

# POLÍTICAS PÚBLICAS PARTICIPATIVAS Y EL NUEVO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

*Agustín R. Moscariello<sup>1</sup>*

*Publicado en MicroJuris, febrero 2014*

## **I. Introducción.**

El procedimiento administrativo y la formulación participativa de políticas públicas nos enfrentan a la crisis de la noción tradicional del procedimiento administrativo, que no satisface las pretensiones que impone la sociedad actual, caracterizada como del conocimiento y la información. Ese procedimiento de tipo confrontativo, “judicializado”, dual, montado sobre el modelo “procesal”<sup>2</sup>, como falsete del proceso civil –que Javier Barnes llama de “primera generación”<sup>3</sup>–; propio del arquetipo plasmado en la Ley de Procedimiento Administrativo N° 19.549 y en la mayoría de las leyes de procedimiento provinciales.

Así el esquema procesal en que se basa el procedimiento administrativo tradicional “no sirve para solucionar situaciones en las que es necesaria la mediación, la generación de consenso y la aceptación ante un amplio segmento de la población del proyecto propuesto (ubicación de infraestructuras de transporte y telecomunicaciones, instalación de industrias, centrales eléctricas o depuradoras, la apertura de un centro comercial o religioso)”<sup>4</sup>.

Aparecen así los llamados –al decir de Barnes– procedimientos administrativos de “segunda y tercera generación”, los cuales vienen a llenar este vacío.

Los procedimientos administrativos de “segunda generación” tienen por misión la elaboración de toda clase de normas reglamentarias, programas, planes o proyectos (en un entorno de Administración imperativa). Al tiempo que los llamados de “tercera generación” se dan en el marco de las nuevas formas de gobernanza, en un medio de colaboración, “cuando no se trata de aplicar el derecho preexistente, sino de buscar, entre múltiples actores y en forma cooperativa, la mejor solución”<sup>5</sup>.

Si bien no somos afectos a las definiciones, en ciertas ocasiones son útiles a los fines de ponernos de acuerdo acerca de qué estamos hablando.

Veamos entonces los conceptos de políticas públicas, participación ciudadana, procedimiento

---

<sup>1</sup> Abogado (UCA, sede Rosario). Magíster en Derecho Administrativo (Universidad Austral). Profesor de Instituciones de Derecho Administrativo y Derecho Administrativo Especial en la UCA, sede Rosario.

<sup>2</sup> Barnes Vázquez, Javier, “Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas”, en AA VV Barnes Vázquez, Javier (director), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Sevilla, Global Law Press, 2006, p. 271. En el derecho argentino, Ricardo Alberto Muñoz (h), al analizar la tutela administrativa efectiva también ha denunciado esta “judicialización” del procedimiento administrativo, en su caso, como cortapisa de los derechos de los particulares. Muñoz (h), Ricardo Alberto, “La tutela administrativa efectiva”, *La Ley* diario del 29/03/2012, pág. 1.

<sup>3</sup> Se trata de la noción “tradicional” del procedimiento administrativo, la cual tiene por objeto el dictado de resoluciones que afectan los derechos e intereses de los ciudadanos, a cargo de la Administración imperativa, la que actúa como si tratara de un juez. Barnes Vázquez, Javier, “Tres generaciones de Procedimiento Administrativo”, en AA VV Abestury, Pedro y Blanke Hermann J. (coordinadores), *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*, Eudeba, Buenos Aires, 2012.

<sup>4</sup> Barnes Vázquez, Javier, “Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas”, *op. cit.*, p. 283.

<sup>5</sup> Barnes Vázquez, Javier, “Tres generaciones de Procedimiento Administrativo”, *op. cit.*

administrativo, entre otros, y cómo se vinculan dichas ideas entre sí.

## **II. Las políticas públicas.**

De tal modo, en primer lugar, podemos definir las “políticas públicas” como “la acción estratégica (de instituciones o personas de derecho público) que busca alcanzar metas previamente determinadas por finalidades, objetivos y principios de naturaleza pública”<sup>6</sup>.

La profesora Ivanega, por su parte, las ha definido como “el resultado de una actividad prominente de la autoridad investida de poder público y legitimidad gubernamental, que se presenta mediante un conjunto de prácticas y de normas que emanan de actores públicos”. Configuran un programa de acción gubernamental, con un contenido, orientación normativa, factor de coerción y una competencia social<sup>7</sup>. Por tanto, las políticas públicas pueden versar sobre aspectos de regulación económica y social, medio ambiente, infraestructuras públicas, educación, salud, servicios públicos, seguridad pública.

Mario Justo López, por su parte, se refiere a la “decisión política”, expresando que la misma es un fenómeno integrado de distintos momentos, lo que la constituye en el resultado de un “proceso político”, la que se encuentra siempre sujeta a condicionamientos específicos que limitan las opciones y es imputable al Estado<sup>8</sup>. Sin embargo, el hecho de que sea una decisión estatal, no le quita la posibilidad de que participen en ella factores no estatales<sup>9</sup>.

En cuanto a la formulación de políticas públicas, se ha dicho que hay que distinguir dos tipos de políticas públicas: a) las de orden superior, que responden a los órganos de mayor jerarquía en una Nación (v. gr., Órgano presidencial); y b) las de provisión de servicios<sup>10</sup>. Pareciera, a priori, que es más sencillo lograr la participación ciudadana en este segundo grupo de políticas públicas, por cuanto se trata de temáticas más cotidianas para el ciudadano que en el primero (aunque no pretendemos excluir apriorísticamente al primer grupo de la participación ciudadana).

Desde una postura más clásica, las políticas públicas son sin dudas concreción de la llamada “dinámica política” como proceso de la política como actividad o acción<sup>11</sup>. En contraposición a la “política estática”. Y se condice además, con la noción de la política como acción, como técnica o política práctica, “como acción inmediata, que se genera espontáneamente y que se traduce en el arte o técnica del gobierno”<sup>12</sup>.

Repasando las nociones que se han dado de la política, vemos una clasificación tripartita de Juan Franciso Linares, replicada por Germán Bidart Campos, que entiende la política como: a) política “arquitectónica”, es la acción o conducta de los gobernantes -es el sentido que se le dió a la política en la edad media como oficio de príncipes-, en una lógica desde arriba hacia abajo; b) como “lucha por el poder”, que gira en torno de la contienda por el poder, más que en torno a su ejercicio; c) y una tercera

<sup>6</sup> Gesta Leal, Rogério, “Control judicial de políticas públicas en Brasil: posibilidades materiales”, *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo* nº 10, Buenos Aires, p. 13.

<sup>7</sup> Ivanega, Miriam Mabel, “Diseño y determinación de políticas públicas: su control judicial” en AAVV *Cuestiones de Control de la administración pública, Administrativo, legislativo y judicial*, Buenos Aires, RAP, 2010, pág. 743.

<sup>8</sup> López, Mario Justo, “Manuel de derecho político”, Buenos Aires, Kapelusz, 1973, pág. 156.

<sup>9</sup> Idem, pág. 156/157.

<sup>10</sup> Prats i Catalá, Joan, *De la burocracia al Management y del Management a la Gobernanza. Las transformaciones de las Administraciones públicas de nuestro tiempo*, Madrid, INAP, 2005, p. 40 y sigs.

<sup>11</sup> Fayt, Carlos S., *Derecho político. Tomo I*, Buenos Aires, Deplama, 1988, pág. 18.

<sup>12</sup> Fayt, op. Cit. Pág. 15.

noción de “política plenaria”, entendida ésta como acción colectiva, en la que participan tanto los gobernantes como los gobernados. Se busca la cooperación integradora, en la organización, dirección y ejecución de la empresa comunitaria total<sup>13</sup>. Esta tercera noción es más cercana la política participativa, sin embargo, mantiene la lógica mando-obediencia de la política tradicional.

Giovanni Sartori, al analizar las decisiones en una democracia considera que “la política consiste en decisiones colectivadas”. Clasifica a las decisiones en: a) individuales, b) grupales, c) colectivas, y d) colectivadas. Las decisiones individuales las toma, con surge de la misma idea, cada persona para sí misma. Las grupales son efectuadas por un grupo; las colectivas son adoptadas por “los muchos”, y suponen en comparación con las grupales, presuponen una colectividad que por su grupo no puede actuar como el grupo concreto. Y la diferencia fundamental entre las tres primeras y las colectivadas está en que en las primeras se refieren al sujeto que toma la decisión, en tanto que en la colectivadas el criterio diferenciador no está en quién toma la decisión, sino en su alcance, en tanto se aplican y se hacen cumplir en una colectividad (con abstracción de si la decisión es tomada por una sola persona, varias o la mayoría)<sup>14</sup>.

Manifiesta asimismo Sartori que las decisiones colectivadas tendrán “costes internos” -que surgen de la adopción de la decisión o lo que aquí llamaríamos el “costo político”- y “riesgos externos” relacionados con los perjuicios que ocasionan. Ahora, si bien es claro que estas decisiones no son necesariamente identificables con las políticas participativas, podemos transpolar esta idea al tema en estudio. De ello resultaría que la adopción de una política pública participativa va, en principio, a reducir tanto del coste interno -al haber más gente involucrada en ella-, como el riesgo externo de los destinatarios de la medida.

Por otro lado, la doctrina ha dicho que la acción política, sea la actividad del gobernante, del miembro de un partido o de un ciudadano que actúa en la vida pública, supone siempre una decisión, en la situación concreta de un pueblo, que prefiere una forma de orden concreto, en virtud de una estimación de valores que implican un fundamento ético<sup>15</sup>.

La particularidad de las políticas públicas de índole participativas, es que el ciudadano forma parte ora del proceso valorativo, ora del proceso decisorio que marca el norte a dicha acción política.

La vinculación de este tema con nuestra disciplina está dada por el hecho de que el derecho administrativo es el instrumento jurídico necesario para, por un lado, proceder al desglose o detalle de las políticas públicas con alcance complementario del texto constitucional y legal, y por el otro, comprende la ejecución de dichas políticas públicas<sup>16</sup>, a través de la burocracia del Estado. Otra vinculación está dada porque la formulación de los programas debe partir de un orden jurídico vigente, y debe utilizar como instrumento el orden institucional y administrativo<sup>17</sup>.

Reiteramos que en este pequeño análisis abordaremos la parte del diseño o confección de políticas públicas mediante la participación ciudadana. La implementación de las políticas públicas corresponde, en principio a la organización burocrática<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> Bidart Campos, José Germán, *Derecho político*, Buenos Aires, Aguilar, 1962, pág. 69/71

<sup>14</sup> SARTORI, Giovanni, *Teoría de la democracia. 1. El debate contemporáneo*, versión española de Santiago Sánchez González, Editorial Rei Argentina, Buenos Aires, 1990, pág. 262. Seguidamente postula que si bien todas las decisiones de carácter político son colectivadas, “no todas las decisiones colectivadas son políticas”.

<sup>15</sup> Sanchez Agesta, Luis, *Principios de teoría política*, Madrid, Editoria Nacional, pág. 43.

<sup>16</sup> Balbín, Carlos, *Curso de derecho administrativo*, T. I, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 183.

<sup>17</sup> Cano, Guillermo J. Y Mouchet, Carlos, “La legislación y la organización administrativa como instrumentos para la formualción y ejecución de planes de desarrollo económico y social”, *La Ley* tomo 116 pág. 864.

<sup>18</sup> Al respecto, la profesora Ivanega avisa sobre el riesgo de caer en la llamada “trampa de los procedimientos”, vale decir, el peligro de sustituir los fines por rutinas burocráticas y actos automáticos, irreflexivos; o puede suceder que haya

El diseño de una política pública será el resultado de una negociación, y la formulación de sus objetivos es siempre conflictiva; al tiempo que la decisión final implicará una afirmación de valores<sup>19</sup>. Ello sumado al hecho de que toda decisión tiene un costo de oportunidad, ya que al optar por A, más de las veces hemos desechado (tácita o expresamente) a las opciones B, C, X, etc.

Al decir de Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, en la formulación de las nuevas políticas públicas es importante poner como centro del trabajo público la preocupación de los ciudadanos reales: sus aspiraciones, expectativas, problemas, dificultades e ilusiones. Y para ello, la determinación de los objetivos de dichas políticas públicas no puede hacerse sino desde la participación ciudadana<sup>20</sup>.

### **III. La participación ciudadana.**

Por otro lado, respecto de la participación ciudadana, Julio Comadira sostiene, en un concepto amplio, no técnico-jurídico, que la misma consiste en “tomar parte en el ejercicio de la función administrativa”; y que, técnicamente, la participación ciudadana se vincula a los nuevos modos y medios de conexión entre el particular y la Administración<sup>21</sup>, considerando al administrado como colaborador de la Administración<sup>22</sup>.

Tan importante es esta institución que la Dra. Ivanega la postula como principio general del procedimiento administrativo, exigible en el ejercicio de la función administrativa<sup>23</sup>. Al tiempo que se ha convertido en paradigma del funcionamiento democrático de las últimas décadas, identificando este término con “un modelo de gobierno que en sus fines y relaciones políticas, sociales y económicas, se articula con la sociedad civil y el mercado”<sup>24</sup>.

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz manifiesta que la participación debe ser tanto objetivo (lograr mayor participación ciudadana en la cosa pública), como método de trabajo social para construir la gran directiva del Estado Social y Democrático de Derecho. Así “la política pública democrática significa poner en el centro de su elaboración, ejecución y evaluación, a las personas destinatarias de dichas actuaciones del poder público, es decir, a sus aspiraciones, sus expectativas, sus problemas, sus dificultades, sus ilusiones”<sup>25</sup>.

Esta institución nace en el derecho norteamericano en los procedimientos de audiencias públicas y en la elaboración de reglamentos, y luego se extendió a los ordenamientos europeos y latinoamericanos<sup>26</sup>.

---

quienes no quieran que dichas políticas se pongan en práctica, o que se quiera desviar el espíritu de la decisión en fase de impletación. Conf. Ivanega, Miriam Mabel, “Diseño y determinación de políticas públicas: su control judicial”, op cit, pág. 744 al 46.

<sup>19</sup> Ivanega, Miriam Mabel, “Diseño y determinación de políticas públicas: su control judicial”, op cit, pág. 745.

<sup>20</sup> Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas*, Pamplona, Thomson Aranzadi, 2006, p. 39 y sigs.

<sup>21</sup> Comadira, Julio Rodolfo, “Procedimiento Administrativo y Participación ciudadana”, recuperado de internet en fecha 12-5-2012, en el sitio: <http://www.mejordemocracia.gov.ar/paginas.dhtml?pagina=38>.

<sup>22</sup> CSJN, “Durussel de Fernández c/ Provincia de Santa Fe”.

<sup>23</sup> Ivanega, Miriam M., *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2010, p. 84.

<sup>24</sup> Ivanega, Miriam M., “Instrumentos de participación ciudadana en la formación de los contratos administrativos”, en *Revista de Derecho Público*, Contratos Administrativos II, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2007, p. 81 y sigs.

<sup>25</sup> Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, “La participación en el Estado Social y Democrático de Derecho”, *Revista del Régimen de la Administración Pública*, N° 407, Buenos Aires, sección doctrina, pág. 16

<sup>26</sup> Cassagne, Juan Carlos, “A cuarenta años de la ley nacional de procedimientos administrativos”, en AAVV, Héctor Pozo Gowland, David Halperín, Oscar Aguilar Valdez, Fernando Juan Lima y Armando Canosa (Directores) *Procedimiento Administrativo, tomo I*, La Ley, Buenos Aires, 2012, pág. 31.

A nivel nacional, a falta de una ley general sobre el tema, la autora sustenta la participación ciudadana en un amplio plexo normativo: en la Constitución Nacional, en forma implícita, en los Artículos 1º, 14 y 33; de manera explícita, en los Artículos 38, 41, 42<sup>27</sup>, 43 y 75 inc. 22. De igual modo, el art. 75 inc. 19 CN establece la participación de la familia y la sociedad en la legislación educativa<sup>28</sup>.

Así, los tratados internacionales con jerarquía constitucional que prevén el derecho de acceso a la información y la participación ciudadana, como ser, Convención Americana de Derechos Humanos<sup>29</sup>, Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>30</sup>.

Por otro lado, se podría plantear el interrogante de si estas técnicas no contradicen la manda constitucional del Artículo 22 de la Constitución Nacional<sup>31</sup>.

La primera respuesta que se puede dar a dicho interrogante es que estamos ante una herramienta de democracia “semidirecta” (y no de democracia directa como prohíbe dicho Art. 22 CN). Al respecto, es válido recordar que la reforma constitucional de 1994 incorporó en el capítulo de nuevos derechos y garantías fórmulas de democracia semidirecta (v. gr., Arts. 39 CN y 40 CN, iniciativa popular y consulta popular)<sup>32</sup>.

En el nivel infraconstitucional nacional, encontramos resortes de participación ciudadana en distintas leyes federales particulares, v. gr.: en los marcos regulatorios del gas y electricidad (Leyes Nros. 24.065 y 24.076), Ley de Defensa del Consumidor (Nº 24.240), Ley de Ética en la Función Pública (Nº 25.188), Ley General del Ambiente (Nº 25.675), Ley de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental (Nº 25.831), Ley de Protección de Datos Personales (Nº 25.326)<sup>33</sup>. Así como distintas regulaciones provinciales y municipales.

A nivel de derecho administrativo global, por su parte, el principio 10 de la Declaración de Río sobre ambiente y desarrollo prevé que el “mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es asegurar la participación de todos los ciudadanos interesados, en los distintos niveles”<sup>34</sup>.

---

<sup>27</sup> “[...] La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”. De tal modo, se prevé la participación ciudadana a través de las asociaciones de usuarios y consumidores en los “organismos de control” de servicios públicos, los cuales fueron creados luego como “entes reguladores” por el legislador nacional. Respecto de este Art. 42 CN, Ismael Mata ha dicho que el mismo es determinante de un nuevo paradigma de la Administración, y que por tanto, no se aplica exclusivamente a los servicios públicos, sino que tiene un efecto expansivo a toda la Administración. Exposición de Mata, Ismael, “Las nuevas tecnologías en la organización administrativa”, en AA VV, *Cuestiones de Organización Estatal, Función Pública y Dominio Público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 18, 19 y 20 de mayo de 2011.

<sup>28</sup> Mata, Ismael, “Administración servicial y procedimiento administrativo (el rediseño de la organización a través del procedimiento)”, en AAVV, Héctor Pozo Gowland, David Halperín, Oscar Aguilar Valdez, Fernando Juan Lima y Armando Canosa (Directores) *Procedimiento Administrativo, tomo I*, La Ley, Buenos Aires, 2012, pág. 440.

<sup>29</sup> “Pacto de San José de Costa Rica”, Artículo 23. Derechos Políticos: “1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de *participar en la dirección de los asuntos públicos*, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”. El destacado me pertenece.

<sup>30</sup> Ivanega, Miriam M., *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, op. cit.

<sup>31</sup> “El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición”.

<sup>32</sup> El profesor Federico Lisa, por su parte, considera que la participación ciudadana y el procedimiento administrativo obliga a repensar y revalorizar ciertas cuestiones, y entre ellas, el art. 22 de la CN. Manifestando el jurista que hoy en día, si bien el pueblo gobierna a través de sus representantes, ya no solo delibera a través de ellos, lo que muestra la deficiencia del sistema representativo clásico y obligar a replantear al procedimiento administrativo. Lisa, Federico J., “Procedimiento administrativo y participación ciudadana”, *Revista del Régimen de la Administración pública*, Nº 408 Buenos Aires, pág. 126.

<sup>33</sup> Ivanega, Miriam M., *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, op. cit.

<sup>34</sup> Cassese, Sabino y D'Alterio, Elisa, “El procedimiento administrativo en el orden global”, en AAVV, Héctor Pozo Gowland, David Halperín, Oscar Aguilar Valdez, Fernando Juan Lima y Armando Canosa (Directores) *Procedimiento Administrativo, tomo I*, La Ley, Buenos Aires, 2012, pág. 262. Donde los autores manifiesta que el llamado “derecho

En el plano histórico, la participación ciudadana, en distintos grados, con varios matices, y hasta con otros nombres, ha existido siempre<sup>35</sup>. Habiéndose dado inicio al protoconstitucionalismo a través de la participación de los barones con la Carta Magna de 1215<sup>36</sup>.

Y respecto de la participación ciudadana en la formulación de políticas públicas se ha manifestado que “constituye, [...] una intervención ordenada de personas y organizaciones que acuerdan afrontar los obstáculos que pudieran existir y deciden cooperar con las acciones que lleva a cabo un gobierno”<sup>37</sup>.

Asimismo se han identificado ciertas barreras a esta participación ciudadana en la formulación de políticas públicas; valladares que impiden o condicionan el ejercicio de los derechos humanos y el disfrute de una ciudadanía plena<sup>38</sup>: a) barreras subjetivas, constituidas por la falta de conocimiento y por la falta de autoafirmación por parte de los grupos vulnerados; b) barreras formales, cuando faltan o no se cumplen las normas y/o resoluciones que permiten que todos puedan acceder a los mismos derechos; c) barreras políticas, cuando existe la norma pero faltan los recursos –financieros y/o humanos– necesarios para que sea implementada como política pública; y d) barreras jurídicas, cuando aún existiendo la norma y los recursos, sin embargo, en los casos de incumplimiento, no existen o son deficientes los mecanismos de acceso a la justicia que permiten la exigibilidad de los derechos.

Así, esta noción ha sido vinculada además por el Dr. Lisa con el principio de interdicción de la arbitrariedad, la prohibición de lo antisistémico, ya que ello implica lo contrario a lo razonable, lo plausible; y para determinar lo razonable, debemos acudir a la participación ciudadana. Siendo todo ello un límite a la discrecionalidad<sup>39</sup>.

Yendo al aspecto sociológico de la participación ciudadana, la experiencia indica que los vecinos al acercarse a los métodos participativos tienden a desarrollar aptitudes en retórica y comunicación que les sirve para su vida; al tiempo que hay quienes se inician en la cosa pública a partir de estas intervenciones para luego lanzarse a la vida política partidaria.

Por otro lado, la participación ciudadana constituye un trípode junto con el acceso a la información pública y el control. Ello por cuanto, en primer lugar, será imposible participar o intervenir en la “res pública” sin información precisa, veraz, adecuada y cierta. Y en segundo lugar, porque el hecho de traer los asuntos públicos a la luz, aleja el peligro de la opacidad, de la oscuridad, de la falta de transparencia, y genera una sociedad más democrática, más justa y menos corrupta. Al respecto, recordemos que se ha postulado un derecho humano a la no corrupción<sup>40</sup>. De tal modo, se ha vinculado

administrativo global” trata principalmente dos cuestiones: a) las funciones ejercidas por las organizaciones internacionales que tienen “relevancia administrativa” (manifiestan que hay en el mundo unas 8.000 organizaciones internacionales y más de 53.000 organizaciones globales no gubernamentales); y b) el “transplante jurídico” (podríamos llamarlo también “transposición”) de principios del orden jurídico global a los ordenamientos nacionales.

<sup>35</sup> Sobre las manifestaciones históricas, ver Carnota, Walter F. y Maraniello, Patricio A., *Participación ciudadana*, El Derecho Colección Académica, Buenos Aires, 2006.

<sup>36</sup> Claro está que el concepto de ciudadano se ha ido ampliando a través de la historia, ya que antiguamente solo algunos eran ciudadanos, y las masas populares quedaban afuera.

<sup>37</sup> *Programa Auditoría Ciudadana, Calidad de Prácticas Democráticas en Municipios*, Subsecretaría para la Reforma Institucional y Fortalecimiento de la Democracia, Jefatura de Gabinete de Ministros, República Argentina, “Informe sobre la calidad de prácticas democráticas en Rosario, provincia de Santa Fe, República Argentina”, p. 130.

<sup>38</sup> Plan Nacional contra la Discriminación, pp. 167-168, Decreto PEN Nº 1.086/2005. *Boletín Oficial*, 27-9-2005. Se trata de un caso interesante de *soft law*.

<sup>39</sup> Lisa, Federico, “Una revisión de los límites de la actividad discrecional de la Administración pública”, en AA VV *El derecho administrativo hoy. 16 años después*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 16, 17 y 18 de mayo de 2012.

<sup>40</sup> Carello, Luis, “La Convención Interamericana contra la Corrupción y el ‘derecho a la no corrupción’”, en AA VV *Defensoría del Pueblo, 50 años de Derechos Humanos*, Santa Fe, 1998, p. 25 y sigs., citado por Gordillo, Agustín, “Hacia la unidad del orden jurídico mundial”, en AA VV *El*

la participación ciudadana con la ética pública<sup>41</sup>. Así, un ciudadano informado puede participar en la cosa pública, ejerciendo un tipo de control ciudadano, lo que lo redonda a una mejora sustancial de la ética pública.

Y hablando precisamente de derechos humanos, no podemos dejar de recordar que en el marco de la Unión Europea, se ha postulado un nuevo derecho humano, “el derecho fundamental a la buena administración”.

Tal derecho ha sido consagrado en el ordenamiento comunitario europeo en el Artículo 41 de la “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea” del 7 de diciembre de 2000, con un contenido jurídico-técnico determinado<sup>42</sup>.

Dicho derecho ha sido reconocido a su vez expresamente en las Constituciones de Italia<sup>43</sup> y Portugal<sup>44</sup>, y según algunos se encuentra implícito en la Constitución Española de 1978<sup>45</sup>. Al tiempo que en el nivel autonómico español, lo encontramos en los estatutos de Cataluña<sup>46</sup>, la Comunidad Valenciana, Andalucía y Castilla y León<sup>47</sup>.

Sobre el particular el Dr. Rodríguez-Arana Muñoz ha dicho, además, que “la buena administración y el buen gobierno aspiran a colocar en el centro del sistema a la persona y sus derechos fundamentales”<sup>48</sup>. De tal modo, que “el gobierno no es un fin en sí mismo, sino una institución al servicio de los ciudadanos, que debe acreditar su compromiso para que todos los ciudadanos puedan ejercer en mejores condiciones todos y cada uno de los derechos fundamentales”<sup>49</sup>. De todos modos, ha

---

*nuevo derecho administrativo global en América Latina*, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2009, p. 99.

<sup>41</sup> Jeanneret de Pérez Cortés, María, “Eficacia, eficiencia y ética”, en AA VV *Cuestiones de Organización Estatal, Función Pública y Dominio Público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2012, p. 46.

<sup>42</sup> Así el Art. 41 de la Carta Europea de Derechos Humanos establece:

“1- Toda persona tiene derecho a que las Instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2- Este derecho incluye en particular:

- el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente;

- el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto a los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial;

- la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.

3- Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembro.

4- Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una constelación en esa misma lengua”.

El Art. 42 establece el derecho de los particulares al acceso a los documentos.

Y el Art. 43 establece la posibilidad de dirigirse al Defensor del Pueblo Europeo en los supuestos de “mala administración”. Cfr. Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, “De los derechos humanos al derecho a una buena Administración”, en AA VV (Carmen María Ávila Rodríguez y Francisco Gutiérrez Rodríguez, coordinadores) *El derecho a una buena administración y la ética pública*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 46.

<sup>43</sup> Así el Art. 97 de la Constitución Italiana establece que los órganos administrativos deben organizarse según las normas de la ley, de manera que se garantiza el buen funcionamiento y la imparcialidad de la Administración.

<sup>44</sup> Art. 202 de la Constitución de Portugal como “dover de boa administracao”.

<sup>45</sup> De tal modo, se ha considerado implícito en los Arts. 9.3, 31.2 y 103 de la misma. Cfr. *Sindicatura de Greuges de Barcelona*, “El derecho a una buena administración”, pp. 8/10, recuperado en abril de 2011 de la página web [www.bcn.es/.../Informe%20Buena%20Administracion-castellano.pdf](http://www.bcn.es/.../Informe%20Buena%20Administracion-castellano.pdf).

<sup>46</sup> Artículo 30 sobre “Derecho de acceso a los servicios públicos y a una buena administración”. Cfr. *Sindicatura de Greuges de Barcelona*, “El derecho a una buena administración”, p. 10, recuperado en abril de 2011 de la página web [www.bcn.es/.../Informe%20Buena%20Administracion-castellano.pdf](http://www.bcn.es/.../Informe%20Buena%20Administracion-castellano.pdf).

<sup>47</sup> Cfr. López-Medel, Jesús, “Derechos humanos frente a la corrupción”, *El País*, domingo 23 de agosto de 2009, p. 19.

<sup>48</sup> Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas*, op. cit., p. 34.

<sup>49</sup> Ídem, p. 130.

habido manifestaciones en la doctrina europea en contra de la existencia de este derecho, manifestando que la buena administración, en un plano teórico, no es un derecho, sino que es el objetivo mismo del Estado<sup>50</sup>.

Particularmente, consideramos que el contenido técnico jurídico de la buena administración no es extraño a los argentinos, por cuanto contamos con todos los derechos que el mismo consagra, con distintos niveles de jerarquía normativa.

Así, encontramos en el derecho argentino constitucional y legal: el debido proceso adjetivo<sup>51</sup> y debido proceso sustantivo o razonabilidad<sup>52</sup> (garantía innominada de la Constitución Nacional y elaboración doctrinaria-jurisprudencial a partir de los Arts. 14, 28 y 33 de la Constitución Nacional argentina); el debido procedimiento previo al dictado del acto administrativo<sup>53</sup>; derecho de defensa (Art. 18 de la Constitución Nacional argentina); celeridad y economía (Ley de Procedimiento Administrativo Nacional N° 19.549, Art. 1º, inc. b); derecho de peticionar ante las autoridades (Art. 14 de la Constitución Nacional); responsabilidad del Estado<sup>54</sup>.

Y a su vez, creo que en nuestro nivel de desarrollo jurídico y político institucional, es difícil postularse por la existencia real de un “derecho humano a la buena administración” en nuestro sistema actual, y que dicho derecho tenga efectiva tutela judicial y administrativa. Sí postulo, en cambio, la existencia de la “buena administración” como un principio jurídico “duro” (y no ya simplemente como principio de Ciencias de la Administración). Aparece así la buena Administración como manifestación de un principio de Ciencias de la Administración en el Artículo 2º de la Ley santafesina N° 7.893 de conflictos interadministrativos del año 1976<sup>55</sup>.

---

<sup>50</sup> Pergoraro, Lucio, “¿Existe un derecho a una buena administración? (Algunas consideraciones sobre el ab(uso) de la palabra ‘derecho’)”, en AA VV *El derecho a una buena administración y la ética pública*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 40.

<sup>51</sup> Presente en el Art. 1º, inc. f) de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo N° 19.549 y que es manifestación en el procedimiento o reglamentación en el procedimiento administrativo de la garantía de defensa en juicio del Art. 18 de la Constitución Nacional. Y que consisten esencialmente en el derecho de ser oído, el derecho a ofrecer y producir prueba y el derecho a una resolución fundada. Cfr. Comadira, Julio Rodolfo, “Función administrativa y principios generales del procedimiento administrativo”, en AA VV *130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 1994, p. 94.

<sup>52</sup> Cfr. Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, T. I, Buenos Aires, FDA, 10ª edición, pp. VI-31 y sigs. De modo similar, considera a la razonabilidad como elemento que hace a la juridicidad del acto (entre otros principios o elementos como la buena fe, la igualdad, la proporcionalidad). Ivanega, Miriam M., “Los principios constitucionales en el acto administrativo”, en AA VV *XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo*, “Las bases constitucionales del derecho administrativo”, Buenos Aires, Ediciones Rap, año XXVI, n° 309, p. 155 y sigs.

<sup>53</sup> Referido en la Ley de Procedimiento Administrativo Nacional N° 19.549 en el Art. 7º inc. d), el cual establece como requisito esencial del acto administrativo, el cumplimiento de los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que surjan implícitos del ordenamiento jurídico, considerando esencial al dictamen de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto puede afectar derechos subjetivos o intereses legítimos. El Dr. Comadira considera que el “debido procedimiento previo al dictado del acto administrativo” es el género y el “debido proceso adjetivo” es una manifestación especial de él. Comadira, Julio Rodolfo, “Función administrativa y principios generales del procedimiento administrativo”, *op. cit.* De igual modo, Canosa, Armando, “El procedimiento administrativo como elemento del acto administrativo” en AA VV *Acto Administrativo y Reglamento*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2002, p. 55.

<sup>54</sup> Principio rector del ordenamiento que se extrae del valor “Estado de Derecho” (cfr. Coviello, Pedro J. J., “Los principios y valores como fuentes del derecho administrativo”, en AA VV, *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras Fuentes del Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2009, p. 759), no reconocido expresamente a nivel constitucional federal, pero presente en varias Constituciones provinciales (ver *Constitución de la Provincia de Santa Fe*, Arts. 9º y 18). Al respecto, recordemos la postura del Rafael Bielsa, quien consideraba que la responsabilidad del Estado no podía ser reconocida a menos que surja expresamente de una ley, postura que la doctrina y jurisprudencia no ha seguido.

<sup>55</sup> La cual establece: “El Poder Ejecutivo puede modificar los importes fijados en el artículo anterior *por razones de buena administración*” (se refiere a los montos para distinguir la competencia para entender en reclamos económicos entre el Poder Ejecutivo provincial y el Fiscal de Estado).



En cuanto principio jurídico, se presenta la buena administración como un “mandato de optimización”, al decir de Robert Alexy<sup>56</sup>, o como “derecho concentrado”<sup>57</sup>, “brindan la posibilidad de obtener desde ellos las respuestas jurídicas que se necesitan para los casos en cuestión”<sup>58</sup>. De tal modo, este principio mandará a la Administración a actuar de la mejor manera posible.

Finalmente, considero que la “buena administración” constituye una relectura de elementos ya existentes en el derecho argentino. Ahora bien, si se habla tanto de una “buena administración” es debido a que tanto los ciudadanos como los operados jurídicos perciben una “mala administración”.

Todo esto nos vincula, a su vez, con la idea de la “gobernanza”. Para Barnes Vázquez dicho término se ve anclado en una *cooperación* (público-privada e interadministrativa) que se extiende tanto a la formulación de las políticas públicas como a su desarrollo y aplicación. Teniendo por objeto en la Unión Europea los nuevos modos de gobernanza: la creación de formas más efectivas de participación, la coordinación de múltiples niveles de gobierno, la salvaguarda de la diversidad y la descentralización, el debate público permanente, una mayor flexibilidad y supervisión de los procesos decisorios, la experimentación y la generación de conocimiento<sup>59</sup>.

Por otro lado, la participación ciudadana en la generación de políticas públicas nos acerca a varios conceptos de la ciencia política y de las ciencias de la Administración que han sido transpuestos al derecho administrativo; como ser la noción de “responsives” y el “accountability”, tanto vertical como horizontal.

Los gobiernos son “responsives” si adoptan las políticas señaladas como preferidas por los ciudadanos<sup>60</sup>. De tal modo el procedimiento administrativo participativo servirá para que los ciudadanos, los cuerpos intermedios y el mercado manifiesten las políticas públicas que consideran preferentes.

Por su parte, el término “accountability” habrá que desglosarlo en dos: “accountability horizontal”, refiere a la “existencia de agencias estatales que tienen autoridad legal y están fácticamente dispuestas y capacitadas (*empowered*) para emprender acciones que van desde el control rutinario hasta las sanciones penales o incluso *impeachment*, en relación con actos u omisiones de otros agentes o agencias del Estado que pueden, en principio o presuntamente, ser calificadas como ilícitas”<sup>61</sup>.

Al tiempo que la “accountability vertical” se suele mencionar que se logra con la participación ciudadana en elecciones libres<sup>62</sup> (el “juicio de las urnas”). Sin embargo, se ha ensayado un concepto más específico y más abarcativo de la “accountability societal vertical” como: “[...] un mecanismo no electoral, pero vertical, de control de autoridades políticas que descansa en acciones de un múltiple

<sup>56</sup> Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Lima, Palestra Editores, 2007, p. 458.

<sup>57</sup> Vigo, Rodolfo, “Principios generales del derecho y Principios (Estado de Derecho Legal y Estado de Derecho Constitucional, respectivamente)”, *La Ley*, diario del 8 de febrero de 2011, p. 1 y sigs.

<sup>58</sup> *Idem*.

<sup>59</sup> Barnes Vázquez, Javier, “Reforma e innovación del procedimiento administrativo”, en AA VV (Director J. Barnes), *La transformación del procedimiento administrativo*, Sevilla, Global Law Press - Editorial de Derecho Global, 2008, p. 48.

<sup>60</sup> Grau, Nuria Cunill, “Responsabilización por el Control Social”, en AA VV *La responsabilización en la nueva gestión pública latinoamericana*, Consejo Científico del CLAD (coordinador), CLAD, BID, EUDEBA, Buenos Aires, 2000, pp. 269-327.

<sup>61</sup> O’ Donnell, Guillermo, “Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política”, *POSTData, Revista de Reflexión y Análisis Político*, Nº 7, Buenos Aires, mayo de 2011, pp. 11-34. Nótese que el autor emplea el término “agencia” no en un sentido técnico-legal (como las agencias del derecho administrativo norteamericano, por oposición a las entidades autárquicas del derecho administrativo continental europeo), sino más como un concepto amplio de cuño político.

<sup>62</sup> Oszlak, Oscar, “¿Responsabilización o responsabilidad?: el sujeto y el objeto de un estado responsable”, en *VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Panamá, 28-31, oct. 2003, p. 14.

conjunto de asociaciones de ciudadanos y de movimientos y sobre los medios, acción que tiene como objetivo el exponer los errores gubernamentales, trayendo nuevas cuestiones a la agenda pública, o de activar el funcionamiento de agencias horizontales. Emplea herramientas institucionales y no institucionales”<sup>63</sup>.

Vemos que el procedimiento administrativo puede servir para generar un gestión pública “responsives” (vale decir, que reaccione a tiempo a las demandas ciudadanas) en el proceso de toma de decisiones públicas; así como una gestión “accountable” (en la vertiente vertical).

Mucho se ha escrito acerca de la “importación” de estos conceptos desde el idioma inglés. Hay quienes se interrogan respecto al hecho de que la palabra “accountability” no tenga una traducción exacta al español, ¿significa que en América Latina no tenemos gobiernos “accountables”?<sup>64</sup> De todos modos, se ha ensayado como traducción de dicho término el concepto de “responsabilización”, aunque no signifique exactamente lo mismo, por lo que el uso del anglicismo parece haberse impuesto.

#### **IV. Finalmente, ¿qué es el procedimiento administrativo?**

Tradicionalmente, se lo ha definido teleológicamente como iter procedimental en pos de lograr un acto administrativo. Así se ha dicho que “es la vía, el camino que ha de seguir la Administración para llegar a un fin: el acto administrativo”<sup>65</sup>.

Un concepto más amplio, por tanto, es el que nos brinda Julio Comadira: “[...] es la serie, secuencia o sucesión de actos a través de los cuales se expresa, ordenada y sistemáticamente, la voluntad administrativa”<sup>66</sup>.

El procedimiento tiene múltiples funciones, por cuanto: a) sintetiza en cada tiempo y lugar los rasgos más sobresalientes del derecho público (por cuanto expresa –siquiera de modo implícito– la entera filosofía del sistema: la organización interna y el modo de gestión de los asuntos administrativos); b) simboliza la posición del ciudadano ante la Administración; y c) refleja las relaciones que guardan los poderes públicos entre sí<sup>67</sup>.

<sup>63</sup> Smulovtitz, Catalina y Peruzzotti, Enrique, citado por O’ Donnell, Guillermo, “Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política”, *POSTData, Revista de Reflexión y Análisis Político*, N° 7, Buenos Aires, mayo de 2011, pp. 11-34.

<sup>64</sup> En un modo análogo, Julián Marías, en su *Breve tratado de ilusión*, manifiesta que en otros idiomas no tienen el significado “positivo” del término ilusión (“Esperanza cuyo cumplimiento parece especialmente atractivo”, según el segundo significado del *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, [www.rae.es](http://www.rae.es)), sino que se encuentra su acepción “negativa” (como engaño, “Concepto, imagen o representación sin verdadera realidad, sugeridos por la imaginación o causados por engaño de los sentidos”, según el primer significado del *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, [www.rae.es](http://www.rae.es)). De tal modo, el autor se pregunta: “[...] si los pueblos que no poseen la palabra ‘ilusión’ más que en su acepción negativa son capaces de *ilusión* en la misma medida que los que hablan español, desde hace siglo y medio”. Marías, Julián, *Breve tratado de la ilusión*, Madrid, Alianza Editorial, 1984, p. 30. Ello nos hace acordar a la idea de Martin Heidegger de que “la palabra descubre el ser”. En igual sentido el primer autor menciona que “la realidad es siempre interpretada. Y la primera interpretación consiste en nombrarla [...] La misma realidad es designada con expresiones diferentes según los diversos registros del lenguaje”. (Marías, *op. cit.*, p. 29). De todos modos, huelga aclarar que no creemos en el poder demiúrgico de las palabras, y que la concepción de Marías se adscribe a la corriente del nominalismo (por contraposición al realismo clásico de raíz aristotélica-tomista).

<sup>65</sup> Hutchinson, Tomás, *Régimen de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1994, 2ª edición, p. 32.

<sup>66</sup> Comadira, Julio R., “Las bases constitucionales del procedimiento administrativo”, en AA VV XXIX *Jornadas Nacionales de Derecho administrativo*, “Las bases constitucionales del derecho administrativo”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública -Rap*: 309:229.

<sup>67</sup> Barnes Vázquez, Javier, “Reforma e innovación del procedimiento administrativo”, *op. Cit.* Federico Lisa por su parte ha sistematizado el “para qué” del procedimiento administrativo, como: a) reflejar a la organización administrativa, b) posibilitar la conciliación, c) limitar la actividad administrativa, d) reflejar la verdadera realidad del acto final, e) servir a la eficacia de la

Dicho procedimiento se corporiza en un expediente administrativo. En general se considera al expediente como la materialización del mismo, el procedimiento hecho papel<sup>68</sup>.

Más concretamente, se entiende al expediente de dos modos: a) como la materialización del procedimiento administrativo o b) el producto documental del mismo.

Los expedientes han sido clasificados, utilizando un concepto más amplio, en: personales, procedimentales (resolutivos) e informativos.

Los primeros son aquellos que tiene por objeto recopilar documentos que tienen que ver con un aspecto de la vida de una persona (v. gr., su condición de funcionario público, o trabajador, su salud, etc.). Los expedientes resolutivos tienen por objeto un caso o asunto (con o sin connotaciones personales), pudiendo dar lugar a una resolución administrativa como documento final. Éstos responden a la noción “tradicional” del procedimiento administrativo. Y finalmente, los expedientes informativos son aquellos donde el objeto es que la Administración recopile y ordene documentos sin el fin concreto o necesario de tomar una decisión al terminar un procedimiento<sup>69</sup>. Este tipo de expediente responde a una noción más moderna del procedimiento administrativo.

Entonces, vemos que la noción tradicional del procedimiento no llega a representar todas las realidades concretas del mismo. Ello por cuanto la Administración se enfrenta hoy en día a nuevas realidades que requieren de un procedimiento nuevo, en el marco de la sociedad del conocimiento y la información.

La cuestión será cómo lograr estos objetivos desde la tradicional teoría del procedimiento administrativo, y –eventualmente– qué elementos habrá que reformar del mismo para lograrlo. Tema éste que ha sido escasamente tratado en el derecho argentino<sup>70</sup>, aunque sí ha sido objeto de estudio en el derecho continental europeo.

El presente artículo no intenta agotar el tema, sino más bien, la intención es llamar la atención sobre este asunto, para comenzar un debate sobre la reforma del procedimiento administrativo.

## **V. Algunos procedimientos en particular que contribuyen a la formulación de políticas públicas participativas.**

### ***a) A nivel federal.***

Aparecen manifestaciones de los llamados procedimientos administrativos de segunda y tercera generación, a nivel de la regulación federal, principalmente en el Decreto N° 1.172/2003, que establece el reglamento para las audiencias públicas<sup>71</sup> (anexo I), la publicidad de gestión de intereses ante el PEN

---

Administración, f) expresar el ejercicio de la función administrativa, y g) actuar como principio de la participación democrática. Conf. Lisa, Federico J., “Procedimiento administrativo y participación ciudadana”, op cit, pág. 112.

<sup>68</sup> Rivero Ortega, Ricardo, *El expediente administrativo. De los legajos a los soportes electrónicos*, Pamplona, Thomson Aranzadi, 2008, p. 91.

<sup>69</sup> Ídem.

<sup>70</sup> Con las excepciones, entre otros, de Cassagne, Juan Carlos, “La transformación del procedimiento administrativo y la LNPA”, *La Ley* 16-5-2011, y Corvalán, Juan y Buteler, Alfonso, “Los principios del procedimiento administrativo ‘informativo’”, *El Derecho*, diario del 18-12-2008; Lisa, Federico J., “Procedimiento administrativo y participación ciudadana”, *Revista del Régimen de la Administración Pública*, N° 408, pág. 111.

<sup>71</sup> Ver Sacristán, Estela B., “El reglamento general de audiencias públicas para el Poder Ejecutivo Nacional”, en AA VV *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2006, p. 229 y sigs., donde la autora nos recuerda la polémica entre Gordillo y Cassagne en torno al rango constitucional o

(anexo III)<sup>72</sup>, la elaboración participativa de normas (anexo V)<sup>73</sup>, el acceso a la información pública (anexo VII) y en el Decreto N° 1.023/2001 de régimen de contrataciones nacional, que prevé la participación ciudadana en la elaboración de los pliegos de bases y condiciones (Art. 8°)<sup>74</sup>. También en los marcos regulatorios del gas y la electricidad federal, que regulan las audiencias públicas.

Es dable mencionar, asimismo, el Decreto N° 229/2000 que creó el Programa Carta-Compromiso con el Ciudadano, que extiende los derechos de los usuarios de los servicios públicos del Artículo 42 CN al ciudadano, al tiempo que determina modos de participación y de control ciudadanos<sup>75</sup>.

A su vez, la Ley de Presupuestos Mínimos Ambientales N° 25.831 regula el acceso a la información pública ambiental.

También la Ley General del Ambiente N° 25.675, en cuanto regula los rasgos principales del procedimiento de impacto ambiental, marca ciertos trazos de estos nuevos tipos de procedimientos administrativos. Considero que este procedimiento de impacto ambiental, si bien tiene rasgos nuevos, termina –al igual que el procedimiento tradicional– con una decisión o acto administrativo<sup>76</sup>. De todos modos, es claro que el procedimiento –que podría incluir la celebración de audiencias públicas– tiene características que lo alejan del procedimiento tradicional. Por lo pronto, el mismo comienza con un “estudio de impacto ambiental” que presenta el interesado, en lo que constituye una suerte de privatización<sup>77</sup> de funciones –o al menos de parte– del procedimiento. Al mismo tiempo que la Administración se hace de información del mercado y de los particulares, y busca consenso para la decisión final (v. gr., dar o no la habilitación ambiental a una determinada industria).

Así, los particulares, participando en la elaboración de normas, en las audiencias públicas, buscando tener acceso a la información pública, intervienen y se involucran –individual u organizadamente, a través de fundaciones u ONGs– en el diseño de políticas públicas. Concretamente,

---

legal del requisito de la audiencia pública, postulándose la autora –en el marco de nuestro derecho positivo– por la segunda solución.

<sup>72</sup> Se trata de la regulación de la práctica conocida como “lobbying”. Ver Albertsen, Jorge, “El reglamento para la publicidad de la gestión de intereses en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional”, en AA VV *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2006, p. 725.

<sup>73</sup> Ver Pérez Hualde, Alejandro, “Elaboración participativa de normas: mecanismos de control”, en AA VV *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2006, p. 577.

<sup>74</sup> Al respecto ver Ivanega, Miriam M., “Instrumentos de participación ciudadana en la formación de los contratos administrativos”, en *Revista de Derecho Público*, Contratos Administrativos II, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2007, p. 81 y sigs.

<sup>75</sup> Mata, Ismael, “Las nuevas tecnologías en la organización administrativa”, en AA VV *Cuestiones de Organización Estatal, Función Pública y Dominio Público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2012, p. 335.

<sup>76</sup> Zilli de Miranda, Marta, “El procedimiento de evaluación de impacto ambiental”, en AA VV *Cuestiones de Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2006, p. 490.

<sup>77</sup> Al respecto, Javier Barnes nos dice que la “privatización” evoca el movimiento de transferencia de una actividad del sector público al privado, o sea la participación privada en ámbitos antes dominados por la Administración, y que no hay que identificar la misma con el abandono o retirada del Estado, sino que “privatización” significa “interacción, entrelazamiento y engranaje de responsabilidades entre la Administración y el sector privado”. Barnes Vázquez, Javier, “El procedimiento administrativo en transformación”, en AA VV *La transformación del procedimiento administrativo*, Javier Barnes (editor), Sevilla, Global Law Press, 2008, pp. 42/3. Ricardo Rivero, por su parte, manifiesta –desde otra perspectiva– que el término privatización es polisémico, pudiendo distinguir tres tipos: a) la privatización formal, donde la Administración utiliza formas del derecho privado, con el fin de evitar los controles y procedimientos jurídico-públicos; b) la privatización material, cuando se transfiere la gestión de los servicios públicos a empresas privadas; y c) por último, la privatización patrimonial, que consiste en la venta de participaciones públicas en empresas al sector privado. Rivero Ortega, Ricardo, *Derecho administrativo económico*, Madrid, Marcial Pons, 2009, 5ª, p. 35.

los particulares pueden incidir en la decisión de cómo se redactan los pliegos para construir (o no) esta o aquella obra de infraestructura, en la elaboración de normas, etc.

### ***b) A nivel municipal.***

En plano del derecho municipal argentino, nos encontramos, entre otros, con las audiencias públicas -nuevamente-, los procedimientos para la celebración de convenios urbanísticos<sup>78</sup>, el diseño del master plan de una ciudad, en la confección de presupuestos participativos.

Respecto de este último, y teniendo en cuenta que el presupuesto “es un instrumento de programación económica y social, es instrumento de gobierno y administración”<sup>79</sup>, mediante el presupuesto participativo (PP), se busca involucrar al ciudadano en la definición de obras, prioridades e inversiones que la ciudad o el barrio requiere, para que éste deje de ser un sujeto pasivo o mero destinatario de las decisiones y pase a convertirse en un sector activo y crítico<sup>80</sup>. Se trata de una importante técnica de participación ciudadana, que comenzó a implementarse en Porto Alegre (Brasil) a finales de la década de 1980<sup>81</sup> y que se ha extendido por distintas ciudades argentinas en la actualidad.

Así, el vecino votando el presupuesto participativo se involucra claramente en la confección de las políticas públicas de su ciudad.

También la participación ciudadana a nivel municipal se puede concretar mediante: acciones de voluntariado, registración del vecino como socio de una ONG, involucrándose en los centros vecinales (muchas veces encargados de llevar adelante obras o servicios públicos), mediante la creación por parte de los Departamentos Ejecutivos de un Registro de entidades intermedias<sup>82</sup>, o la participación en mesas redondas, que involucren al Estado, los vecinos y el mercado. Si bien es claro, que no todas estas formas de participación ciudadana se materializan en un expediente administrativo.

Dado que los municipios están más cerca del ciudadano y de sus problemas cotidianos, consideramos que son el ámbito más propicio para este tipo de procedimiento con participación ciudadana a los fines de que el vecino se involucre en el diseño de las políticas públicas que –en definitiva– van a afectar su vida y la de su comunidad.

## **VI. Otras cuestiones conexas.**

Uno de los interrogantes más importantes, y si se quiere el tema más espinoso, es identificar qué resortes jurídicos emplear para lograr la participación pública en la generación de políticas públicas.

---

<sup>78</sup> Al respecto, se han caracterizado los convenios urbanísticos como “acuerdos de voluntades entre un sujeto que ejercita funciones públicas urbanísticas y un particular”. Cfr. Sendín García, Miguel Ángel, *Régimen jurídico de los convenios urbanísticos*, Granada, Comares, 2008, p. 13. Y sobre el particular hemos manifestado nuestra preocupación por la necesidad de transparentar el procedimiento administrativo previo a la celebración de un convenio urbanístico. Cfr. Moscariello, Agustín, “Convenios urbanísticos. Lineamientos generales y su aplicación al caso de la ciudadanía de Rosario”, *La Ley Litoral* 2010, p. 933.

<sup>79</sup> Rodríguez, María José, “Los entes cooperadores como mecanismos auxiliares de la gestión administrativa”, en AA VV *Cuestiones de Organización Estatal, Función Pública y Dominio Público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2012, p. 470.

<sup>80</sup> Ivanega, Miriam M., *Principios de la Administración Pública*, Buenos Aires, Ábaco, 2005, p. 281.

<sup>81</sup> Scheibler, Guillermo M., “Presupuesto participativo: una redefinición de la relación administración - sociedad civil”, *La Ley* 2004-C, p. 1058.

<sup>82</sup> Altamira Gigena, Julio I., “Acceso a la información y a la participación ciudadana en los municipios”, en AA VV *Cuestiones de Organización Estatal, Función Pública y Dominio Público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2012, p. 290.

Máxime, por cuanto como se dijo más arriba la normativa de la LPA N° 19.549 no cuenta –en general– con instrumentos jurídicos para garantizar dicha participación.

Deberemos acudir a las normas federales arriba referidas, principalmente al Decreto N° 1.172/2003.

Reiteramos la necesidad de una sistematización doctrinaria de estos tipos nuevos de procedimiento, por más que la doctrina los ha tratado profusamente en modo aislado o particular –en especial a las audiencias públicas, el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y el acceso a la información pública–.

Surgen entonces algunos interrogantes: ¿qué características tendrán estos procedimientos?, ¿quiénes estarán legitimados para intervenir?, ¿hasta dónde podrá o deberá llegar la revisión judicial de los mismos?

También deberemos adecuar el procedimiento administrativo al *leading case* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Halabi”<sup>83</sup>, ya que pareciera ser un contrasentido que el proceso administrativo brinde una legitimación activa que el procedimiento no ha receptado aún (ya que el procedimiento tradicional solo otorga legitimación a quien detenta un derecho subjetivo o interés legítimo, más allá de que el procedimiento del Decreto N° 1.172/2003 acepta para algunos supuestos el interés simple). En un modo similar, Patricio Sammartino ha postulado la necesidad de sistematizar nuevos tipos de procedimientos administrativos, a saber: los urgentes, constitucionales y colectivos<sup>84</sup>.

Asimismo debemos tendremos que estar atentos a nuevas formas de procedimiento administrativo para la formulación del llamado *soft law* o “derecho blando”, que se compone de proposiciones prescriptivas que tienen la estructura de normas, pero que al mismo tiempo carecen de una fuerza obligatoria *strictu sensu*<sup>85</sup>. Así, configura un segmento del ordenamiento jurídico con la finalidad de crear normas cuyo cumplimiento se exige en grado y no en forma taxativa, siendo un mandato de optimización que si no se cumple no entraña una respuesta jurídica concreta<sup>86</sup>, al tiempo que puede convertirse en pauta de interpretación de una conducta ante la justicia. Dicho *soft law* tiene un fuerte componente de participación ciudadana, en especial en el llamado *soft law paccionado*.

Finalmente, habrá que ver la manera de cómo extender los principios del procedimiento administrativo a los “procedimientos privados”, vale decir, aquellos llevados a cabo por sujetos privados que ejercen actividades de interés general<sup>87</sup>. Ejemplo de ello es el sistema de control del comercio de granos ejercido durante años por las Bolsas de Cereales de nuestro país<sup>88</sup>. Aquí la participación se da mediante la “privatización” de ciertas funciones estatales.

---

<sup>83</sup> *La Ley* 2009-B, p. 157, también en *Fallos*: 332:111.

<sup>84</sup> Sammartino, Patricio, “El acto administrativo en el Estado constitucional de Derecho contemporáneo”, en AA VV, *El derecho administrativo hoy. 16 años después*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 16, 17 y 18 de mayo de 2012. Así el art. 3 del Reglamento de Procedimientos Administrativos aparece “desacoplado” del sistema de derechos consagrados por el bloque de constitucionalidad argentino. Confr. Sammartino, Patricio Marcelo E., “El procedimiento administrativo en el Estado Constitucional Social de Derecho”, en AAVV, Héctor Pozo Gowland, David Halperín, Oscar Aguilar Valdez, Fernando Juan Lima y Armando Canosa (Directores) *Procedimiento Administrativo, tomo I*, La Ley, Buenos Aires, 2012, Pág. 640.

<sup>85</sup> Sarmiento, Daniel, *El soft law administrativo*, Pamplona, Thomson Civitas, 2008, p. 96.

<sup>86</sup> Sarmiento, Daniel, *El soft law*, *op. cit.*, pp. 105/6.

<sup>87</sup> Barnes, Javier, “Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas”, en AA VV, *Innovación y reforma del Derecho Administrativo*, Javier Barnes (editor), Sevilla, Global Law Press, 2006, p. 313.

<sup>88</sup> Ver Moscariello, Agustín R., “Bolsas de cereales y función administrativa”, *El Derecho Serie Administrativa*, del 31 de octubre de 2008, p. 12. Sistema de control “privatizado” que hoy ha sido derogado.

## VII. Conclusiones.

No es la intención de este trabajo intentar brindar una definición que englobe los nuevos procedimientos administrativos, sino que más modestamente su objetivo es intentar atraer la atención acerca de su existencia y la necesidad de su sistematización, dando, mientras tanto, algunas pautas o ideas para ello.

Así vemos que el procedimiento administrativo, la participación ciudadana y las políticas públicas se vinculan entre sí de distintos modos:

a) El procedimiento administrativo es un “medio o instrumento” que tiene la Administración para hacerse de información<sup>89</sup> a los fines de la confección de la política pública. Aquí la Administración genera un expediente administrativo cuya finalidad no es el dictado de un acto administrativo, sino que busca hacerse de información y conocimiento para luego tomar una decisión política. El procedimiento se transforma en “un sistema de comunicación”<sup>90</sup>, donde la “información se ha convertido en objeto del derecho”<sup>91</sup>.

b) Asimismo, el procedimiento administrativo puede ser el instrumento mediante el cual se concrete la participación ciudadana en el diseño de políticas públicas. Donde el vecino participe activamente –sea de modo individual u organizado– en la formulación de las mentadas políticas.

c) Finalmente, también la participación ciudadana puede darse también en el control de la ejecución de políticas públicas diseñadas conforme al modelo “tradicional” o unidireccional de las mismas. Pero ello quedará para futuros estudios.

Esencial para poder hacer realidad estos postulados será la implementación de nuevas tecnologías en la Administración pública, como vehículo para la comunicación entre ella y los ciudadanos.

Así, vemos que la Administración se va a vincular con particulares no “desde un atalaya”, como autoridad, sino que se relaciona “asociativamente” con los particulares, en una suerte de Administración concertada o asociación público-privada (ello, no técnicamente), para tener o hacerse de la mayor cantidad y calidad posible de información para tomar la mejor decisión; lo que se relaciona con el llamado “derecho” a una buena Administración.

Con este tipo de técnicas, que suponen un acto de modestia por parte del Estado<sup>92</sup>, se busca legitimidad en el ejercicio del poder, al tiempo que se intenta lograr el mayor consenso posible en el diseño de políticas públicas.

Surgen al respecto algunos interrogantes, ¿es necesario o útil regular este tipo de procedimientos? ¿O los dejaremos librados a la discrecionalidad de la Administración? En su caso, ¿la

<sup>89</sup> Los autores han distinguido –desde la ciencia política– las nociones de: datos, información y conocimiento. Por *datos* se ha entendido hechos más o menos inconexos; al tiempo que *información* refiere a datos que han sido ordenados por categorías y planes de clasificación u otras pautas; finalmente, *conocimiento* significa información que ha sido depurada, dándole forma de afirmaciones más generales. Cfr. Toffler, Alvin, *El cambio del poder*, Barcelona, Plaza&Janes, 1990, p. 42.

<sup>90</sup> Barnes, Javier, “La colaboración interadministrativa a través del procedimiento administrativo nacional”, en AA VV *La transformación del procedimiento administrativo*, Javier Barnes (editor), Sevilla, Global Law Press, 2008, p. 256.

<sup>91</sup> García Machado, Ricardo, “Procedimiento administrativo y sociedad de la información y del conocimiento”, en AA VV *La transformación del procedimiento administrativo*, Javier Barnes (editor), Sevilla, Global Law Press, 2008, p. 192. Autor que considera que la información, una vez hecha comprensible, clasificada y útil, se convierte en “conocimiento disponible”.

<sup>92</sup> Nieto, Alejandro, *El desgobierno de la público*, Barcelona, Ariel, 2008, p. 272.

regulación debería ser mediante una ley o un reglamento? Si se decidiése por la regulación legal, ¿se requerirá una ley especial o sería conveniente su reglamentación como un capítulo más de la ley de procedimientos administrativos? ¿Se trata de un procedimiento especial? ¿Rige respecto del mismo el principio de la tutela administrativa efectiva<sup>93</sup>? ¿O ello implica volver al viejo paradigma “judicialista”?

Será, por tanto, fundamental regular y balancear intereses para no caer en la “dictadura de la mayoría” (vale decir, ¿cómo evitar que un grupo se arrogue la representación de la mayoría, haciendo pasar sus intereses particulares como los generales de la comunidad?), al mismo tiempo que debemos extremar los cuidados para ver a quiénes se les da participación en el procedimiento, sin dejar a posibles interesados fuera del mismo.

Finalmente, si se ha definido al hombre como “el ser político por naturaleza”<sup>94</sup>, el renacer de políticas participativas será también un renacer del hombre.

---

<sup>93</sup> Sobre el particular, ver Muñoz, Ricardo Alberto, “

<sup>94</sup> Fayt, Carlos S., op cit, pág. 12.