 19, inciso 9).

²¹ Como señala Grecco, “parece ciertamente indiscutible que las derivaciones que del derecho de petición se desprenden deben encontrar cauce adecuado, esencialmente, en la obligación de responder a tales peticiones [...]” (GRECCO, Carlos. Sobre el silencio de la Administración, L.L. 1980-C-777, y en GRECCO, Carlos. *Derecho Administrativo — Doctrinas Esenciales*. Agustín Gordillo (Director), t. III, Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 1007 y ss).

Este derecho ha sido expresamente mencionado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en la causa “Astorga Bracht”;²² y supone — para el Alto Tribunal — “la posibilidad de ocurrir ante [...] las autoridades administrativas competentes y obtener de ellas [...] decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes”, requiriendo, “por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un [...] procedimiento conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una [...] decisión fundada”; es decir, no con el silencio.

4.d.3 Los principios y normas del procedimiento administrativo y el régimen jurídico de los actos administrativos expresos

En Brasil, el deber de resolver de la Administración y, por lo tanto, el derecho del particular a obtener una “resolución expresa” surge claramente del artículo 48 de la ley federal 9784, según el cual “A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência”.

En ausencia de normas como la anteriormente transcripta, el deber de resolver y el derecho del particular a una decisión o “resolución expresa” pueden también extraerse de los principios mismos del procedimiento administrativo.

Así, se mencionan los principios de impulsión e instrucción de oficio; celeridad, economía, sencillez y eficacia; y, obviamente, el principio del debido proceso (procedimiento) adjetivo.

Criterios tales recuerdan que en España algunos extraen la obligación administrativa de dictar “resolución expresa” directamente del principio constitucional de eficacia (art. 103.1. CE), señalándose que “la regulación del procedimiento administrativo común carecería de toda virtualidad práctica si no se hubiera regulado con toda contundencia la obligación de la Administración de resolver expresamente pues, de lo contrario, se estaría vaciando de contenido al artículo 103.1 de nuestra más Alta Norma, consagrador del principio de eficacia que exige que la Administración resuelva expresamente las solicitudes y recursos

²² Fallos 327:4185, del 14.10.2004.

que se le formulen [...]”.²³ En similar sentido, Cassagne indica que la obligación de resolver “constituye la esencia de una buena y eficaz Administración”.²⁴

A su vez, es claro que el derecho a obtener una “resolución expresa” puede extraerse del principio del debido proceso (procedimiento) adjetivo, el cual incluye —como es sabido— el derecho a obtener una decisión que, como tiene que ser “fundada”, debe ser “expresa”.

Asimismo, el deber de la Administración de resolver puede derivarse de las regulaciones legales acerca de los elementos (o, según el régimen, “requisitos de validez”) de los actos administrativos expesos: particularmente de la exigencia vinculada a la motivación, y de los caracteres de la competencia, particularmente el carácter obligatorio e irrenunciable de su ejercicio.

En Argentina, la ley nacional 19.549 (de procedimiento administrativo) establece que el ejercicio de la competencia “constituye una obligación de la autoridad” (artículo 3); fórmula esta que —palabras más, palabras menos— se reproduce en algunos regímenes provinciales.²⁵

Otros regímenes estaduales argentinos, aunque no refieren expresamente a la “obligación” ni al “deber” de ejercer la competencia, utilizan sin embargo giros que sugieren la imperatividad de su ejercicio.²⁶

A su vez, y tal como lo hace la legislación federal brasileña (ley 9784, arts. 2-II, y 11),²⁷ la mayoría de los regímenes provinciales mencionados refiere —en sentido concordante— al carácter “irrenunciable” de la competencia.

²³ GUILLÉN PÉREZ, María Eugenia. *El silencio administrativo. El control judicial de la inactividad administrativa*. Madrid: Colex, 1996, p. 100.

²⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. Las vicisitudes del silencio administrativo. In: *Derecho Administrativo — Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010, Año 22, p. 404.

²⁵ Entre otros: San Juan (ley 3784, artículo 3; año 1973); Tucumán (ley 4537, artículo 5; año 1976); La Pampa (ley 951; artículo 15; año 1979); Santa Cruz (ley 1260, artículo 3; año 1979); y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (decreto 1510/97, artículo 2).

²⁶ “Se ejercerá” (Provincia de Buenos Aires, decreto-ley 7647/70; Río Negro, ley 2938, artículo 4); “será ejercida” (Córdoba, ley 5350, artículo 3; Chubut, ley 920, artículo 4); “debe ser ejercida” (Neuquén, ley 1284; artículo 4); o “debiendo ser ejercida” (Catamarca, ley 3559, artículo 2; Formosa, ley 971, artículo 5; La Rioja, ley 4044, artículo 2; Mendoza, ley 3909, artículo 2; Misiones, ley 2970, artículo 4; y Salta, ley 5348, artículo 2).

²⁷ Ley 9784: Art. 2-II “[...] Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...] atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei”; Art. 11: “Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos”.

Por último, son de inexorable consideración las disposiciones normativas que rigen los plazos en el procedimiento administrativo, los cuales, de conformidad a la generalidad de los ordenamientos, son obligatorios para los interesados y para la Administración.

5 Precisiones en torno al deber de resolver y al derecho del particular a obtener una “resolución expresa”

Ahora bien: aunque, como vimos, resulta claro que el derecho a peticionar ante las autoridades incluye el de obtener una “resolución expresa”, no es en cambio tan evidente que ello sea así siempre y en todos los casos.

Al respecto, y aun a la luz de las normas y principios mencionados, entendemos que la Administración no está siempre obligada a resolver expresamente cualquier petición que cualquiera le haga.

Comenzamos recordando a Linares Quintana, quien hace ya más de cincuenta años expresaba que “resultaría absurdo pretender que los gobernantes dedicaran todo su tiempo —si es que éste llegara a alcanzarles— a decidir con respecto a todos los pedidos que les fueran interpuestos”.²⁸

Se trata de un dato de la realidad, el cual, si ha cambiado con el tiempo, es a favor de una mayor congestión administrativa.

Al respecto, no puede soslayarse que la felizmente mayor democratización de la sociedad conduce necesariamente hacia una mayor procedimentalización de la actividad estatal;²⁹ ni marginarse los pavorosos índices de conflictividad propios de las situaciones de crisis económicas, sociales, culturales, etc., las que, por lo demás, no se arreglan con el derecho a obtener una “resolución expresa”.

Se suman también las nuevas técnicas de participación ciudadana (principalmente mediante el derecho a la información y el acceso a la documentación), donde, al parecer, cualquiera puede pedir cualquier cosa, e informarse de cualquier asunto.

Y bien, aunque deben aplaudirse estos crecimientos en términos republicanos y democráticos, no es claro que esos avances estén siempre

²⁸ LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional argentino y comparado*. t. III. Buenos Aires: Alfa, 1956, p. 790.

²⁹ LAVAGNA, Carlo. Considerazioni sui caratteri degli ordinamenti democratici, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, p. 392 y ss.

acompañados de un correlativo crecimiento de las infraestructuras administrativas materiales, de personal, tecnológicas, ni culturales, pudiéndose afirmar que la recepción indiscriminada del derecho a obtener una “resolución expresa” — que obviamente no es absoluto — y la automática imposición del deber de resolver, conduciría a resultados nefastos, pudiendo interferir en el colapsado ejercicio de la función administrativa.

Por lo tanto, deben inexorablemente existir algunas precisiones respecto del alcance del mencionado derecho y del aludido deber de la Administración.

5.a La legitimación

Una primera precisión podría ser la siguiente: sin procedimiento administrativo no hay derecho a una “resolución expresa” ni, por ende, deber de resolver.

Y bien, para “ingresar” a un procedimiento administrativo y gozar de sus garantías se necesita “legitimación”, sin la cual no hay procedimiento administrativo, ni, en consecuencia, deber de resolver ni derecho a una “resolución expresa”.

Así verificamos el lúcido aserto de Muñoz acerca de que “la inactividad formal de la Administración [...] no se produce espontáneamente. Siempre es la falta de respuesta a una pretensión formulada por un particular. Opera, pues, en el plano de las relaciones jurídicas en las cuales se articula el derecho a decisión expresa que tienen los recurrentes, y el deber de dictarla que pesa sobre la Administración”.³⁰

A nuestro modo de ver, y sin desconocer la existencia de destacadas opiniones en contrario,³¹ este deber existe exclusivamente a favor de quienes titularizan derechos subjetivos e intereses legítimos (o en general “intereses jurídicamente protegidos”, fórmula esta que incluye a los intereses colectivos y difusos),³² y no, en cambio, respecto

³⁰ MUÑOZ, Guillermo A. *Silencio...*, op. cit., p. 70.

³¹ MONTI, Laura. Algunas consideraciones sobre las reclamaciones administrativas regladas. *Jurisprudencia Argentina, Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1.6.2005, 2005-II, Suplemento, Lexis Nexis. HALPERÍN, David Andrés. La acción de amparo por mora de la Administración. In: *Derecho procesal administrativo*. Tomo 2. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 1656; CIENFUEGOS SALGADO, David. *El Derecho de Petición en México*, en www.bibliojuridica.org.

³² Como lo hace el artículo 9 de la ley federal 9.784/99 de Brasil, según el cual “São legitimados como interessados no processo administrativo: I — pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do di-

de quienes son titulares de meros intereses simples, quienes, al no poder ser “parte” en los procedimientos administrativos, tampoco gozan de sus garantías, contando a lo sumo con la posibilidad de efectuar meras denuncias administrativas.³³

A esto lo demuestran las legislaciones argentinas de provincia, las que en su mayoría reconocen legitimación en el procedimiento administrativo sólo a los titulares de derechos subjetivos e intereses legítimos (Catamarca, Córdoba, Corrientes, Chaco, Chubut, Formosa, Jujuy, La Rioja; Mendoza; Salta; San Juan; Santa Cruz; Santiago del Estero; Tucumán; Ciudad de Buenos Aires; etc.).³⁴

Y aun cuando algunos regímenes aluden al “interesado” (caso de las legislaciones de las Provincias de Entre Ríos y San Luis, por ejemplo) se ha entendido que tal carácter “es equivalente en el derecho procedimental administrativo al concepto de ‘parte’ empleado por el derecho procesal judicial”.³⁵

Por lo demás, destacamos que el artículo 10 de la ley nacional argentina 19.549 (de procedimientos administrativos),³⁶ el cual regula nada menos que el signo del silencio, lo hace, en cuanto al negativo, oponiéndolo (“frente”) a “pretensiones que requieran de ella [la

reito de representação; II — aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada; III — as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos; IV — as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos”.

³³ Entre muchos otros autores: COMADIRA, Julio Rodolfo. *Procedimientos Administrativos...*, op. cit., ps. 69 y ss. GRECCO, Carlos M. Ensayo preliminar sobre los denominados intereses “difusos” o “colectivos” y su protección judicial. In: Carlos Manuel Grecco; Guillermo Andrés Muñoz. *Fragments...*, op. cit. p. 687 (en especial p. 691). HALPERÍN, David Andrés. La acción de amparo por mora de la Administración. In: *Derecho procesal administrativo*. Tomo 2. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 1656. Aclaro, a todo evento, que la denuncia de ilegitimidad no es, propiamente, una “denuncia”, sino — como dice Comadira — un recurso administrativo impropio (ver COMADIRA, Julio Rodolfo. *Procedimientos...*, op. y loc. cit.).

³⁴ Particularidades presentan las legislaciones de La Pampa (en cuanto establece que también podrán formular peticiones los portadores de un interés simple); Tierra del Fuego (que refiere a toda persona que invoque una afectación en sus intereses) y Neuquén (que alude a la figura de derecho subjetivo público, a la que define como la facultad de exigir, para resguardo propio o de la legalidad misma, prestaciones o abstenciones administrativas debidas a los administrados en situaciones de exclusividad, concurrencia o generalidad).

³⁵ HUTCHINSON, Tomás. *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Reglamento de la ley 19.549. Comentado, anotado y concordado*. Tomo II. Buenos Aires: Astrea, 1988, p. 53.

³⁶ Según el cual “El silencio o la ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa. Sólo mediando disposición expresa podrá acordarse al silencio sentido positivo. Si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de SESENTA días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros TREINTA días sin producirse dicha resolución, se considerará que hay silencio de la Administración”.

Administración] un pronunciamiento concreto”; ni que el artículo 28 de esa ley 19.549 legitima para el amparo por mora a quien “fuere parte en un expediente administrativo”,³⁷ es decir, a quien invoque un derecho subjetivo o un interés legítimo (art. 3, decreto 1759/72).³⁸

En suma, y como lo decía Muñoz —hace años— al analizar la inactividad de la Administración, “la existencia de intereses jurídicamente protegidos sigue siendo la pieza clave para exigir conductas activas de la Administración”,³⁹ entre ellas, un pronunciamiento expreso.

5.b Los deberes del particular en el procedimiento administrativo

Con relación al deber de resolver de la Administración y al derecho del particular a obtener una “resolución expresa”, podemos hacer algunas precisiones más: aun cuando intervenga en el procedimiento administrativo quien está debidamente legitimado por ser titular de un derecho subjetivo, o de un interés legítimo, colectivo o difuso, estimamos que igualmente puede no existir el deber de resolver cuando el particular viola los “deberes” (algunos de ellos Fundamentales) a que está sometido en el procedimiento administrativo.

Como alguna vez lo hemos señalado,⁴⁰ de todas las situaciones jurídicas subjetivas de la del deber es la menos explorada y la más problemática.

A pesar de que “no hay derecho sin deber” (Kelsen), a la figura del “deber” no le fue tan bien como a la del “derecho”; el deber no es querido por nadie: como dice el moralista australiano Mackie —quien

³⁷ Artículo 28, ley 19.549: “El que fuere parte en un expediente administrativo podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho. Dicha orden será procedente cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados y en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado. Presentado el petitorio, el juez se expedirá sobre su procedencia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y si lo estimare pertinente requerirá a la autoridad administrativa interviniente que, en el plazo que le fije, informe sobre las causas de la demora aducida. La decisión del juez será inapelable. Contestado el requerimiento o vencido el plazo sin que se lo hubiere evacuado, se resolverá lo pertinente acerca de la mora, librando la orden si correspondiere para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo prudencial que se establezca según la naturaleza y complejidad del dictamen o trámites pendientes”.

³⁸ IVANEGA, Miriam Mabel. Algunas cuestiones sobre el amparo por mora. In: *Derecho procesal administrativo*. Tomo 2. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 1681.

³⁹ MUÑOZ, Guillermo Andrés. Inmunidad del poder: la inactividad administrativa. In: Carlos Manuel Grecco; Guillermo Andrés Muñoz. *Fragmentos...*, op. cit., p. 679.

⁴⁰ LISA, Federico José. La Responsabilidad hacia la Administración Pública: Responsabilidad y Deberes Públicos. *Revista de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Montevideo, Año VII (2008), — n° 13, p. 43-52.

cuestiona la correlatividad entre los derechos y los deberes-, mientras “los derechos son algo que uno puede muy bien desear tener; los deberes son fastidiosos”.⁴¹

En similar sentido, García Maynez reconoce que “a pesar de que las nociones de deber y derecho poseen la misma importancia, los juristas, con muy raras excepciones, han descuidado por completo el análisis del primero de dichos conceptos, para dedicarse, casi exclusivamente, a investigar la esencia del segundo”.⁴²

Pero a pesar de esa escasa dedicación y poco atractivo, debemos asumir que los seres humanos no sólo somos titulares de derechos, prerrogativas, facultades, poderes, etc., sino también titulares de un conjunto de deberes jurídicos: hacia nosotros mismos; hacia otros particulares; hacia la comunidad y hacia el Estado. Y que ellos están tan “inseparablemente unidos en la persona que los posee” como los derechos naturales.⁴³

Entre estos deberes, están lo que se conocen como “deberes públicos”, es decir, los que se corresponden con el sistema de potestades administrativas, y cuyo incumplimiento puede suscitar responsabilidad hacia la Administración Pública.⁴⁴

Pues bien, existen deberes públicos que encuentran en el procedimiento administrativo su terreno más fértil.

Así lo ha entendido, evidentemente, el legislador brasileño.

En efecto, de conformidad al artículo 4 de la ley federal 9784 son deberes del administrado ante la Administración, sin perjuicio de otros establecidos en acto normativo: I – explicar los hechos conforme a la verdad; II – proceder con lealtad, urbanidad y buena fe; III – no actuar de modo temerario; IV – proporcionar las informaciones que le sean solicitadas y colaborar para el esclarecimiento de los hechos.

Se trata de “deberes públicos” de indudable contenido moral y que derivan de Deberes Humanos más generales, como son —entre algunos otros— el “deber de convivencia”⁴⁵ y el “deber de obedecer la

⁴¹ Citado por MASSINI CORREAS, Carlos I. *Filosofía del Derecho. El Derecho y los Derechos Humanos*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 77 (el subrayado no es el del texto).

⁴² GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. 21. ed. México: Porrúa S.A., 1973, p. 259.

⁴³ Como lo ha expresado el Papa Juan XXIII: “los derechos naturales [...] están inseparablemente unidos en la persona que los posee con otros tantos deberes” (Encíclica *Pacem in terris*, nº 29).

⁴⁴ GARRIDO FALLA, Fernando; PALOMAR OLMEDA, Alberto; LOSADA GONZÁLEZ, Herminio. *Tratado de Derecho Administrativo*. 14. ed. v. I: Parte General. Madrid: Tecnos, 2005, p. 532.

⁴⁵ La Declaración Universal de los Derechos del Hombre (DUDH) establece que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de

ley”,⁴⁶ y que presentan al “administrado” (ciudadano) en el procedimiento administrativo como lo que en verdad es: un “colaborador” de la Administración según lo proclaman invariablemente la doctrina y la jurisprudencia —.

Pues bien, el incumplimiento de estos deberes hasta podría cancelar —a nuestro modo de ver— el derecho a obtener una decisión expresa, justificando por ende el silencio administrativo.

Desde luego, deben también computarse las normas constitucionales, legales y reglamentarias que, con carácter general, regulan las presentaciones administrativas, y, en su caso, la observancia por el interesado de los trámites legalmente previstos.

En ese orden, señalamos que, sin perjuicio de la aplicación de los principios de la tutela administrativa efectiva, la atenuación del rigor formal, la oficialidad y la búsqueda de la verdad real, la Administración “no se encuentra obligada a dictar resolución expresa sino cuando se han verificado los procedimientos esenciales y sustanciales establecidos o los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico”;⁴⁷ y, como vimos, sin deber de resolver no hay silencio administrativo.

Por último, recordamos que el artículo 24 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, al consagrar el derecho de petición, lo hace respecto de “peticiones *respetuosas*”: por ende, las faltas al respeto —al igual que el absurdo— pueden también justificar el silencio administrativo.

6 Algunas reflexiones

La técnica del silencio administrativo, y el otorgamiento —por el ordenamiento jurídico— de “signos” al silencio (ya negativo, ya positivo) ha

razón y conciencia, *deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*” (art. 1). Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) dispone que “toda persona tiene el deber de convivir con las demás de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad” (art. 29).

⁴⁶ El artículo 33 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) establece que “toda persona tiene el deber de obedecer a la ley y demás mandamientos legítimos de las autoridades de su país y de aquel en que se encuentre”. Se trata del principio de legalidad o juridicidad, tan estudiado respecto del Estado en general y la Administración en especial, pero tan olvidado respecto de nosotros particulares.

⁴⁷ GRECCO, Carlos M. *Disciplina...*, cit., ps. 283 y 284. Aunque el autor así lo afirma para el silencio estimatorio, consideramos que igualmente son trasladables al silencio negativo; de hecho, las normas en las que se funda son las generales sobre el procedimiento administrativo.

venido a solucionar algunos problemas, pero no el problema mismo de la “inactividad administrativa”, para lo cual hay que comenzar por “mejorar los medios humanos y materiales con que cuenta la Administración”.⁴⁸

Pero, por otro lado, también podemos empezar por mejorar nuestra calidad de “administrados” (ciudadanos); después de todo, es de entre nosotros de donde surgen los “administradores”.

En esa dirección, es tan claro que no se puede construir una democracia desde el silencio como lo es que tampoco se la puede construir desde el incumplimiento de los Deberes Fundamentales del ciudadano. Así, porque no hay democracia sin libertad, y porque la libertad, como lo ha dicho Albert Camus, “no está hecha de privilegios, sino que está hecha sobre todo de deberes”.

Es por eso que desde las Cátedras que integran esta feliz iniciativa que es la “red docente” de Derecho Administrativo, debemos insistir, por ejemplo, en el principio de “Buena Administración”, entronizado como Derecho Fundamental en el espacio europeo, pero también podemos comenzar a pensar en el principio del “Buen Administrado” (ciudadano) y erigirlo también como un Deber Fundamental.

Sin dudas que las Cátedras de Derecho Administrativo, tanto las de grado como las de postgrado, nos dan esta formidable e imperdible oportunidad de formar buenos ciudadanos y buenos administradores y servidores públicos, no sólo desde el conocimiento de los derechos sino también desde el conocimiento y práctica de los deberes en general y de los “deberes públicos” en particular.

Tal podría ser, conforme al lema de este Congreso, una “nueva perspectiva para el desarrollo económico y socioambiental”.

Informação bibliográfica deste capítulo, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LISA, Federico José. El Silencio de la Administración en el Procedimiento Administrativo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 189-206. ISBN 978-85-7700-501-7.

⁴⁸ CASSAGNE, Juan Carlos. *Las vicisitudes...*, op. y loc cit.

DEMOCRACIA, DERECHOS FUNDAMENTALES Y PROCESO ADMINISTRATIVO*

ENRIQUE OMAR ARAGÓN

1 Conceptos y condiciones de partida

Me permitirán comenzar señalando algunas condiciones previas, o al menos formular algunas precisiones en comienzo de mi exposición. Ellas aunque insumen una parte del tiempo asignado tienen la valía de permitir ubicarnos en el punto de argumentación y comprender en cierto modo el ideario que guiará una exposición. Con esta precisión, se me permitirá también señalar que no habrán de escuchar una exposición ideológicamente aséptica, ni el derecho público lo es, ni los tiempos que corren permiten un privilegio tal.

Se nos ha planteado como eje del panel a los Derechos Fundamentales y al proceso administrativo democrático. Y desde esta temática podríamos aventurar o bien que el Derecho Administrativo debe

* Ponencia presentada en el I CONGRESSO DA REDE DOCENTE EUROLATINOAMERICANA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, en el panel: "Desenvolvimento urbano e o direito fundamental à cidade", a las 20h del día 22.02.2011, en la Pontificia Universidade Católica do Paraná.

ser democrático para ser respetuoso de los Derechos Fundamentales, o bien que los derechos humanos pueden contribuir a democratizar al Derecho Administrativo, o bien, que el Derecho Administrativo democrático puede ser una garantía de desarrollo y respeto de los Derechos Fundamentales. Creo que las tres afirmaciones son posibles

Tres términos esenciales se presentan entonces en el tema a desarrollar, tres conceptos que invaden una parte importante de la ciencia, no sólo jurídica de nuestros días: el de “Derechos Fundamentales”, el de “Democracia” y el de “Proceso Administrativo”.

Y si bien podría parecer una falta de respeto avanzar en la delimitación aunque más no sea general de esos conceptos dado la formación de los oyentes, sin embargo, tratándose, fundamentalmente el segundo de un concepto de contenido variable según la posición o ideología desde la cual se analice las precisiones se hacen necesarias previo a consideraciones técnicas.

Permítanme desde ya una digresión no se trata de que el Derecho Administrativo no sea democrático, sino de que una parte importante de él ha sido construido sobre la base de un concepto limitativo de democracia que creo debemos revisar. Este proceso no sólo ha sido fortalecido por las ideologías dominantes y el sistema jurídico por ellas creado, sino también muchas veces incentivado hasta extremos impensables por una burocracia estatal que en muchas ocasiones olvidó la noción de servicio propia de su existencia y atesoró las estructuras y bienes estatales como si fueran una pertenencia de la que había que mantener fuera a los ciudadanos.

Quizás uno de los principales cambios que debemos realizar en el Derecho Administrativo es encontrar el modo de recuperar, incentivar y fortalecer la idea del servicio como fundamento de la intervención de las burocracias estatales, un cambio por cierto que es más cultural que jurídico.

Siguiendo con las precisiones parece imprescindible recordar que la democracia no constituye un tipo de estado sino más un tipo de régimen de gobierno del Estado,¹ que en nuestro continente fruto de las ideologías dominantes se gestó y consolidó bajo el modelo de la democracia representativa. En ese modelo al pueblo en cuyo seno reside el poder se asignó el rol pasivo de elegir representantes a través de los

¹ STRASSER, Carlos. *Algunas precisiones (y perspectivas) sobre equidad, democracia y gobernabilidad a principios del siglo XXI*. Ponencia presentada en la Conferencia Internacional sobre Crisis Política, Democracia, equidad y gobernabilidad, Universidad Iberoamericana de Santo Domingo, República Dominicana, Noviembre de 2004. Disponible en: <http://www.clasco.org.ar/biblioteca>.

cuales ejerce el gobierno. Ejecutivos que asumen predominantemente la realización de la función administrativa, parlamentarios conformando parlamentos, congresos o legislaturas que asumen preponderantemente la función legislativa. La expresión preponderante no es caprichosa, la realidad en la conformación de los sistemas políticos demuestran que unos y otros asumen también aunque limitadamente las otras funciones en que se organiza el poder del estado, y en nuestra materia esta circunstancia asume trascendencia porque una parte importante del ordenamiento que regula y ordena la vida de los ciudadanos y habitantes de nuestros países no se origina en el poder preponderantemente legislativo, contrariamente gran parte del ordenamiento nace en el seno de los ejecutivos y conforma parte importante del por nuestros días cada vez más ramificado y hasta exhaustivo Derecho Administrativo. Ya volveré sobre este aspecto.

Retornando a la democracia como régimen político estimo importante señalar que en los distintos momentos históricos este modelo ha sido asimilado con distintos valores o intereses. En las postrimerías de los setenta y aún en los ochenta la sobrepoblación de dictaduras militares o cívico militares, la democracia fue asimilada al recupero del derecho a elegir y al recupero de la libertad y del respeto a los Derechos Fundamentales identificados en esta época casi exclusivamente con el respeto a la vida y dignidad de las personas ello fundado en el conocimiento de las atrocidades cometidas durante el interregno histórico anterior. Democracia fue entonces asimilada a estado de derecho.

Ahora bien, en este particular momento histórico la democracia tiene o debe tener a mi criterio un contenido diverso. Ello ante todo porque ni siquiera el Estado de Derecho está en vigencia para la población entera, porque como se ha señalado el goce o el ejercicio efectivo de los derechos disminuye a medida que bajamos la pirámide estratificacional internacional o nacional, en esa cuesta abajo se va de menos, a menos, a menos, y que implica para muchos exclusión de todo, salud, empleo, ingreso, alimentación, vestido, techo, servicios públicos, educación, protección del estado, posibilidad de justicia, y así sucesivamente. Si no fuese trágico, podríamos decir que ya aburre notarlo. Es sólo que esta realidad en carne viva, y la misma indiferencia e insensibilidad de demasiada gente que si puede ejercer y disfrutar de aquellos derechos, exigen la reiteración una y otra vez.²

La democracia de nuestros días exige inclusión. Y esa inclusión no es sólo económica y social, por que la exclusión tampoco lo es sólo

² STRASSER, C., *Op. cit.*

de ese tipo. La exclusión, además de privar de bienes económicos y sociales en el sentido de los necesarios para la satisfacción de ese tipo de necesidades, priva de otros bienes también trascendentes. Hay exclusión, cultural, religiosa, étnica, sexual, de género. Hay exclusión de la diversidad sólo porque es diversa y porque los discursos hegemónicos pretenden una homogeneidad que no sólo contradice la realidad que nos circunda, sino y esto creo es lo más terrible, porque contradice la realidad que ellos mismos generan.

Y bajo esta perspectiva, es preciso continuar repensando el funcionamiento del Derecho Administrativo para dotarlo de herramientas que permitan avanzar hacia la inclusión y alcanzar una verdadera democracia, lo cual requiere en primer lugar la inclusión en los procedimientos administrativos de modo de que los propios sectores excluidos sean partícipes y artífices de las decisiones públicas que les atañen, y por que no, sean partícipes y artífices de la creación de las normas que luego regulan — mediante ampliación o reducción — el ejercicio de sus derechos.

Creo que podemos aquí enumerar algunas técnicas, métodos o modos, aunque luego pueden convertirse en derechos y a partir de ello gozar de acción para exigir su reconocimiento,³ a saber: a) el acceso a la información; b) modificación de dinámicas y procedimientos en relación a los presupuestos públicos; c) la participación ciudadana en la definición de los planes, gestión y control de prestación de servicios públicos y d) la participación ciudadana en la formación de normas.

2 El acceso a la información

Mencioné en primer lugar el acceso a la información, ese orden no es casual, y no lo es por dos razones, la primera porque es una condición para la realización y viabilidad de todas las otras técnicas y el ejercicio de los derechos, sino además porque goza ya de un rango distinto, pues se le ha reconocido el carácter de Derecho Fundamental.

Lo primero porque sin una adecuada información no es posible no sólo que las técnicas que mencioné puedan ser utilizadas racionalmente, sino porque no es posible ejercer el universo de derechos reconocidos a los ciudadanos sin una adecuada información.

Lo segundo, porque el derecho de acceso a la información ha sido ya definido en el ámbito interamericano por la Corte Interamericana

³ CORTI, Horacio G. *Derecho Constitucional Presupuestario*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007, p. 380.

como un “derecho”. Más aún fue el primer tribunal internacional en precisar y delinear el Derecho de Acceso a la Información como un “Derecho Humano”, con el ingrediente no menor de que se trata de un derecho no enunciado expresamente en el catálogo de derechos como un derecho autónomo, sino comprendido como faceta o contenido del derecho de libre expresión. Fue en la causa “Claude Reyes”,⁴ aunque antes, cabe señalarlo, ya había efectuado referencias o aplicaciones tangenciales en que se arribó a esa conclusión. También debo señalar que al igual que la Convención Americana,⁵ otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos comprenden al acceso a la información dentro del Derecho a la Libre Expresión, así la Declaración Universal de Derechos Humanos,⁶ y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.⁷

También es preciso tener inconsideración que el acceso a la información como autónomo ha sido mencionado en un número importante de instrumentos internacionales, así la Declaración de Nuevo León (2004),⁸ el Código Iberoamericano de Buen Gobierno adoptado por los Jefes de Estado en la XVI Cumbre Iberoamericana (2006),⁹ la Convención de la ONU de Lucha contra la Corrupción,¹⁰ la Carta

⁴ La Corte parte del principio de la publicidad y exige tres condiciones acumulativas para posibilitar la denegación total o parcial de ejercicio: 1) deben estar previamente fijadas por ley; 2) debe obedecer a un objetivo permitido por la Convención (respeto a los derechos o la reputación de otros o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud y moral pública. El secreto sólo puede justificarse por un fin público, y, 3) deben ser las necesarias para una sociedad democrática, es decir, orientadas a satisfacer un interés público imperativo y además debe escogerse aquella que afecte en menor escala el derecho protegido

⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 13 inciso 1.

⁶ Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 19.

⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 19, Inciso 2.

⁸ Se alude allí a la necesidad de asegurar el acceso a la información en poder del Estado, con el debido respeto a las normas constitucionales y legales, incluidas las de privacidad y confidencialidad, señalándose que además de constituir condición indispensable para la participación ciudadana, promueve el respeto efectivo de los derechos humanos, asumiéndose el compromiso de contar con los marcos jurídicos y normativos, así como con las estructuras y condiciones necesarias para garantizar a los ciudadanos el derecho al acceso a la información.

⁹ Conforme a este instrumento debe impulsarse el debate político con transparencia y destacándose la importancia de los mecanismos de información y participación en el desarrollo del debate.

¹⁰ En su artículo 10, bajo el título Información pública establece que cada estado de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias para aumentar la transparencia [...] Esas medidas podrán incluir, entre otras cosas: a) La instauración de procedimientos o reglamentaciones que permitan al público en general obtener, cuando proceda, información sobre la organización, el funcionamiento y los procesos de adopción de decisiones de su administración pública y, con el debido respeto a la protección de la intimidad y de los datos personales, sobre las decisiones y actos jurídicos que incumban al público.

Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública (2008),¹¹ y finalmente, la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública (2009).¹²

Se trata sin embargo todos los casos de instrumentos ninguno de los cuales en principio cuenta con jerarquía normativa para engendrar directamente un derecho, pues en general no distan de ser compromisos o declaraciones en el sentido de incorporar o regular ese derecho en el ámbito de los países signatarios

No obstante la sola autoridad de la interpretación de la Corte Interamericana en el caso “Claude Reyes”, permite ya entender en el ámbito de los países que tienen incorporado ese convenio que el acceso a la información constituye un derecho, a lo cual hay que agregarle los frutos nacionales del resto de los instrumentos internacionales, es decir, las normativas nacionales que van incorporando el acceso a la información como derecho.

Pero no podemos obviar que el respeto al acceso a la información acarrea conflictos si se me permite la expresión, culturales. Es que el acceso libre a la información pareciera colisionar con una concepción clásica del procedimiento administrativo y del modo de actuar de la Administración —un coto cerrado a la participación de la burocracia administrativa o de los órganos gubernativos— y desde esta perspectiva el ejercicio del derecho puede verse como algo “molesto” capaz de obstaculizar el funcionamiento cerrado de la dinámica administrativa.

Sin embargo, éste integra ya el catálogo de derechos y si no lo integra todavía debe bregarse para ello, por lo único camino es el de hallar mecanismo que permitan conciliar los intereses privados y públicos, siempre sin olvidar que el norte de regulación e interpretación debe estar dado por la idea de que el acceso a la información es en sí mismo un interés público.

En verdad aunque consagrado ahora como Derecho Humano el acceso a la información tiene una faceta o cariz público trascendental vinculado a la organización de una sociedad democrática y a la realización del principio de publicidad de los actos de gobierno.¹³ Hace

¹¹ Refiere a la solicitud y obtención de información pública, la participación en el diseño y formulación de servicios públicos, políticas públicas y mejoramiento en la calidad de la gestión pública.

¹² Recomienda la adopción de medios que permitan, entre otros: 1) conocer los derechos de participación en la administración pública.; 2) acceso a información pública.

¹³ El principio de publicidad se encuentra sustento normativo en diversos artículos de la constitución, GELLI, María Angélica. *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y concordada*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2003, p. 23.

no sólo a los individuos como tales, sino especialmente a su participación en los asuntos públicos para asegurar el sostenimiento de la república y la realización de una democracia auténtica y real, porque sólo con información fidedigna será posible romper las vallas de la exclusión y permitir el adecuado ejercicio del resto de derechos reconocidos, gozando de la particularidad de debilitar la línea divisoria entre gobernantes y gobernados.¹⁴

Pero quiero hacer una última y especial mención y se relaciona con la necesidad de avanzar aún más en la definición del acceso a la información. Como podrán haber vacilado me he referido a acceso a la información sin efectuar calificativo, es hora de hacerlo.

Ello ha sido intencional porque he querido reservar para un último comentario la necesidad de que la “información” a la cual se goza del derecho a acceder sea calificada no por la naturaleza del sujeto que la posee (desde esta perspectiva si la llamamos información pública sería tal por un criterio subjetivo aquella que se encuentra en poder de entes públicos), sino desde el interés que ella pueda representar para la ciudadanía en relación al ejercicio de derechos individuales o colectivos, razón por la cual entiendo que en realidad deberíamos hablar de un acceso a la información de interés general, de modo de aprehender dentro de su ámbito de aplicación también la información que poseen sujetos privados o corporaciones.

Creo que no es necesario referir a la trascendencia que algunos entes privados o corporativos tienen en nuestra realidad y la utilidad y valor que puede tener para la ciudadanía el acceso a información que ellos puedan poseer. Contraponer la ciudadanía al Estado, o si se quiere pensar que toda la información trascendente para el ejercicio de derechos por los ciudadanos se encuentra en manos estatales, implicaría al menos desdeñar las profusas estructuras corporativas — en el sentido más amplio de la expresión— que abundan en nuestros días.

¹⁴ BASTONS, Jorge. Panorama del Derecho de Acceso a la Información pública en el derecho comparado. *Revista Información Pública*, v. IV, n° 1, Escuela de Periodismo, Universidad Santo Tomás, Santiago de Chile, 2006, p. 103-123.

3 Modificación de reglas en materia elaboración, ejecución, modificación de los presupuestos públicos

Aunque pueda parecer innecesario, debemos recordar la trascendencia que los recursos tienen en la dinámica diaria de la vida de las personas y también de los Estados. De su posesión, falta de ella o de los modos de distribución depende la inclusión o la exclusión de las personas. La enfermedad se combate con servicios de salud, el hambre con alimentos, el analfabetismo con educación formal, pero todos ellos requieren recursos y, si los ciudadanos carecen de ellos en razón de las matrices de distribución —tema que excedería en mucho esta exposición— y la salud, la alimentación, la educación y muchos otros son Derechos Fundamentales de los individuos, entonces corresponde al Estado asegurar el disfrute de esos derechos mediante el acceso a los bienes necesarios a través de la implementación de las políticas públicas correspondientes, para lo cual vuelven a necesitarse recursos que se organizan y disciplinan en su recaudación e inversión a través de los presupuestos públicos. Utilizó el término inversión en contraposición al conocido de “gasto” no sólo porque casi invariablemente ha sido asociado al “lastre”, como si la inversión en aquellos ámbitos mereciera esa calificación, sino por el contenido ideológico hegemónico que en nuestros países ha tenido ese concepto y por la contribución a la exclusión que los planes asociados a la supuesta “necesidad de su contención” han tenido en relación al goce de Derechos Fundamentales, principal, pero no únicamente en relación a los derechos sociales.

Si mediante el presupuesto público se organizan la recaudación e inversión de los recursos a través de los cuales se organizan las políticas públicas tendentes a garantizar el goce de derechos sociales y económicos, pareciera casi elemental que los interesados o destinatarios debieran poder participar no sólo en la determinación de esas políticas, sino además ejercer un adecuado control de la inversión y de las modificaciones en las cuentas originarias para evitar que los recursos puedan ser dirigidos a otros fines o políticas públicas diversas.

No se trata de que en los modelos tradicionales de democracia representativa ello no ocurra, sino que ocurre con un grado de inmediatez de tales características que no siempre permite reflejar la verdadera necesidad. En efecto, en esos modelos la selección de políticas públicas por el ciudadano se opera al emitir el voto y adherir mediante él a una plataforma de gobierno que luego puede ser llevada o no a la práctica, luego la elaboración de los presupuestos de recursos para hacerlo, su aprobación e incluso el control de su ejecución descansa en los representantes elegidos y el único medio generalmente reconocido a

los ciudadanos es la espera del cumplimiento del ciclo gubernativo para ejercer nuevamente el derecho de votar.

Parece adecuado una democratización que haga descender al menos en un grado algunas de las instancias vinculadas a la definición de las políticas públicas y su presupuestación para ponerlas en contacto con los ciudadanos.

Ello puede lograrse en la etapa de definición a través de la técnica del Presupuesto Participativo, acompañada de una modificación de las reglas técnicas de exposición de los presupuestos públicos, especialmente, de las reglas de exposición de la ejecución presupuestaria y de las modificaciones al presupuesto aprobado. Veamos someramente algunos de estos aspectos.

Con respecto a la utilización de la técnica de los Presupuestos Participativos, no tendría el atrevimiento de venir a hablar a su cuna acerca de sus características y diseño. No obstante me permitirán algunos comentarios para encuadrarlos dentro del planteo general que les he propuesto, especialmente para referir a algunas conclusiones ya publicadas que permiten confirmar que se trata de una técnica apta para la democratización y especialmente para favorecer la inclusión de sectores postergados.¹⁵

La trascendencia de la utilización de la técnica del Presupuesto Participativo desde la perspectiva que vengo planteando se relaciona fundamentalmente con un cambio en el paradigma de la democracia representativa porque la participación del ciudadano rompe el ciclo clásico de participación exclusiva en el acto de votar para elegir al Ejecutivo o al Parlamento, decidiendo las prioridades de inversión. El

¹⁵ AVILEZ JIMÉNEZ, Francisco Javier. Técnica de organización de los presupuestos participativos. *Revista Temas para el Debate*, n° 113, p. 45-48, abril de 2004; BLOJ, Cristina. Investigación social y políticas públicas: un binomio polémico. In: María Nieves Rico y Flavia Marco. *Mujer y empleo. Reforma de la salud en la Argentina*. Buenos Aires: Siglo XXI Argentina Editores/CEPAL, 2006; BLOJ, Cristina. *Ciudadanía, experiencias deliberativas y nuevas subjetividades políticas en la argentina post crisis del 2001: asambleas barriales y presupuestos participativos*. Tesis doctoral. Madrid: Universidad Complutense de Madrid (IUIOG), 2008; CABANNES, Yves. *27 respuestas a preguntas frecuentes sobre presupuestos participativos municipales. Qué es y cómo se hace el presupuesto participativo*. Quito: Urban Governance Toolkit Series, Banco Mundial and United Nations Settlements Programme (UNHABITAT), 2007; GOLDFRANK, Benjamín. Los procesos de presupuesto participativo en América Latina: éxito, fracaso y cambio. *Revista de Ciencia Política*, v. 26, n° 2, 2006, p. 3-28; MUNICIPALIDAD DE ROSARIO. *El presupuesto participativo en Rosario. Una apuesta renovada al experimentalismo democrático*. Secretaría General Proyecto URBAL B, Red 9, 2009; NUNES, Luis. Participación ciudadana y construcción de la democracia en América Latina: el caso Venezuela. In: *La participación ciudadana y la construcción de la democracia en América Latina*. Perú: Grupo Propuesta Ciudadana, 2004, p. 119-142.

ciudadano deja de ser un coadyuvante de la política tradicional y se convierte en un protagonista permanente de la gestión pública.¹⁶

Claro esta técnica al ser utilizada exclusivamente en el ámbito local relaciona la participación con un universo limitado de las políticas y los recursos, por lo que su contenido esencialmente democrático y participativo requiere de una decidida acción en pos de la descentralización y la asignación de mayores recursos a los gobiernos que se encuentren en mayor contacto con la población.

La democratización es cierta en tanto se acompañe con un decidido proceso de asignación de cometidos a los municipios y de asignación de mayores recursos en ellos, de lo contrario de subsistir políticas centrales que concentran los grandes caudales de recursos en los gobiernos centrales, la técnica no dista de ser una teorización al menos en cuanto resultados efectivos en el cambio de vida de los ciudadanos.

Poco más de dos décadas de utilización de la técnica del presupuesto participativo han permitido ya la elaboración de conclusiones en torno al análisis de experiencias en varios países americanos y europeos. De estudios realizados en treinta ciudades en América Latina y Europa se afirma que: representa entre el 2 y el 10 % del presupuesto municipal ejecutado, ha permitido dar pasos en el control social del presupuesto, contribuyó a un aumento de la recaudación fiscal y disminución de la morosidad y presenta una importante tasa de participación ciudadana en relación a la población total (hasta un 7%), además, y esto me parece trascendental de que demuestra una clara inversión o direccionamiento hacia sectores más vulnerables y hacia los sectores rurales.¹⁷

Además de lo señalado se han elaborado otras conclusiones que permiten considerar a la técnica de los Presupuestos Participativos como una técnica adecuada en orden a la democratización en el sentido de contribuir a la inclusión y a la garantía del goce efectivo de los derechos sociales.

Este nuevo modelo de determinación de objetivos públicos, de fijación deliberativa de políticas públicas ha permitido redirigir recursos públicos hacia los sectores más pobres.¹⁸

¹⁶ GENRO, Tarso; SOUZA, Ubiratan, U. *Orçamento participativo: a experiencia de Porto Alegre*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1997, p. 123.

¹⁷ CABANNES, Yves. *Presupuesto participativo y Finanzas locales*. Segunda versión ampliada. A. Municipal de Porto Alegre, Brasil, RED URBAL n° 9.

¹⁸ MARQUETTI, Adimir. Democracia, equidade e eficiência: o caso do orçamento participativo em Porto Alegre. In: Joao Verle; Luciano Brunet. *Construindo um novo mundo*:

Esta redirección de los recursos públicos ha repercutido casi directamente en una extensión de la prestación de los servicios públicos,¹⁹ contribuyendo de esa manera a disminuir niveles de exclusión.

Pero no sólo desde la perspectiva de la mejora en el goce de los derechos de sectores excluidos la técnica de los Presupuestos Participativos ha resultado beneficiosa, sino que también lo ha sido desde la perspectiva de mejoramiento de funcionamiento de los estados y del compromiso de los ciudadanos con respecto a ellos. En efecto, la utilización de la técnica ha contribuido a incrementar la transparencia en el funcionamiento de los órganos estatales²⁰ y además ha beneficiado la recaudación fiscal aumentándola y bajando los índices de morosidad.²¹

Finalmente la utilización de los Presupuestos Participativos tiene efectos beneficiosos en relación a la propia democratización de la sociedad civil en razón de que al incentivar la participación democratizan las organizaciones civiles existentes e incentivan la creación de nuevas,²² ello principalmente en los modelos que utilizan sistemas asociativos o mixtos.

También dentro de este aspecto creo que es preciso superar la utilización de modos de exposición de los presupuestos públicos que impiden un verdadero acceso y conocimiento por la sociedad en general.

Con frecuencia solemos escuchar algún gobernante jactarse de que en cumplimiento de la obligación de brindar información activa publica en la página web el presupuesto y su ejecución. Y es cierto. Entramos a nuestra PC chiqueamos la página, el link y se despliega la información. El problema es cuantas personas pueden leerla y comprenderla.

Llevo ya algunos cuantos años en el ámbito de la Administración y puedo asegurarles que pocas materias resultan tan difíciles de comprender como las vinculadas al presupuesto, mucho más si se trata de exponer su ejecución, y aún todavía más si se trata de modificaciones. En verdad sólo algunos pocos especialistas y técnicos en la Administración pueden comprender la temática, mucho más difícil será para el humilde

avaliação da experiência do orçamento participativo em Porto Alegre. Porto Alegre: Guayí, 2002, p. 210-232.

¹⁹ SOUZA SANTOS, Boaventura de. Participatory budgeting in Porto Alegre: Howard a redistributive democracy. *Politics y Society* 26 (4), 1998, p. 461-610.

²⁰ GOLDFRANK, B. *Op. cit.*

²¹ CABANNES, Yves. *27 respuestas...*, *Op. cit.*

²² BAIOCCHI, Gianpaolo. Participation, Activism, and politics: the Porto Alegre experiment and deliberative democratic theory. *Politics y Society* 29 (1), 2001, p. 43-72.

ciudadano que pretende conocer como fueron invertidos los recursos que en principio habían sido destinados en el proyecto general a la realización de determinado cometido, por lo cual estimo que la modificación de estas reglas es un aspecto central en orden a la democratización.

4 Participación ciudadana en la planificación, dirección y control de prestación de servicios públicos

En lo que respecta a la participación ciudadana en la planificación, dirección y control de los servicios públicos, estimo necesario también algunas aclaraciones previas a los fines de exponer distintos supuestos y por ende distintas posibilidades de participación.

En primer lugar recordar que si hablamos de servicios públicos deberíamos recordar que hay tantos conceptos o definiciones como autores han escrito sobre el tema, por lo cual soslayaré esa problemática. Asumiré que la noción pervive pese a tantos anuncios de muerte que sobre ella hemos escuchado y ceñiré la exposición sólo a los denominados servicios públicos domiciliarios que como sabemos su goce o falta de él es en las grandes ciudades latinoamericanas un factor que coadyuva de modo decisivo a los grados de exclusión. Recordaré especialmente a los fines del objetivo de esta exposición que como enseñaba el Profesor Salomoni los servicios públicos constituyen una técnica de igualación social y de ahí su importancia a los fines de favorecer la inclusión.²³

A los fines de analizar la posibilidad de participación de los ciudadanos creo que es necesario distinguir según los servicios sean prestados por órganos administrativos, por organismos administrativos (personas jurídicas públicas prestadoras) o por particulares a través de concesiones del poder público. Según sean estas posibilidades se presentan distintos grados de posibles participaciones.

Así frente a la prestación del servicio por órganos administrativos resulta delicada la posibilidad de incorporar la participación ciudadana atento a la organización burocrática y la dificultad de incorporar a ella a los particulares. La situación puede presentar un grado de complejidad menor si la prestación se realiza a través de personas públicas, pues puede resultar de un nivel de complicación menor la integración de representantes de los ciudadanos al órgano de dirección de la entidad atento al carácter descentralizado y a la realidad de funcionamiento de

²³ SALOMONI, Jorge L. *Teoría General de los Servicios Públicos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

estas instituciones usualmente sujetas a dinámicas diversas de las propias Administración clásica. Si el prestador es en cambio un particular la posibilidad de integración de los ciudadanos pareciera limitarse a los órganos de control encargados de la regulación del servicio.

Este último ha sido el supuesto previsto por la Constitución Argentina reformada en el año 1994 que adopta un criterio de apertura a la participación ciudadana estableciendo que la legislación deberá prever la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios en los organismos de control,²⁴ sin formular precisiones no obstante acerca de prestadores públicos o privados.

Esa participación en el ámbito del control de prestación de los servicios públicos puede asumir diversas formas que van desde la organización de audiencias públicas previas a la adopción de determinadas decisiones, a la participación directa de los usuarios en los órganos de control.

El primer mecanismo de participación esta dado por la convocatoria a Audiencias Públicas y presenta algunas cuestiones previas que requieren ser atendidas para que verdaderamente se manifiesten como una forma de participación ciudadana:

- 1) la determinación previa a través del ordenamiento de los supuestos en que la Audiencia Pública debe ser convocada, previendo de manera expresa la sanción para el acto final dictado sin que esa audiencia se haya realizado y sin que se hayan valorado en la motivación de la decisión las propuestas en ella vertidas. Esta regulación, esencialmente, evita dejar a manos de la discrecionalidad de la burocracia definir cuando convoca o no a la audiencia pública;
- 2) democratización del acceso a la información, lo que implica un doble aspecto: el de la completitud e integralidad de la información a recibir por los participantes y, asimismo, el de la oportunidad con que los participantes acceden a la información necesaria. No sólo es trascendente la calidad de la información, sino el tiempo de que se dispone para su procesamiento;
- 3) la exigencia de que las audiencias sean convocadas con antelación suficientemente razonable para poder prepararse

²⁴ La adopción de la disposición constitucional fue precedida de un interesante debate en el seno de la Convención Constituyente acerca de los límites o extensión de la participación, ya que en tanto algunos de los despachos originales preveían una participación consultiva, el consenso se arribó hacia una fórmula que permita participación activa en la decisión de los órganos de control.

y además realizadas en lugares razonables de acuerdo a la distribución geográfica de los usuarios. Esto a colación de la experiencia argentina donde se convocaron a audiencias para la revisión de tarifas con antelación insuficiente — cuando los prestadores traían varios años trabajando la problemática con los entes reguladores — y en punto geográficas alejados de los grandes núcleos urbanos servidos;

- 4) un adecuado asesoramiento técnico a los participantes. En este sentido debe tenerse en cuenta que una parte importante de las cuestiones o aspectos relativos a la organización de los servicios públicos presenta carácter de complejidad, razón por la cual la información no siempre es suficiente, sino que además se hace necesario contra con el asesoramiento técnico necesario. Si bien los usuarios organizados pueden contar con técnicos que brinden ese asesoramiento (*v.gr.* Asociaciones), difícilmente cuenten con ese asesoramiento los usuarios individuales que debería ser brindado por el ente de control o las autoridades.²⁵
- 5) el carácter universal de la participación, participación de los ciudadanos, no de los usuarios, incorporando de alguna manera la figura del usuario potencial, es decir, aquel que no tiene acceso a los servicios públicos y por tanto no es un usuario en términos técnicos. En verdad esto constituye un elemento esencial, pues si aquellos a quienes el servicio no alcanza no pueden participar en las decisiones de decidir, por ejemplo, entre la elección entre la ampliación del sistema u otros cambios en la prestación del servicio, entonces no existe una ampliación en el ámbito de la cobertura, manteniéndose la situación de exclusión.

Un segundo nivel o modalidad de participación se manifiesta en la participación en los órganos de control, ya sea a través de un representante en los órganos directivos, ya sea a través de la creación de comisiones integradas por los usuarios que actúa asesorando. La experiencia regulatoria argentina permite vislumbrar ambos tipos de normaciones.

En el primer supuesto se puede citar como ejemplo el Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires, en que uno de los integrantes del directorio debe ser “miembro de

²⁵ Algo similar a lo que ocurre en el ámbito de las Public Utilities Commissions de los Estados Unidos, donde las audiencias gozan de un importante tratamiento y donde los usuarios cuentan con asesoramiento adecuado.

organizaciones de usuarios y consumidores” y, en el mismo sentido Organismo Regulador de Aguas Bonaerense (ORAB) en el que uno de los integrantes del directorio es designado a propuesta de la asociación de consumidores y usuarios más representativa del sector. La Comisión de Usuarios del organismo regulador del servicio de agua potable y desagües (ETOSS), es un ejemplo de ámbitos en donde aparecen representadas todas las asociaciones, ampliando el nivel de representación, presentando sin embargo limitaciones en su accionar atento a que técnicamente no participa en la decisión y además porque carece de atribuciones con respecto al prestador del servicio.

Este nivel de participación presenta la problemática fundamental de trasladar al ámbito de la participación ciudadana los esquemas y problemas propios de la democracia representativa, presentándose dificultades en la determinación de los criterios para elegir y designar a los representantes, principalmente frente a realidades tan diversas y esencialmente frente a situaciones diferentes en orden al goce de los servicios públicos, esencialmente de aquellos sectores que están excluidos de su goce.

5 Participación ciudadana en procedimientos administrativos de formación de normas

Al principio de la exposición aludí a la democracia representativa y recordé que se caracterizaba como un sistema en que el pueblo titular de la soberanía no la ejercía directamente, sino que organizaba las funciones estatales asignándoselas preponderantemente a distintos departamentos. A los ejecutivos preponderantemente la función ejecutiva y a los parlamentos preponderantemente la función legislativa. También señalé que la expresión preponderante respondía a la realidad de que los sistemas políticos de organización del poder eran cada vez más demostrativos de que otros departamentos también aunque limitadamente tenían atribuidas otras funciones, especialmente en relación a la función de establecer normas generales capaces de regir la vida de los ciudadanos. Puse de resalto la circunstancia de que una parte esencial o al menos importante del ordenamiento que regula y ordena la vida de los ciudadanos y habitantes de nuestros países no se origina en el poder preponderantemente legislativo, sino en el seno de los ejecutivos y conforma parte importante del por nuestros días cada vez más ramificado y hasta exhaustivo Derecho Administrativo.

Ahora bien, tanto en la conformación de las normas legales como las normas administrativas la respuesta tradicional de la democracia representativa ha sido la de atribuir su creación en todo el proceso que va desde la ideación de la necesidad de normar hasta la aprobación de la norma como tal a los departamentos estatales. Excepcionalmente los sistemas jurídicos creados al amparo de las democracias representativas admitieron la creación de normas generales fuera de la estructura estatal a través de la admisión de la costumbre como fuente de derecho, pero ello en los límites en que ese ordenamiento lo permitía.

La participación ciudadana se limitó en este sistema a la elección de los parlamentarios y de los ejecutivos, recayendo todo el proceso de formación de normas, en ellos o en las burocracias estatales que intervinieran en los procedimientos administrativos pertinentes, principalmente en el ámbito de los ejecutivos.

La democracia y su sistema de creación jurídica casi exclusivamente en el ámbito parlamentario fue en cierto modo quebrado por la incorporación de mecanismos semidirectos, por ejemplo, a través de la regulación de la iniciativa,²⁶ o de las denominadas consultas populares,²⁷ mecanismos que sin duda representan un avance, pero de complejidad tal que sólo pueden utilizarse en supuestos excepcionales.

Es posible pensar en mecanismos más sencillos, ordinarios, habituales que permitan la participación de la ciudadanía en la creación del sistema normativo que finalmente ha de regir su vida y del cual en definitiva dependerá que les sea o no asequible el goce de sus derechos.

Desde esta perspectiva estimo que la consulta a la ciudadanía, instrumentada por ejemplo a través de Audiencias Públicas pre-establecidas con antelación suficiente, con puesta a disposición de la información adecuada y asesoramiento suficiente, debería convertirse en una exigencia procedimental de validez en los procedimientos administrativos de formación de normas que vayan a emanar de los departamentos ejecutivos.

²⁶ Así el artículo 39 de la Constitución Argentina prescribe a partir de la reforma de 1994 que Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. El Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses [...] No serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal.

²⁷ El Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, prescribe el artículo 40 de la Constitución Argentina (texto 1994) podrá someter a consulta popular un proyecto de ley [...] El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación lo convertirá en ley y su promulgación será automática. El Congreso o el presidente de la Nación, dentro de sus respectivas competencias, podrán convocar a consulta popular no vinculante. En este caso el voto no será obligatorio.

También esta solución debería adoptarse en los procedimientos administrativos previos al proceso propiamente parlamentario. Sabemos que en materia de formación de las normas legales, la voluntad legislativa propiamente dicha se forma en la etapa final de la discusión de los proyectos y que ello es precedido de procedimientos administrativos dentro de los mismos parlamentos donde debería instrumentarse la consulta y la participación popular como modo normal u ordinario.

Claro que esto puede hacer más complejos los procedimientos de formación de normas, pero sin dudas representa un avance hacia una participación más plena que no sólo permitirá una mejor tutela de las posiciones de todos los grupos interesados, sino que además contribuirá a la eficacia de la norma por el compromiso de su destinatario con el proceso de creación.

El cambio aquí, como ya lo manifesté anteriormente deberá ser cultural, no sólo jurídico, pues implicará además la asumisión por parte de los sectores que hasta ahora desempeñaron monopolio —entiéndase las burocracias estatales en los procedimientos administrativos— de la importancia de la participación pero no como un mero procedimiento, sino especialmente por la especial capacidad que los distintos sectores sociales pueden brindar acerca del conocimiento del área a regular. Solemos tener un excesivo apego a lo que podríamos denominar “educaciones formales” y un cierto desdén a los saberes culturales, ambientales o domésticos, que debemos superar. Quien mejor que el campesino para opinar sobre la regulación del régimen de aguas, quien mejor que el trabajador migrante para opinar sobre los regímenes de migración, sin embargo, siempre preferimos escuchar sólo y casi exclusivamente al técnico.

Quiero rescatar dos momentos en la Argentina de los últimos años en que la participación ciudadana fue muy fuerte en procesos de formación de normas, legales en los dos casos, pero en todos ellos en lo que denominé procedimiento administrativo previo al parlamentario propiamente dicho.

El primer ejemplo que quiero poner de resalto es el de la denominada ley de medios,²⁸ que modificó la regulación de la prestación de servicios audiovisuales. El proyecto fue remitido desde el Poder Ejecutivo y discutido en foros que se realizaron en casi todo el país, luego de ello el proyecto fue enriquecido con las propuestas de los

²⁸ Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, Ley n° 26.522.

distintos foros y remitido al Parlamento donde antes de ser sometido a discusión se convocaron nuevamente a Audiencias Públicas. Finalmente el proyecto aprobado había recogido un gran número de propuesta y había recibido sugerencias de una parte importante de los sectores interesados.²⁹ Claro, no conformó a todos, principalmente a los sectores que monopolizaron al amparo de la legislación de la dictadura de los medios de comunicación audiovisual, pero esa es otra historia.

Por último la denominada ley de matrimonio igualitario.³⁰ Un proyecto originalmente gestado en el seno de organizaciones de la sociedad civil vinculadas a grupos gay, lésbicos y transexuales. El proyecto fue sometido tanto en la Cámara de Diputados, como en el Senado, que se realizaron en distintos puntos del país. Finalmente fue convertido en ley.

Se trata sólo de ejemplos demostrativos de que la participación ciudadana en los procedimientos de formación de normas no requiere ni siquiera de solemnidades o procedimientos complejos, sino simplemente de la decisión de escuchar a los interesados y recoger los aportes y también objeciones que los distintos sectores pueden realizar a los proyectos.

6 A modo de conclusión

Planteé al principio algunas hipótesis en relación a la relación de los conceptos propuestos en el tema, entre ellas que un Derecho Administrativo democrático puede ser una garantía de desarrollo y respeto de los Derechos Fundamentales, creo que es la fundamental. Es que el Derecho Administrativo toca tantos aspectos relacionados con el ejercicio y goce de los Derechos Fundamentales que es imprescindible su apertura a través de la participación ciudadana para permitir que la participación directa de los interesados mude o traslade el paradigma de los Derechos Fundamentales de la teoría a la vida diaria.

²⁹ La propuesta de ley enviada al Congreso se basó fundamentalmente en 21 puntos confeccionados por la *Coalición por una Radiodifusión Democrática* de la que participan cientos de organizaciones y fue discutido y consensuado a lo largo de casi un año con diversos sectores de la sociedad civil en foros públicos realizados en todo el país.

³⁰ La Ley 26.618 modificó el Código Civil y permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo. El senador Daniel Filmus en la discusión en el Senado afirmó “estamos discutiendo sobre el modelo de sociedad en el que queremos vivir” y confesó su convicción de que “todos queremos vivir en una sociedad más democrática, más igualitaria”.

Las ideologías dominantes y sus discursos jurídicos y económicos prometieron el goteo y el derrame, nunca llegó, mientras tanto el infelizmente célebre de la cuna a la tumba sigue siendo una realidad, tal vez la participación activa de la ciudadanía sea un camino de superación.

Informação bibliográfica deste capítulo, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ARAGÓN, Enrique Omar. Democracia, Derechos Fundamentales y Proceso Administrativo. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 207-225. ISBN 978-85-7700-501-7.

A FEIÇÃO DEMOCRÁTICA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DO CIDADÃO*

ANA CLÁUDIA FINGER

Em primeiro lugar, quero expressar meu sincero agradecimento à comissão organizadora deste importante evento acadêmico (os Professores Emerson Gabardo, Carol Proner, Daniel Wunder Hachem, Justo Reyna e Jaime Rodríguez-Arana Muñoz) pelo convite que me foi formulado, e o faço na pessoa do querido Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Trata-se de uma honrosa incumbência que vem carregada de uma responsabilidade enorme, sobretudo por dividir um painel com tão notáveis professores — Frederico José Lisa e Enrique Omar Aragón — e a querida amiga e nossa Presidente de Mesa, Professora Paola Nery Ferrari.

A responsabilidade é enorme também por me dirigir a um público tão qualificado como este, a quem cumprimento nas pessoas dos meus queridos alunos da Faculdade de Direito da UniBrasil.

* Palestra apresentada no I CONGRESSO DA REDE DOCENTE EUROLATINO-AMERICANA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, no painel “Direitos fundamentais e processo administrativo democrático”, às 20h do dia 23.02.2011, na Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

O tema deste painel me é especialmente caro: o do processo administrativo. Seria possível pensarmos que o processo administrativo, entendido como uma das formas de instrumentalização do exercício de poder da Administração Pública pode ser concebido como democrático? Logo em se tratando de Administração Pública, que quando presente num dos polos da relação, tem o condão de desequilibrá-la, pois trata-se de uma relação que assume especiais contornos em razão do regime jurídico de direito público, consagrador de prerrogativas de supremacia e de sujeições especiais? E, diante disso, poderíamos indagar se as potestades administrativas podem ser compatibilizadas com os ideais democráticos e o núcleo de direitos fundamentais?

Penso que o processo administrativo é o instrumento adequado para o alcance desse desiderato.

A característica peculiar do Estado Democrático de Direito é a sua submissão a um quadro normativo impositivo para todos, isto é, Estado e indivíduos estão submissos aos parâmetros do princípio da legalidade.¹ A atividade administrativa é uma atividade essencialmente infralegal, ou seja, a Administração Pública não pode agir sem autorização legal, pautando sempre a sua conduta nos estritos limites da previsão normativa.

A proteção dos indivíduos não resulta apenas da prévia estipulação legal acerca dos fins a serem perseguidos pelo Estado, mas, especialmente, na prefixação dos meios, formas e condições para alcançá-los. Impõe-se, portanto, o respeito às formas preestabelecidas como requisito de legitimidade inerente à conduta administrativa.²

Isto significa que o cidadão, no Estado de Direito, não está garantido apenas pela certeza de que a Administração Pública só pode agir segundo os fins previamente assinalados em lei, mas, também, e, sobretudo, pela segurança de que só poderá fazê-lo conforme os meios adrede estabelecidos.³

¹ Anota Romeu Felipe Bacellar Filho: “O Estado Democrático de Direito é aquele que é, a um só tempo, criador e súdito da norma” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Ética pública e Estado Democrático de Direito. Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, San José, Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo “Prof. Jesús González Pérez”, n. 3, p. 57-62, 2003. p. 57).

² Segundo Niklas Luhmann “quem tem o poder detém condições de motivar outros a adotar as suas decisões; deve-se partir da hipótese de que no processo se criem razões adicionais para aprovação das decisões e de que, neste sentido, o poder origina decisão e a torna legítima; visto desta forma o objetivo do procedimento juridicamente organizado consiste em tornar intersubjetivamente transmissível a redução da complexidade com a ajuda da criação do poder legítimo de decisão” (LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980. p. 27).

³ Perceba-se a evidente imbricação do princípio da segurança jurídica, na medida em que, dentro dessas balizas, o princípio da legalidade oferece certa dose de previsibilidade aos

A rápida e substancial ampliação da gama de serviços públicos, a complexidade da vida moderna e o extraordinário avanço científico ensejaram o agigantamento do Estado contemporâneo, caracterizado pela multiplicação das finalidades que lhe foram reconhecidas como próprias e pela intensificação dos seus poderes, havendo um significativo aumento da intervenção estatal na vida privada dos indivíduos.

Analisando esse quadro, marcado pela tônica intervencionista do Estado e o exercício de suas prerrogativas, Romeu Felipe Bacellar Filho leciona que o processo administrativo surge como um importante instrumento de equilíbrio entre as prerrogativas do Poder Público e a proteção dos particulares contra o arbítrio.⁴

E, nessa ordem de ideias, processo é identificado também como instrumento de democratização do poder. Para Cármen Lúcia Antunes Rocha, o processo é uma necessidade da civilização, na medida em que se revela um expediente utilizado para a reivindicação e efetividade de direitos, indicando ao homem que a justiça com as próprias mãos não precisa ser feita. O processo administrativo é, pois, uma garantia (e consequência) inafastável da Democracia.⁵

Esse também é o pensamento de Romeu Felipe Bacellar Filho, para quem:

a procedimentalização do agir administrativo, a fixação de regras para o modo como a Administração deve atuar na sociedade e resolver os conflitos configura, assim, condição indispensável para a concretização da democracia. Sem a fixação do procedimento administrativo, impossibilita-se qualquer relação estável entre Administração e cidadãos, onde cada um saiba até onde vai o poder do outro e como este poder será exercido.⁶

O processo administrativo, assim, implica o estabelecimento de “uma principiologia democrática informadora do processo sem o que tanto poderá ele ser uma arma jurídica favorável como poderá ser contrária ao indivíduo. Somente o processo democrático é a superação

atos estatais, de modo a evitar que o cidadão seja surpreendido pela intervenção do Estado na sua vida privada.

⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 169-170.

⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 201, p. 190, jul./set. 1997.

⁶ BACELLAR FILHO. *Processo administrativo...*, p. 130.

do arbítrio”.⁷ Também nessa direção apontam Sérgio Ferraz e Adilson Dallari, assinalando que:

somente se pode pensar em efetiva realização do princípio democrático quando e onde possa o administrado participar da feitura do querer administrativo, ou da sua concretização efetiva. Para tanto, imprescindível é que se assegure ao cidadão o postular junto à Administração Pública, com a mesma coorte de garantias que lhe são deferidas no processo jurisdicional.⁸

É dentro desse contexto que surge a noção de processo administrativo: como contraface ao autoritarismo da Administração Pública. Com efeito, acostumada ao monopólio da decisão administrativa, a Administração Pública sempre se considerou senhora do processo administrativo, decidindo quando e como instaurá-lo, seu *iter*, sua publicidade, sua reserva. Com isso, o que se tinha eram verdadeiras arbitrariedades, seja pela não concessão de vista dos autos, seja pela inobservância de prazos (de um lado, excessivamente exíguos e, de outro, absurdamente longos, conforme a conveniência da Administração Pública), seja pela recusa frequente das repartições públicas em receber petições ou recursos, fazendo com que o particular sempre fosse obrigado a recorrer ao Poder Judiciário (via mais dificultosa), para fazer valer seus direitos.

O equilíbrio nas relações entre a Administração Pública e os particulares é buscado através da garantia da participação do indivíduo no circuito formativo das decisões que virão afetar a sua vida, pois, como bem pondera Celso Antônio Bandeira de Mello, “a contrapartida do progressivo condicionamento da liberdade individual é o progressivo condicionamento do ‘modus procedendi’ da Administração”.⁹

Na medida em que constitui um meio pelo qual se garante a participação do cidadão no circuito formativo das decisões administrativas que irão afetá-lo, o processo administrativo é expediente de controle da vontade estatal, revelando-se, assim, um instrumento de defesa do cidadão perante as prerrogativas da Administração Pública, ante a garantia da participação do indivíduo no circuito formativo das decisões que virão afetá-lo.

Daí a lição de Romeu Felipe Bacellar Filho, que concebe processo administrativo como um importante *instrumento de concordância prática entre as prerrogativas da Administração Pública e os direitos dos administrados*

⁷ ROCHA. Princípios constitucionais do processo..., p. 191-192.

⁸ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 21-22.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 491.

utilizado para definir arsenais de controle mais eficazes, separando o que é discricionário do que é arbitrário.¹⁰

A dogmática constitucional pós-positivista,¹¹ assentada na proteção e concretização dos direitos fundamentais, postula o repensar do regime jurídico-administrativo funcionalizado a partir do viés do princípio da dignidade da pessoa humana, não apenas nas prerrogativas conferidas ao ente estatal.

Sobre o papel dos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo, Jaime Rodriguez-Arana Muñoz anota que a mudança do Estado Liberal para o Estado Social deu nova dimensão ao papel e à funcionalidade dos direitos fundamentais, que, não apenas como limites aos poderes estatais, antes, constituem o conjunto de valores e fins da ação do poder público.¹²

A Constituição Federal de 1988 revelou um Direito Administrativo muito diferente daquele que se preconizava até então: calcado nas premissas da unilateralidade, da imperatividade e da supremacia de um “interesse público” ditado pela própria Administração Pública, vale dizer, pelo “governante de plantão”. Enfim, um Direito Administrativo muito mais preocupado em enfatizar as prerrogativas exorbitantes da Administração Pública do que as sujeições especiais.

A Carta Magna veio provocar uma verdadeira reviravolta nesse Direito Administrativo, pois, a partir dela, seja pela previsão dos princípios constitucionais da Administração Pública como elementos de legitimação dos seus deveres-poderes, seja pela inserção do processo administrativo no rol dos direitos e garantias individuais, operou-se uma evolução para um Direito Administrativo marcado pela ascensão do cidadão como sujeito (não objeto) dos cuidados da Administração Pública e um Direito Administrativo funcionalizado para a concretização dos direitos fundamentais.¹³

¹⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 172-181.

¹¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 225, jul./set. 2001; KRELL, Andréas. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*. n. 36, out./dez. 1999; FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, dentre outros).

¹² RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *La Dimensión Ética*. Madrid: Dykinson, 2001. p. 50.

¹³ Como refere Romeu Felipe Bacellar Filho, inaugurando uma nova era do relacionamento entre a Administração Pública e os administrados, suplantando um Direito Administrativo marcado pelo viés autoritário, a Constituição Federal de 1988 se coloca “em sintonia com as

Surge, assim, um Direito Administrativo assentado em novas premissas: (i) democratização do exercício da atividade administrativa mediante o asseguramento da participação dos cidadãos no processo decisório; (ii) deslocamento do eixo do ato administrativo para o procedimento, o que implica uma mitigação do exercício unilateral e autoritário do poder.¹⁴

Na verdade, como já referi, o processo administrativo é uma das formas de instrumentalização do exercício de poder da Administração Pública. Nessa linha, a fim de caracterizá-lo como um instrumento de defesa do cidadão perante as prerrogativas da Administração Pública, evitando-se, assim, o arbítrio, a noção de processo vem inserida dentro do núcleo mínimo processual comum que a Constituição Federal preconiza.

Como expõe Romeu Felipe Bacellar Filho, dentro da concepção de Estado Democrático de Direito, fundado no princípio da dignidade humana, a nova Carta Magna estabelece um regime constitucional administrativo, que faz antever uma Administração Pública comprometida com a legalidade, a moralidade, a impessoalidade, a publicidade e a eficiência. Nessa ordem, a Constituição Federal de 1988 fez espargir, um núcleo mínimo processual comum, de modo que apenas dentro dessa principiologia é que o processo administrativo se presta a atingir o seu fim: a concretização de direitos.¹⁵

Com a CF/88, não só o processo judicial, mas também o processo administrativo foi elevado à categoria de direito fundamental. Direito fundamental não a qualquer processo, mas ao devido processo legal. Assim, a proteção dos indivíduos resulta não apenas da prévia estipulação legal dos fins a serem perseguidos pelo Estado, mas, especialmente, na prefixação dos meios, formas e condições para alcançá-los. É o estabelecimento do “como” atingir os fins estatais. É o controle “desde dentro”, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello.¹⁶

Ao estabelecer o processo administrativo no rol dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, a Lei Fundamental pôs fim ao monopólio da decisão administrativa.

expectativas da comunidade destinatária de seus comandos” (BACELLAR FILHO. *Processo administrativo...*, p. 157).

¹⁴ FERRAZ, Luciano. Apontamentos sobre parcerias público-privadas. *BDA — Boletim de Direito Administrativo*, p. 429, abr. 2005.

¹⁵ É a lição que se extrai da obra *Processo Administrativo Disciplinar*, acima citada, de Romeu Felipe Bacellar Filho, notadamente nos Capítulos 5, 6 e 7. BACELLAR FILHO. *Processo administrativo...*, *op. cit.*, p. 157 *et seq.*

¹⁶ MELLO, *op. cit.*, p. 490-497.

Interessante destacar que desde 1988 não só o processo judicial, mas também o processo administrativo é expressamente reconhecido e consagrado pela Lei Fundamental. No entanto, apenas em 1999, surge a primeira lei federal a tratar do processo administrativo — Lei nº 9.784, de 29.01.99. Há uma vinculação direta da Lei nº 9.784/99 com o Estado Democrático de Direito, onde o sistema jurídico é orientado à satisfação da vontade da coletividade — bem comum.

O processo administrativo é, assim, uma *garantia fundamental* que se revela como instrumento seguro de prevenção ao arbítrio e à tirania, revelando-se um meio apto a controlar o *iter* da formação da vontade estatal. É, enfim, um instrumento de defesa dos cidadãos em face das prerrogativas estatais, mormente porque, inserido dentro de um núcleo mínimo processual comum de observância inarredável e obrigatória, o processo cumpre com sua função de evitar o arbítrio e assegurar a concretização de direitos.

Pode-se, assim, identificar um duplo objetivo do processo administrativo: a) *garantia dos administrados*: resguarda os cidadãos, através da possibilidade que lhes é assegurada, de manifestarem-se antes da decisão administrativa que irá afetá-los. Traz o equilíbrio na relação de verticalidade que caracteriza as relações travadas com a Administração Pública; b) *eficácia da atuação Administração Pública*: concorre para uma decisão mais bem informada, coerente e responsável, enfim, para a melhor solução dos interesses públicos postos em jogo.

De fato, por intermédio do regular processo administrativo obtêm-se, simultaneamente, a eficácia da atuação da Administração Pública e a garantia de direitos dos administrados.

Como já dito, com a Constituição Federal de 1988, não só o processo judicial, mas também o processo administrativo foi alçado à categoria de direito fundamental. Direito fundamental não a qualquer processo. Mas ao *devido processo legal*, que assegura o contraponto para o cidadão, frente ao exercício dos poderes da Administração Pública.¹⁷

A garantia do devido processo legal, que não se resume à função jurisdicional — concepção de processualidade ampla —, enfeixa um conjunto de noções que traduzem aquilo que é *imparcial, reto e justo*.

Ele compreende um conjunto de elementos jurídicos garantidores de direitos fundamentais quando lesados, ameaçados ou simplesmente questionados, tendo como desdobramentos: contraditório, ampla defesa, juízo objetivo, motivado e previamente identificado. Implica,

¹⁷ BACELLAR FILHO. *Processo administrativo...*, op. cit., p. 67.

assim, a observância de garantias formais e materiais, não apenas o cumprimento de normas jurídicas.

Reconhecendo o processo administrativo como um instrumento garantidor de direitos, notadamente no exercício das prerrogativas disciplinares da Administração Pública, o Supremo Tribunal Federal já assentou:

É certo que o Estado, em tema de punições de índole disciplinar ou de caráter político-administrativo, não pode exercer sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade censória, o postulado da plenitude de defesa, pois — cabe enfatizar — o reconhecimento da legitimidade ético jurídica de qualquer sanção punitiva imposta pelo Poder Público exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo (CF, art. 5º, LV), a fiel observância do princípio do devido processo legal, consoante adverte autorizado magistério doutrinário.¹⁸

O devido processo legal compreende as garantias do contraditório e da ampla defesa, pois, sem elas, não há que se falar em devido processo legal. São garantias que se destinam a assegurar o equilíbrio de forças entre os sujeitos envolvidos nessa relação.

Ainda que se tratem de princípios que apresentem íntima relação, imbricando-se mutuamente, contraditório e ampla defesa têm conteúdos distintos.

Enquanto o *contraditório* implica o estabelecimento de uma relação que se desenvolva numa estrutura dialógica, o que implica a bilateralidade, com asseguramento da participação ativa e crítica do servidor, a *ampla defesa* se identifica com a possibilidade de uma adequada e suficiente reação à pretensão que lhe é dirigida, desdobrando-se na garantia da (i) anterioridade da defesa, (ii) da defesa técnica, (iii) no direito que tem o acusado não apenas de apresentar seus argumentos, mas de vê-los devidamente sopesados pela autoridade processante, e, por fim, (iv) do direito à interposição de recursos.

Ora, é especialmente no processo administrativo que a garantia deve se fazer presente plenamente, com todos os seus desdobramentos, haja vista que aqui, de plano, evidencia-se uma desigualdade jurídica entre as partes, pois, nas relações de administração, a Administração Pública é parte e julgadora ao mesmo tempo. Cite-se como exemplo os processos sancionatórios: a Administração Pública acusa, instrui e julga.

¹⁸ STF, MS nº 24458/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 18.02.3003, DJU, 21 fev. 2003.

Isto sem falar nas situações em que a autoridade administrativa, no exercício da prerrogativa disciplinar, ao determinar a apuração da responsabilização do servidor, institui comissão disciplinar após a ocorrência do fato, em absoluto confronto com o princípio do juiz natural, também uma garantia decorrente do devido processo legal.¹⁹

O princípio do juiz natural no processo administrativo disciplinar é instrumento que garante a plenitude do direito de defesa,²⁰ especialmente para se evitarem desvios e abusos no exercício do poder punitivo da Administração Pública. Trata-se de garantia essencial e, portanto, de observância inarredável, pois assegura a *imparcialidade, independência e objetividade do julgamento*. A inobservância do princípio do juiz natural nos processos administrativos disciplinares desencadeia gravíssimos desvios na atuação administrativa, seja porque possibilita uma atuação corporativa, formalizando um simulacro de processo, a fim de se impedir que a investigação cumpra o seu objetivo, seja pelo sentido oposto, porque possibilita uma atuação discriminatória, para previamente imputar a alguém a prática de uma conduta, independentemente do que se venha a produzir como provas no processo, o que configura uma hipótese de total exclusão do Direito.

Daí a acertada conclusão de Romeu Felipe Bacellar Filho, para quem a desconsideração do princípio do juiz natural nos processos administrativos disciplinares possibilita a criação de uma situação que não passa de um verdadeiro “faz de conta”.²¹ Com efeito, a instituição de uma comissão processante após a ocorrência do fato possibilita a escolha a dedo de um julgador já predeterminado a absolver ou condenar, situação em que o julgador já tem a sua decisão pronta, muito embora aparentemente demonstre levar em consideração o resultado da participação do servidor.

¹⁹ Para Romeu Felipe Bacellar Filho, o princípio do juiz natural no processo administrativo disciplinar é instrumento que garante a plenitude do direito de defesa, especialmente para se evitarem desvios e abusos no exercício do poder punitivo da Administração Pública. Nessa linha de pensamento, adverte o administrativista que o princípio do juiz natural é uma garantia essencial e, portanto, de observância inarredável, sob pena de se incorrer em desvios graves, quer no sentido de se atuar corporativamente, formalizando um simulacro de processo, a fim de se impedir que a investigação cumpra o seu objetivo, constituindo uma hipótese de não aplicação do Direito, quer no sentido oposto, atuando-se discriminatoriamente, para previamente imputar a alguém a prática de uma conduta, independentemente do que se venha a produzir como provas no processo, hipótese de total exclusão do Direito (BACELLAR FILHO. *Processo administrativo disciplinar...*, *op. cit.*, p. 323-377).

²⁰ Nesse sentido, vale conferir: BACELLAR FILHO, *idem*, p. 323-377.

²¹ BACELLAR FILHO, *idem*, p. 337.

A observância do princípio do juiz natural garante imparcialidade e objetividade nos processos administrativos disciplinares, evitando-se esses desvios, incompatíveis com o interesse público almejado no âmbito da responsabilização dos servidores públicos.

O Supremo Tribunal Federal, em paradigmático voto da lavra do Min. Celso de Mello, reconheceu que o princípio do juiz natural projeta-se para além da dimensão estritamente judicial, alcançando o processo administrativo, sendo um componente do princípio do devido processo legal na Administração Pública. Nesse aresto, a Corte Suprema alçou o princípio do juiz natural à condição de “direito público subjetivo” do indiciado em processo administrativo disciplinar, sendo, portanto, “inteiramente oponível ao próprio Estado” e, nesse sentido, ele “atua como fator de inquestionável restrição ao poder de persecução penal ou disciplinar, submetendo, o Estado, a múltiplas limitações inibitórias de suas prerrogativas institucionais”.

À vista disso, decidiu o Supremo Tribunal Federal que:

a observância do princípio da naturalidade do juízo representa, no plano da atividade disciplinar do Estado, condição inafastável para a legítima imposição, a qualquer agente público, notadamente aos magistrados, de sanções de caráter administrativo. A incidência do postulado do juiz natural, portanto, mesmo tratando-se de procedimento administrativo-disciplinar, guarda íntima vinculação com a exigência de atuação impessoal, imparcial e independente do órgão julgador, que não pode, por isso mesmo, ser instituído ‘ad hoc’ ou ‘ad personam’, eis que designações casuísticas dos membros que o integram conflitam, de modo ostensivo, com essa expressiva garantia de ordem constitucional.²²

Por fim, e com isto já estou me encaminhando para o final, Senhora Presidente (até porque a duração razoável do processo, também é uma garantia constitucional decorrente do devido processo legal), é de se concluir que o *devido processo legal condiciona o exercício dos poderes a que se acha submetida a Administração Pública*, sob pena de descaracterizar-se, com grave ofensa aos postulados que informam a própria concepção de Estado Democrático de Direito.

E assim concebido, o *devido processo legal administrativo*, inserido dentro do núcleo processual comum que lhe é conferido pela CF/88, é um instrumento democrático para que o Direito justo se concretize, especialmente porque não podemos deixar de considerar, tal como

²² STF, RE nº 335428, Rel. Min. Celso de Mello, j. 06.05.2010, DJ, 11 maio 2010.

aprendi com o professor Romeu Felipe Bacellar Filho, baseado em Luís Récasens Siches, que: “atrás da letra fria da lei existe um pedaço de vida humana objetivada”.

Informação bibliográfica deste capítulo, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FINGER, Ana Cláudia. A feição democrática do processo administrativo como instrumento de proteção do cidadão. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 227-237. ISBN 978-85-7700-501-7.