

Los actos administrativos consensuales: una técnica para el ejercicio de la participación ciudadana en las decisiones de la administración pública

JUAN CARLOS BENALCAZAR GUERRÓN*

Introducción

El estudio de la participación ciudadana suele situarse en los ámbitos del sufragio y de los procesos electorales, dentro de los esquemas de la democracia representativa. Sin embargo, la participación ciudadana también implica un concepto más acabado de:

[...] intervención más o menos directa de la ciudadanía en las actividades públicas, en los distintos ámbitos territoriales —estatal o municipal—, pero una participación ajena a la mediada por los partidos políticos y a la ejercida a través del derecho al voto para la elección de cargos públicos. Es decir, los mecanismos de democracia directa constituyen formas de participación política en ocasiones ejercida mediante el voto directo y universal, sin embargo su objetivo no es la elección de los miembros de los órganos democrático representativos (Legislativo o Ejecutivo), sino involucrar al conjunto de la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones.¹

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Especialista Superior en Tributación y magíster en Derecho con mención en Derecho Tributario por la Universidad Andina Simón Bolívar. Diploma Superior en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales por la Universidad San Francisco de Quito. Profesor de Derecho Administrativo y Fiscal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo y del Foro Mundial de Jóvenes Administrativistas. Ex-asesor constitucional (letrado) del Tribunal Constitucional de la República del Ecuador.

¹ Fernando Flores Jiménez, “La participación democrática: partidos políticos, sistemas electorales y participación ciudadana”, *La participación política en Ecuador*, Fernando Flores Jiménez coordinador, Tribunal Constitucional de la República del Ecuador, Insti-

Entre las formas de participación ciudadana directa se estudian aquellas de carácter activo, a través de las cuales la ciudadanía participa de manera inmediata en la organización o en la actividad de la Administración Pública. Figuras que constituyen exponentes principales de estas formas activas son el referendo, revocatoria del mandato, consulta popular, iniciativa legislativa popular y cabildo abierto.² Sin negar la importancia de las figuras enunciadas, cabe observar que la participación ciudadana que implican tiene un carácter ocasional y coyuntural, en el sentido de que no son suficientes para lograr un contacto más continuo de la sociedad con la autoridad pública en el establecimiento y diseño de soluciones para sus problemas y necesidades cotidianas, pues dichas figuras se reservan para cuestiones o problemas de considerable importancia social y política.

Lo cierto es que la participación ciudadana es fundamental en un sistema democrático, como exigencia lógica y natural de su práctica, por lo que debe ser debidamente garantizada y ampliada. Pero también no deja de ser verdad que el derecho de participación, bien configurado en el modelo de la democracia representativa, bien en mecanismos directos pero de funcionamiento ocasional o coyuntural, no es suficiente para lograr una mayor legitimación de las decisiones de autoridad, y sobre todo, para conseguir un mayor grado de eficacia social de las mismas, que se refleje en mejores resultados de bien común. Por otra parte, es preciso considerar que la participación ciudadana debería tener una mayor intensidad en un Estado social de derecho, pues según sus postulados, la autoridad pública debe procurar una igualdad material y no sólo formal —como se propugnaba en el Estado liberal de derecho—, a través del servicio a la colectividad, la intervención activa en la configuración de la sociedad y en la atención a sus carencias.

El ideal de una participación ciudadana más inmediata, constante y efectiva, puede tropezar, en primer término, con una desconfianza

tuto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid, Comisión Europea, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, p. 21.

² *Ibid.*, pp. 23 y 24. El autor también se refiere a formas de participación pasiva, como es el caso de la labor de los funcionarios públicos para informar a la población de los problemas y de los planes para resolverlos, y para determinar qué percepción tienen los ciudadanos respecto de los problemas, así como su opinión acerca de los planes y opciones al respecto.

sobre su practicidad en el Estado contemporáneo. Parecería ser más apropiada para arquitecturas constitucionales antiguas, como la de las *polis* griegas. Además, las figuras activas antes enunciadas, que permiten la participación más directa de la ciudadanía en los asuntos públicos, provocan observaciones, o al menos, dudas razonables sobre su conveniencia. En efecto, se señala que dicha participación puede ocasionar elevados costos presupuestarios o la tardanza en la toma de decisiones; sin dejar de tener presente la falta de preparación de la ciudadanía para juzgar con acierto sobre los aspectos técnicos de los planes y programas de gobierno y administración; la visión localista de los problemas, esto es, aislada del contexto nacional; o la falta de una respuesta que pueda representar el sentir de la colectividad, pues se alega que los individuos que participan en los programas de gobierno o administrativos y en la toma de decisiones pueden no representar a la ciudadanía. Frente a ello, no obstante, se indican también las consecuencias positivas de la participación ciudadana, a saber, la mejor identificación de los problemas, por tomar en cuenta a quienes va dirigida la acción pública; la generación de una responsabilidad de la sociedad, por inducir al análisis y a la actuación responsable; y la despolarización de la vida política, al crear conciencia de que en la sociedad existen metas comunes, y no particulares de ciertos grupos o intereses. Aspecto positivo es también el que comporta una mayor gobernabilidad producida por los consensos, con la consiguiente legitimación de las decisiones de la autoridad pública.³

En nuestro criterio, las observaciones negativas sobre una participación ciudadana más directa, no son suficientes para dejar de promoverla o para abandonar sus técnicas. El valor de dichas observaciones, antes que argumento para desvirtuar a la participación ciudadana, es mejor un llamado a la prudencia legislativa y a la prudencia política, que debe presentarse en el momento de establecer una regulación jurídica o para definir los casos en que las figuras de participación directa pueden ser más convenientes.

Es menester también observar, por otra parte, que las críticas que pudiesen formularse contra una participación ciudadana más inmediata y frecuente, contrastan con los planteamientos de la doctrina, que

³ Cfr. Fernando Flores Jiménez, *op. cit.*, pp. 25-26.

detecta la exigencia de una mayor cercanía de la autoridad a los reales problemas de la sociedad, en aras de soluciones eficaces y eficientes. La Administración Pública tiene el monopolio de la decisión sobre lo que es conveniente o inconveniente para la sociedad, y desde un punto de vista solamente empírico, pero no por ello menos verdadero, se aprecian frecuentes errores y la falta de idoneidad de las soluciones frente a problemas apremiantes.

El presente ensayo, desde las premisas y marco teórico de la participación ciudadana, expone su aplicación mediante técnicas que se presentan en el procedimiento administrativo, lo cual ha dado lugar a la novísima figura de los actos administrativos consensuales, que ya se ha incorporado y regulado en algunas legislaciones europeas. La tendencia que se observa es hacia una “Administración concertada”, en la cual se procura, a través de consensos con los individuos o grupos, la juridicidad, la promoción de los derechos fundamentales y la realización de los postulados de eficacia y de eficiencia administrativa.

Adelantamos que la figura de los actos administrativos consensuales rompe la tradicional concepción del acto administrativo, especialmente, en lo que se refiere al esquema de las decisiones unilaterales de la Administración Pública, que tenía en su construcción argumentos científicos aparentemente sólidos. Para demostrar la posibilidad de unos actos administrativos consensuales, es preciso que previamente nos refiramos de manera suficiente a su fundamento: la participación ciudadana en los asuntos públicos, de la cual son expresión técnica.

La participación en los asuntos públicos como derecho ciudadano

La democracia es una particular manera de ejercer el poder público en relación con el elemento humano de aquella sociedad política que constituye el Estado.

Quando el poder en relación con los hombres *se ejerce respetando la dignidad, libertad y derechos de la persona humana*, tenemos la *democracia como forma de estado*, o sea, un modo de ejercer el poder que da forma y estructura al estado mismo, al régimen político en sí mismo. El estado es democrático cuando el hombre queda situado dentro de la comunidad política en una forma de convivencia libre, que asegura su dignidad, su libertad y sus derechos individuales. La democracia como forma de estado presupone una forma y

un estilo de vida, que es la convivencia humana en justicia y en libertad. El estado es democrático cuando su poder en relación con los hombres que forman la población, se ejerce en forma respetuosa de aquella situación personal debida al hombre por imperio de la justicia.⁴

El principio democrático —que es totalmente contrario a formas autoritarias o totalitarias— es propio y consustancial al Estado de Derecho, que postula el ejercicio “juridizado” del poder, es decir, un poder público sometido al ordenamiento jurídico, respetuoso de los bienes y valores que configuran los derechos fundamentales, y por ende, responsable jurídicamente de sus actuaciones. Pero además de la juridicidad en el ejercicio del poder, la democracia es un sistema que tiene su base en el consenso permanente y voluntario de los ciudadanos. “El orden democrático nace de la coincidencia de valores, ideas e instituciones, y a partir del consenso que pueda generarse. Democracia significa participación y no abstención. El abierto compromiso del ciudadano con su Estado y su constitución debe ser una vocación permanente”.⁵

También se destaca que:

El *modo democrático* es el último eslabón de “justificación” del derecho. El modo según el cual una sociedad expresa sus aspiraciones, sus objetivos, sus creencias en valores no puede ser otro que la democracia. Como ya hemos dicho, las razones del derecho han de ser razones socialmente compartidas, no meras razones individuales y menos aún una razón (individual) que se impone. El método democrático es el único apto para determinar cuáles son esas razones sociales que se comparten de una manera amplia —mayoritaria— por una colectividad. De esta manera se cumple o se realiza una racionalización social del derecho, que adquiere su “justificación” como instrumento al servicio del mayor número de sujetos.⁶

⁴ Germán Bidart Campos, *Lecciones elementales de política*, 10ª edición, Buenos Aires, Ediar, 2000, pp. 257-258.

⁵ Josef Thesing, “Estado de derecho y democracia. Una introducción”, en *Estado de derecho y democracia*, Josef Thesing compilador, 2ª edición, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung-Ciedla, 1999, pp. 16-17.

⁶ Nicolás María López Calera, “Derecho y democracia”, en *Filosofía del derecho y democracia en Iberoamérica*, *Revista de Ciencias Sociales*, primer y segundo semestres de 1989 y 1990, publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 1991, p. 20.

La participación ciudadana es consustancial a la democracia.

La idea de participación va intrínsecamente ligada a la forma de estado del Estado social y democrático de derecho. Es en este contexto en el que la participación deviene derecho fundamental de los ciudadanos; cuando el Estado abre las puertas a la colaboración de los ciudadanos en la determinación y gestión de los asuntos públicos; cuando los ciudadanos hacen valer los (plurales) intereses sociales ante las instancias públicas para determinar y configurar los intereses generales.⁷

El derecho de participación ha sido reconocido en diversas declaraciones de derechos y en numerosas constituciones de países democráticos. El artículo 21.1 de la Declaración Universal de los derechos Humanos, establece lo siguiente:

ARTÍCULO 21.

1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.

Por su parte, el artículo 23 de la Convención Interamericana sobre derechos Humanos dispone:

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 [...].

Cabe destacar también el artículo 25 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, que establece:

ARTÍCULO 25. Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

⁷ Josep Ma. Castellà Andreu, *Los derechos constitucionales de participación política en la Administración Pública*, Barcelona, Cedecs, 2001, pp. 39-40.

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos [...].

En primer término, hacemos notar que la Declaración, la Convención y el Pacto configuran el derecho de participación, no sólo en una modalidad representativa, sino también en forma *directa*. La Convención y el Pacto, sin embargo, son explícitos en definir al derecho de participación, no sólo en torno a la idea de Gobierno —que puede resultar confusa en su interpretación—,⁸ sino respecto a “los asuntos públicos”. Es decir, que el derecho de participación no sólo se limita a los momentos en que se definen las estructuras constitucionales de poder y se escogen a los más altos funcionarios públicos, sino que se extiende también a todas las cuestiones que involucran al fin de la sociedad política: el bien común.

En México, el artículo 35 de la Constitución federal dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 35. Son prerrogativas del ciudadano:

- I. Votar en las elecciones populares;
- II. Poder ser votado para todos los cargos de elección popular, y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las calidades que establezca la ley;
- III. Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país;
- IV. Tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional, para la defensa de la República y de sus instituciones, en los términos que prescriben las leyes; y
- V. Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición.

Según Enrique Sánchez Bringas, las prerrogativas políticas que el citado artículo establece, se refieren a la posibilidad de que el ciudadano tiene de participar directa o indirectamente en los asuntos políticos del país. Además del derecho de votar y ser votado, y del derecho de petición, la norma constitucional contempla la posibilidad de asociarse,

⁸ La idea de Gobierno, en efecto, puede evocar tanto un concepto orgánico o subjetivo de estructuras constitucionales de poder —órgano Legislativo, Ejecutivo y Judicial—, como a la actividad y función de suprema dirección y jefatura de la sociedad toda.

individual o colectivamente, para tomar parte en los asuntos políticos, lo cual es expresión particular de lo dispuesto en el artículo 9 de la Constitución.⁹

En el orden federal existen leyes que permiten una participación ciudadana más directa en materias específicas, como es el caso de la Ley Forestal, Ley de Planeación y la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.

En forma más expresa y detallada, formas de participación ciudadana directa están reguladas en diversas normas de carácter local. Como ejemplos, se pueden citar a la Constitución del Estado de Baja California Sur, que permite a los ciudadanos “Participar en las consultas ciudadanas plebiscitarias y de referéndum” (artículo 28 fracción vi), lo cual se encuentra reglamentado por la Ley de Participación Ciudadana de dicho estado. La participación ciudadana, a través de figuras como el plebiscito, referéndum e iniciativa legislativa, también se regulan en las correspondientes leyes de los estados de Aguascalientes, Guanajuato, Coahuila, Colima, por citar algunas.

En el orden local, igualmente encontramos disposiciones que pretenden estimular la participación ciudadana en diversas materias, como el desarrollo social (Ley de Desarrollo Social para el Estado de Hidalgo); planeación (Ley de Planeación para el Desarrollo del Estado de Hidalgo); desarrollo urbano (Ley de Desarrollo Urbano del Estado de Jalisco); o protección al medio ambiente (Ley Ambiental para el Desarrollo Sustentable del Estado de Colima). Es importante la Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal, que tiene por objeto “[...] instituir y regular los mecanismos e instrumentos de participación y las figuras de representación ciudadana; a través de los cuales las y los habitantes pueden organizarse para relacionarse entre sí y con los distintos órganos de gobierno del Distrito Federal” (artículo 1). Al efecto, además de las figuras del referéndum, plebiscito e iniciativa popular, se regulan importantes mecanismos participativos, como son la consulta ciudadana; la colaboración ciudadana; la rendición de cuentas; la difusión pública; la red de contralorías ciudadanas; la audiencia pública; los recorridos del Jefe Delegacional, y la Asamblea Ciudadana (artículo 2).

⁹ Enrique Sánchez Bringas, *Los derechos humanos en la Constitución y en los tratados internacionales*, México, Porrúa, 2001, pp. 248-249.

En el ordenamiento jurídico de otros países democráticos, existe un fundamento más explícito para una participación directa en los asuntos públicos. Sin pretender un extenso estudio de derecho comparado, nos interesa resaltar algunas disposiciones constitucionales que muestran avance respecto de la participación ciudadana, como mecanismo de acercamiento de la autoridad a la problemática social.

La Constitución española de 1978 dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 9.2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social [...]

ARTÍCULO 23.

1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal [...]

Estas disposiciones constitucionales han permitido que en España, con fundamento en los principios del Estado “Social y Democrático” de derecho —como la Constitución califica a España en el artículo 1—¹⁰ y en normas constitucionales que disponen la eficacia de la Administración Pública, se desarrollen preceptos legislativos que permiten la participación ciudadana en los procedimientos administrativos, y que consiguientemente, dan lugar a la configuración de los actos administrativos consensuales. Sobre el tema abundaremos más adelante.

La Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela se refiere a la Administración Pública como una actividad de servicio a la colectividad, que se regula, entre otros principios, por el de participación. El artículo 141 establece lo siguiente:

ARTÍCULO. 141. La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, parti-

¹⁰ El artículo 1 de la Constitución española establece que España es un “Estado Social y Democrático de Derecho”. La fórmula ha sido calificada como tautológica pues todo Estado de Derecho, por definición, es democrático. Es esta la razón por la que en constituciones como la colombiana y ecuatoriana se diga simplemente Estado Social de Derecho.

cipación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

Con similar espíritu, el artículo 2 de la Constitución Política de Colombia dispone:

ARTÍCULO. 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

La Constitución Política de la República del Ecuador parecería configurar a la participación ciudadana, primordialmente, en función de los derechos políticos y el régimen electoral. En efecto, a diferencia de lo que ocurre en otros países, no parecería haber el reconocimiento de un derecho de participación *directa* en los asuntos públicos, con el correspondiente deber de la Administración de hacerlo efectivo,¹¹ y resulta por demás extraño que la referencia se haga en el artículo 97 numeral 17, que se refiere a los *deberes constitucionales*, en los siguientes términos: “Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país, de manera honesta y transparente”. Verdaderamente, la doctrina califica a la participación como un deber, pero también como un derecho. Sin embargo, la fórmula de la Constitución ecuatoriana, que sólo se refiere a la participación como un deber, no es de ningún modo feliz si no se entiende, por el contrario, como un auténtico derecho cuyo ejercicio debería realizarse de modo honesto y transparente. Al configurar a la participación ciudadana solamente como un *deber*, parecería que se exime a la Administración de cualquier acción positiva que lo aliente.

¹¹ La Constitución Española es precisa en reconocer el derecho de participación en la siguiente disposición: “Artículo 23.1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal [...]”

El tratamiento constitucional ecuatoriano sobre la participación muestra, además, una incongruencia con otras disposiciones que implican, necesariamente, que la participación ciudadana en los asuntos públicos sí es un derecho, o por lo menos debería serlo por la lógica del sistema. El artículo 255 establece que “El Estado impulsará mediante la descentralización y la desconcentración, el desarrollo armónico del país, el fortalecimiento de la *participación ciudadana* y de las entidades seccionales, la distribución de los ingresos públicos y de la riqueza”. De igual manera, el artículo 243, al establecer los objetivos permanentes de la economía, establece como uno de ellos “El desarrollo socialmente equitativo, regionalmente equilibrado, ambientalmente sustentable y *democráticamente participativo*”. A esta norma se suma la del artículo 255, que en lo que se refiere a la “planificación económica y social”, que dice que el sistema nacional de planificación estará a cargo de la Presidencia de la República, “[...] con la *participación* de los gobiernos seccionales autónomos y de las *organizaciones sociales que determine la ley*”. Por último, la participación ciudadana, tiene toda la configuración de un derecho constitucional en materia medioambiental y de menores, según los artículos 88 y 49, al exigir que se cuente con los criterios de la comunidad previamente a adoptar cualquier decisión que pueda afectar al medio ambiente, y al reconocer el derecho de los menores a ser consultados en los asuntos que les afecten. En este sentido, incluso podría decirse que hay una configuración constitucional de un auténtico acto administrativo consensual, de modo que al dejar de observarse el derecho de participación implícito, serían procedentes las vías constitucionales de tutela por omisión de la autoridad pública (amparo).

El derecho de participación del ciudadano como exigencia de una Administración Pública social y democrática

La doctrina constata cada vez más la exigencia de un Estado que, además de fundamentarse en el principio de juridicidad, tenga una debida capacidad de respuesta a una problemática social cada vez más compleja. El ideal que refleja la doctrina contemporánea es un Estado Social de derecho que obtenga *resultados de calidad*, es decir, que sea

también *eficaz y eficiente*, lo cual debe traducirse en decisiones que, a la vez de idóneas en la solución de las necesidades públicas, se adopten al menor costo posible. Tal ideal, sin embargo, no se logra con el sólo fortalecimiento de la organización del Estado y de la Administración Pública, sino que debe ser reflejo de la *vigencia misma* de los derechos fundamentales, esto es, de la plena efectividad de sus valores, contenidos e implicaciones.

En nuestros tiempos, la recta y buena Administración Pública gira en torno a tres principios de igual jerarquía: juridicidad, eficacia y eficiencia. Sobre la juridicidad mucho se ha escrito. En suma, es un elemento esencial del Estado de derecho, traducido en la “juridización” del ejercicio del poder público, con una consiguiente proscripción de la arbitrariedad. Constituye el principio de subordinación del poder público al ordenamiento jurídico.

Los conceptos de eficacia y eficiencia son novedosos y se reconocen en algunas constituciones, como la española de 1978 en el artículo 103.1: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”.

La eficacia y la eficiencia se refieren a *la calidad de la gestión administrativa y a sus resultados*. La eficacia puede definirse como la obtención de *resultados idóneos* para la solución de un problema o la satisfacción de una necesidad. Dichos resultados idóneos, ante todo, deben ser expresión cabal, no sólo del respeto, sino más aun, de la *promoción* de los derechos fundamentales en aras de su efectiva vigencia. La eficiencia, por su parte, puede describirse como la obtención de dichos resultados idóneos, *al menor costo posible*. En materia de Administración Pública, la eficacia y la eficiencia deben presentarse, tanto en la actividad administrativa, como en la organización que la desempeña. Dichos principios se traducen en la realización efectiva, con objetividad, de los aspectos que constituyen el bien común, fin del Estado. Exigen, por una parte, la ponderación adecuada de las exigencias sociales y, con esos datos, la determinación de soluciones idóneas de satisfacción social y de mejoramiento de la calidad de vida de la población. En el plano de la organización, se requiere la calidad de sus estructuras, su racionalización, celeridad y procedimientos administrativos simplificados, para obtener

una acción organizada, programada legalmente, idónea y sistemática para la realización práctica de sus cometidos.¹²

En el derecho público contemporáneo —constitucional y administrativo— los derechos fundamentales constituyen el más importante elemento de definición de la misión de la autoridad pública y del contenido del bien común. Si antaño aquella nebulosa idea de “interés público” —que nadie sabía en que consiste o en donde está—, y que se invocaba muy frecuentemente para justificar cualquier actuación de gobernantes y funcionarios; tiene ahora, por el contrario, un referente preciso en los requerimientos de la vida buena del elemento humano que configura al Estado, habida cuenta que de la apreciación de la naturaleza y dignidad de la persona, causa material y eficiente de la sociedad política, se deducen las normas fundamentales del obrar estatal.¹³ En otros términos, el bien común —fin del Estado— o el interés

¹² Cfr. Luciano Parejo Alfonso, “El Estado Social de Derecho”, en *Filosofía del Derecho: ética, cultura y constitución*, Miguel Rujana Quintero compilador, Bogotá, Universidad Libre de Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999, pp. 517-528.

¹³ La doctrina enseña que la causa material y eficiente de la sociedad política se encuentran en su elemento humano. Los primeros principios del ser estatal se encuentran en las personas, que son la materia de la cual *se hace* una sociedad política, pero también el *principio que da origen a dicha sociedad*, pues la *sociabilidad* es atributo natural del ser humano y, por ende, fundamento de la agrupación política. El Estado —sociedad política autónoma— no es el resultante de la mera suma de individuos, sino de una *organización humana*, originada en la sociabilidad natural, que persigue un *fin de interés común*. La consecución de este fin —el bien común en la esfera temporal— requiere de una estructura jurídica de jefatura y dirección y de un ordenamiento jurídico.

Ahora bien, si el Estado se conforma de seres humanos —que constituyen su causa material y eficiente— no puede atentar contra el mismo principio de su existencia. Así, el respeto de los derechos y la observancia de la moral, cuyos principios y reglas se deducen de la misma naturaleza humana y de su bien, son las primeras normas del obrar estatal. Los derechos subjetivos limitan el poder del Estado, pues significan aquellos medios indispensables para que la persona pueda lograr, por su propia labor, su perfección integral; al tiempo que traducen la libertad y autonomía propias del ser humano.

Por otra parte, el fin que busca la sociedad política, como ser temporal, es el bien común de la misma dimensión; por tanto, no le competen asuntos relacionados con el bien común trascendente, de índole espiritual y eterna. Así mismo, siendo su fin de carácter público, no tiene competencia para inmiscuirse directamente en asuntos privados de sus miembros, tales como elección de vocación, relaciones familiares, vida religiosa, etcétera. La misión subsidiaria del Estado, por último, determina los márgenes de su acción, pues no se trata de ahogar la iniciativa particular en un totalitarismo violador de la libertad y de la autonomía personal, sino de complementar dicha iniciativa cuando es insuficiente e impotente para satisfacer las necesidades apremiantes de la vida social. Cfr. Julio Tobar Donoso, *Elementos de Ciencia Política*, 4ª edición, Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1981, pp. 300-301.

general, no se expresan en lo que conviene a un aparato político o a la autoridad pública en un momento o circunstancia determinados, sino que se fundamentan en la atención a las exigencias y necesidades de las personas, jurídicamente expresadas en los derechos que les reconoce u otorga el ordenamiento jurídico. Un bien común con rostro humano, expresión de la suprema dignidad de la persona, y no el Estado como fin último, es lo que caracteriza al Estado de derecho.¹⁴

La Administración Pública constituye una actividad de gestión inmediata y práctica para la consecución del bien común. En materia *pública*, el reto de la eficacia y la eficiencia en la actividad administrativa está condicionada por la posibilidad de atender, con oportunidad y calidad, los requerimientos y necesidades de una sociedad de conformación muy heterogénea, especialmente, en los países de Latinoamérica que se destacan por una singular problemática económica y social. Es de elemental evidencia, en el plano socioeconómico, que

El conjunto de todos estos límites objetivos del poder y de la soberanía del Estado provienen de su naturaleza y configuran el Derecho al que el Estado está sujeto y del que no puede apartarse sin renunciar a su ley constitutiva y esencial. Derecho que, tanto en su fondo como en su forma, no es el que rige las relaciones interindividuales, sino el derecho propio del cuerpo y de la institución estatal, es decir, el Derecho Público o Político. “No se trata, en efecto, de someter al Estado a una norma exterior “apolítica”, sin relación con la materia misma a la que debe dedicar sus esfuerzos, sino a una norma directamente basada en las exigencias funcionales de lo político y que lo regula según su principio propio. De este modo, no sólo se concilia muy bien la soberanía estatal con la sumisión del Estado a un derecho objetivo, de naturaleza propiamente política, sino que no se comprende ni concibe sino mediante esta sumisión: el concepto de una soberanía absoluta del Estado o de sus órganos, haciendo abstracción del fin propio del Estado, destruye la idea misma de la agrupación estatal. Por alto que sea un poder, aunque sea soberano, permanece, por su naturaleza de poder, encadenado a su función, dominado por su fin. O, si no, deja de ser un poder de derecho para degenerar en un puro fenómeno de fuerza”. Jean Dabin, *Doctrina general del Estado*, traducción de Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 135-136.

¹⁴ La idea de un bien común de rostro humano ha sido expresada en el artículo 16 de la Constitución Política de la República del Ecuador: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución”. No se trata de una invitación al individualismo, sino de resaltar la dignidad de la persona en forma integral. No son coincidentes la ideología individualista con un pensamiento personalista. Recordemos que los derechos fundamentales no se limitan a los clásicos de primera generación, sino que abarcan también los derechos económicos, sociales y culturales; junto a los denominados de tercera generación (medioambientales, los de incidencia colectiva, etcétera). Estos derechos son expresión de los requerimientos de la vida buena del elemento humano, que es causa material y eficiente del Estado.

existen sectores sociales diferentes, con requerimientos distintos. Las sociedades latinoamericanas muestran sectores con elevados niveles de ingresos y de bienestar, que conviven con la denominada “clase media”, hasta toparse con alarmantes escenarios de pobreza y menesterosidad. Desde otra perspectiva, se puede analizar la situación de grupos humanos especialmente vulnerables, como sucede con los menores y los ancianos. Además, este panorama se vuelve más complejo si se considera que los países de Latinoamérica tienen una composición social pluricultural y multiétnica, como lo reconocen de forma expresa varias constituciones políticas.¹⁵

Dentro de este contexto social, la actividad administrativa en los países latinoamericanos debe desempeñarse con medios limitados; condicionada por preocupantes crisis económicas, déficit presupuestarios y muchas carencias.

La cercanía de la autoridad a *toda* la sociedad y a su misma realidad es un elemento indispensable para lograr que las verdaderas necesidades públicas sean realmente satisfechas con medidas correctas y eficaces, y para ello la participación ciudadana se vuelve un mecanismo indispensable. Las instituciones de la democracia representativa, si bien importantes, no son suficientes para lograr un Estado eficaz y eficiente, en el cual se encuentren realmente presentes unos resultados de vida buena para todas las personas y grupos sociales, según sus particulares requerimientos.¹⁶ Sucede que la autoridad elegida, que pretende ser representativa, termina con el monopolio de la decisión sobre lo que es conveniente o inconveniente para la sociedad. Este monopolio es,

¹⁵ Así lo hacen las constituciones de México (artículo 23), de Ecuador (artículo 1) y de Colombia (artículo 7).

¹⁶ Si como se ha dicho, la sociedad tiene una configuración humana muy heterogénea, no es la igualdad formal del Estado Liberal de Derecho un postulado a seguir. Por el contrario, el reto constituye lograr una igualdad material, que no consiste en el utópico tratamiento igualitarista. Pero aunque parezca paradójico, el principio de igualdad configura un *derecho a la diferencia*, como destaca Pérez Royo. Según estos postulados, una Administración Pública eficaz y eficiente no se caracteriza por “dar a todos por igual”, sino según sus particulares requerimientos y necesidades, pero siempre con el propósito de que en cada esfera social, en cada grupo humano, en cada individuo, se pueda disfrutar de *condiciones sociales* que permitan y favorezcan el cumplimiento de los destinos particulares, sin dejar aparte el trabajo y la iniciativa particular de cada quien, que es responsabilidad propia. Ver Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, 8ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2002, pp. 289 y ss.

sin duda, fuente de errores de apreciación y de falta de idoneidad en las soluciones que implementa la autoridad. Además, dicha falta de cercanía —y de soluciones idóneas— se observa en las resultantes de las pasiones políticas, de las pugnas de poderes, de la corrupción, del culto a “la disciplina partidista”, de las ilusiones “ideológicas”, y de los infaltables favoritismos. Todo ello, frente a unos electores que tan sólo son espectadores de los fenómenos aludidos. El resultado es la insatisfacción social, la conflictividad y la ingobernabilidad, pues la supuesta representación puramente formal de los elegidos termina contaminada por una falta del realismo, manifestada en el distanciamiento entre el Estado y la problemática social, que podría superarse notablemente si hay una mayor identificación de la actuación administrativa con las exigencias sociales. El distanciamiento entre el Estado y la sociedad se expresa en la falta de efectiva vigencia de muchos bienes y valores que jurídicamente se expresan en los derechos fundamentales, especialmente, en aquellos de carácter social.

Sobre la democracia representativa, Pablo Lucas Verdú y Pablo Lucas Murillo de la Cueva formulan las siguientes inquietudes: “¿Es posible que una representación política frustre la participación auténtica? ¿Cabe que una representación política enajene del juego político a importantes sectores cívicos? Es decir, ¿puede darse una representación política sin participación ciudadana?” Los autores citados, al respecto, expresan: “Recientes investigaciones sociopolíticas han subrayado estos hechos:

- a) La generalización del *abstencionismo electoral*, debido a desinterés por el proceso representativo entre determinados estratos (trabajadores, intelectuales, jóvenes en edad electoral que consideran injusto, opresor, corrupto, el sistema establecido).
- b) La *superrepresentación de determinados partidos, por deficiencias o injusticias del sistema electoral con la consiguiente sobrerepresentación de otros.*
- c) La *corrupción electoral* fomentada, o tolerada, por la clase gobernante.
- d) La *repulsa del régimen político establecido*, que consideran algunos sectores no representativos.

Es obvio que en estos casos, y en otros semejantes, habrá una representación inauténtica y, por consiguiente, se frustra la participación.

¿Cabe una representación adecuada sin participación? La contestación a este interrogante supone varias cuestiones:

- a) Ante todo diferenciar entre representación, concepto jurídico-político y participación, concepto estrictamente político que exige un consenso generalizado sobre las instituciones establecidas y las pautas de gobierno.
- b) Una representación será participada cuando la articulación jurídica, establecida por el Estado-aparato, conecte con el Estado-comunidad.
- c) Una participación será representativa cuando la comunicación entre el Estado-comunidad y el Estado-aparato y las demandas del primero al segundo asciendan con fluidez.
- d) Cuando la representación es participada y la participación es representativa, estamos ante un Estado en cierto modo ideal a cuyo modelo deben acercarse, lo más posible, las comunidades políticas.¹⁷

La desconexión que la autoridad y la política tienen respecto de la realidad de la sociedad, determinan que la sola juridicidad formal de la actuación de la autoridad no sea en muchos casos el único elemento de legitimidad de sus actuaciones.

Los persistentes y muchas veces estructurales conflictos sociales que agobian a los países, en especial del Tercer Mundo, ponen de manifiesto que la “legalidad” no es suficiente para evaluar la acción del gobernante porque por perfecto que pueda parecer el sistema de normas, su incidencia en las relaciones intersubjetivas es precaria si el ámbito real de su aplicación, amparado en la coacción institucional, pierde cada día más espacio.¹⁸

¹⁷ Pablo Lucas Verdú y Pablo Lucas Murillo de la Cueva, *Manual de Derecho Político*, I, 3ª edición, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 238-240.

¹⁸ Mauricio Plazas Vega, *Ideas políticas y teoría del derecho*, Bogotá, Universidad del Rosario, Temis, 2003, p. 304.

En nuestros tiempos, con sus particulares problemas y carencias, el anhelo de una recta y buena administración se logra con la conjugación de los tres principios fundamentales de legalidad, eficacia y eficiencia. Y en lo que se refiere a los países latinoamericanos, tal anhelo, que se logrará con la puesta en práctica de dichos principios, se muestra en la recta y buena administración para el desarrollo, pero considerando un preocupante y severo ámbito de limitaciones y de pobreza. Es en este contexto donde la participación ciudadana inmediata y directa, dirigida no sólo a controlar la gestión y rectitud del gobernante, sino más aun, a generar un sólido y efectivo compromiso con las verdaderas conveniencias y requerimientos sociales y la promoción de los derechos fundamentales, tiene un papel de trascendental importancia.

En verdad, [...] ya no es suficiente con la vieja ilusión de democracia que entraña el dogma del sufragio universal, porque los asociados han podido comprobar que la élite política y la burocracia estatal, en una tácita y evidente connivencia con la élite económica, suelen desconocer el compromiso con la colectividad que implica el hecho de la elección. Una nueva manera que permita superar esa lamentable ruptura del Estado con el pueblo se reconoce como condición insalvable para la paz y la concordia y, en particular, en lo que atañe a los juristas, para la verdadera eficacia del derecho: la de la participación activa de la sociedad civil en procura de condiciones de vida más justas, amparadas en un verdadero pacto social de amplio y generoso espectro. Mas no se trata de volver al superado contexto del Estado providencia, en el cual la mano salvadora de la burocracia decide por los individuos y los reduce a un papel irrisorio de destinatarios de su gestión mesiánica. Se trata de una nueva y factible expresión de democracia, que sea compatible con la afirmación del individuo en el seno de la colectividad y parta de la base de desechar los autoritarismos e impedir que el Estado absoluto anule la responsabilidad personal y la autonomía.¹⁹

¹⁹ Mauricio Plazas Vega, *op. cit.*, p. 306.

El derecho de participación en el proceso de toma de decisiones de la Administración Pública: nuevas funciones del procedimiento administrativo

El procedimiento administrativo es el cauce formal, jurídicamente regulado, a través del cual actúa la Administración Pública. Es el modo de producción de sus actos, y desde el punto de vista de las condiciones de validez de los mismos, un requisito formal.

La doctrina destaca una doble función del procedimiento administrativo. Desde la perspectiva de la satisfacción de los intereses generales y del recto ejercicio de las competencias públicas, el sometimiento de la Administración Pública a un procedimiento jurídicamente regulado asegura la juridicidad, prontitud y eficacia en la realización del interés general, mediante la adopción de medidas y decisiones necesarias por parte de los órganos administrativos. Por otra parte, desde la perspectiva de los administrados, comporta para ellos una garantía de sus derechos, bien porque supone que la actividad de la Administración tiene que canalizarse obligatoriamente a través de unos cauces determinados para que pueda considerarse como actividad legítima; bien porque se instituye un sistema de reclamaciones y recursos que permiten a los administrados reaccionar frente a los actos que los perjudican, y eventualmente, obtener su anulación, revocación o reforma. En suma, el procedimiento administrativo es una garantía del interés público y de los derechos de los administrados.²⁰

Con el establecimiento de disposiciones legales que brindan oportunidades de participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones, la doctrina añade una nueva función al procedimiento administrativo: la de *medio de composición de intereses relevantes a la decisión final*.

El procedimiento administrativo constituye uno de los instrumentos que permite hacer efectivo el principio constitucional de participación de los ciudadanos en la actividad administrativa. El procedimiento es la sede

²⁰ Cfr. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 9ª edición, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, pp. 452-453. Cfr. Jesús González Pérez, *Manual de procedimiento administrativo*, 2ª edición, Madrid, Civitas, 2002, pp. 76-77.

en la que emergen, se confrontan y componen los intereses relevantes para la decisión final, y en este sentido constituye una garantía para la adecuada satisfacción del interés general. A lo largo del procedimiento se pone de manifiesto, desde un punto de vista sustancial, la interrelación y composición de todos los intereses implicados.²¹

Como indica Schmidt-Assmann, “La participación supone que los que se encuentran afectados de una forma específica por una determinada decisión han tomado parte en el proceso que condujo a la misma”.²²

De lo dicho resaltamos que la noción de interés general, cuya definición tradicionalmente era atribución de la Administración Pública, de un modo unilateral, y hasta cierto punto arbitrario, puede ahora ser descubierto, establecido y definido de un modo consensual con la sociedad, que es destinataria de las decisiones administrativas. Lo que constituye interés general y lo que es conveniente para el mismo, puede descubrirse de un modo claro y abierto acudiendo a la sociedad, al ciudadano y a los grupos y sectores sociales, lo cual brinda posibilidades de justicia, acierto, eficacia y eficiencia en las decisiones administrativas. Por otra parte, el procedimiento administrativo, a través de la participación, refuerza su función de garantía, tanto desde la perspectiva del cumplimiento recto de las competencias y cometidos estatales, como desde la punto de vista, no sólo de la tutela, sino también de la *promoción* de los derechos fundamentales.

En efecto, los derechos fundamentales —expresión jurídica de bienes y valores necesarios para el pleno desenvolvimiento material y moral de la persona— no se hacen efectivos solamente con técnicas procesales de protección, sino con su *promoción*. Las técnicas procesales de protección, sin duda importantes, se manifiestan en circunstancias de *reivindicación*, pero es del todo erróneo creer que en las posibilidades de reivindicación radica, exclusivamente, la plena vigencia y eficacia de los derechos fundamentales. La Administración

²¹ Ángeles De Palma del Teso, *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 35.

²² Eberhard Schmidt-Assmann, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, 2003, p. 118.

Pública hace mucho más honor a dichos derechos cuando los respeta y los promueve, es decir, cuando su gestión los favorece y evita el menoscabo; antes que cuando se ve compelida a repararlos mediante disposición de una sentencia que constata su violación. Por lógica, a un derecho subjetivo —y los derechos fundamentales son, ante todo, derechos subjetivos— le corresponde una obligación correlativa, que se expresa en la adecuación de la conducta a los títulos y dignidad de quien ostenta el derecho. Siendo así, la Administración Pública tiene en los derechos fundamentales un principio de actuación que debe mostrarse en cada momento, y para ello también se precisan unos mecanismos de tutela *preventiva*, junto a las técnicas procesales.²³

La Administración Pública, dentro de su función y según su propio método de actuación —inmediato y práctico—, es también garante de los derechos fundamentales. En efecto, la gestión social que desempeña la Administración Pública debe expresar la realización constante y continuada de los bienes y valores que configuran a los derechos fundamentales, los cuales vienen a configurar el parámetro de calificación de la *calidad social de la gestión administrativa y de los resultados de bienestar público* que se logren.

En virtud de estos fundamentos, podemos apreciar el trascendental papel que cumple la participación ciudadana en los procedimientos administrativos. A través de ella, se aproxima a la autoridad a los intereses sociales, expresados, precisamente, por los destinatarios de la actividad administrativa. Se permite valorar y decidir, con cercanía a los problemas reales, el interés público en juego, aspecto este que falta en una decisión unilateral y eventualmente autoritaria, y que puede

²³ Además de lo dicho, es necesario considerar que las técnicas procesales tienen limitaciones de orden jurídico para lograr la efectiva vigencia y eficacia de los derechos fundamentales. Por la naturaleza de su función, el Juez sólo puede hablar en nombre del Derecho, y por la configuración constitucional de la división de funciones, le está vedado juzgar en función de la oportunidad o del criterio puramente administrativo o político. Sostener lo contrario, significaría propugnar que los jueces administren o hagan política. Por otra parte, la lógica de la división de funciones, cada órgano constitucional debe respetar el ámbito de actuación de los demás, razón por la cual el Juez sólo puede intervenir en un momento concreto del desarrollo de la actividad administrativa, a saber, *a posteriori*, para juzgar una actividad que ya se ha producido. Es por ello que la configuración técnica del proceso contencioso-administrativo es básicamente, con un carácter impugnatorio de actos previos. Ver, Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *op. cit.*, pp. 589 y ss.

ser decisivo para lograr la idoneidad de las soluciones.²⁴ La participación ciudadana, por otra parte, permite el control de la actividad administrativa, fomenta la transparencia, y facilita la resolución de casos dudosos que se presenten en la legislación o la corrección de sus deficiencias de aplicación, pudiendo convertirse en precedentes que guíen la actividad administrativa, al contar con la manifestación de quienes pueden verse afectados por la misma.²⁵ Por último, y esto es lo más importante, si los bienes y valores que configuran los derechos fundamentales son expresión de la vida buena del conglomerado humano que conforma al Estado, la participación ciudadana permite que la Administración Pública *promueva y tutele* dichos derechos.

La técnica jurídica de los actos administrativos consensuales como alternativa a la decisión unilateral

En el tradicional estudio y conceptualización de los actos administrativos se ha puesto énfasis en su carácter unilateral. Se trata de un acto de autoridad, producto de expresas facultades que tienen por titular a un solo sujeto: la Administración. A través de los actos administrativos, la Administración puede innovar en las relaciones jurídicas en las que participa, por propio imperio y aun sin la anuencia de los administrados, lo cual constituye manifestación del carácter de poder público que ostenta y de las potestades que en razón de dicho carácter le confiere el ordenamiento jurídico. Este carácter unilateral, por otra parte, distinguiría al acto administrativo de los contratos u otras manifestaciones convencionales que se originan en el concurso de voluntades,²⁶ los cuales suponen, como elemento esencial, la concurrencia de las

²⁴ Cfr. Massimo Severo Gianini, *El poder público*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 148-149.

²⁵ Cfr. Ángeles De Palma del Teso, *op. cit.*, p. 38. Josep Ma. Castellà Andreu, *op. cit.*, p. 370 y ss.

²⁶ Stassinopoulos destaca que el ejercicio del poder público crea una desigualdad entre la Administración y los particulares que excluye del acto administrativo todo carácter contractual:

“En principe, les personnes morales que exercent la puissance publique procèdent par des actes strictement unilatéraux. Le fait de l’exercice de la puissance publique crée entre l’administration et les administrés une inégalité qui exclut de l’acte administratif tout caractère contractuel”. Michel Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, Institut Français D’Athènes, Atenas, 1954, p. 57.

voluntades de la Administración y de los particulares (o de otras administraciones, en caso de los convenios que entre ellas se celebran). Estructuralmente significarían actos diferentes, y por ende, sometidos al régimen jurídico que es acorde con su naturaleza.²⁷

Se reconoce que los administrados pueden tener influencia en la producción de los actos administrativos o en el despliegue de sus efectos. En ocasiones la Administración Pública sólo puede obrar a instancia de parte, a pedido de los administrados, así como también puede exigirse como requisito de eficacia la colaboración, e incluso su anuencia de ellos, como en los nombramientos, en los que se requiere la aceptación del cargo. Por otra parte, un acto administrativo puede tener efectos bilaterales, esto es, de obligar también a la Administración Pública que los dictó, como sucede en la concesión de una jubilación.²⁸ Sin embargo, todo ello no está en posibilidad de comportar una excepción al carácter unilateral que se predica de los actos administrativos, desde el momento en que puede determinarse su origen en la “voluntad” de un solo sujeto y en el ejercicio de las potestades públicas conferidas a dicho sujeto preciso: la Administración Pública.²⁹

Sin embargo, a partir del derecho de participación ciudadana en el procedimiento administrativo, se ha configurado la doctrina de actos administrativos consensuales, que constituyen una *alternativa a la decisión unilateral*, sustentada en convenciones que celebrarían la Administración Pública y los administrados, con ocasión del ejercicio de las potestades administrativas y dentro del proceso de toma de decisiones. Al respecto, existen soluciones legislativas que introducen dichas posibilidades, como las previstas en España, en su Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La aceptación de figuras convencionales en los procedimientos y en los actos administrativos rompe definitivamente los esquemas de la tradicional concepción de aquellos. Aceptar esto, ¿no significaría

²⁷ Cfr. Miguel Ángel Bercaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, 2ª ed. Buenos Aires, Depalma, 1980, pp. 1-19.

²⁸ Cfr. Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo: El acto administrativo*, pp. IV 35-IV 37; Michel Stassinopoulos, *op. cit.*, pp. 57-62.

²⁹ Cfr. Michel Stassinopoulos, *op. cit.*, p. 57.

permitir la crisis de la autoridad pública, por consentir que los intereses privados y egoístas que animan a los particulares tengan influencia en las decisiones de la Administración Pública, con el grave riesgo para el interés general que ello significa? Y en el plano de los conceptos, ¿cómo explicar la naturaleza jurídica de un acto administrativo consensual?, pues siempre se ha distinguido al acto administrativo de las convenciones y contratos a efectos de perfilar su régimen jurídico. Parecería haber una derogación, tanto del orden público, como de las explicaciones doctrinarias, a más de un riesgo de que se pierda la imparcialidad que debe caracterizar a la Administración, y por ende, la igualdad de trato respecto de terceros ajenos a la convención.

Empero, la figura de los actos administrativos consensuales es producto técnico de la participación ciudadana en los procedimientos administrativos, por lo que tienen un fundamento sólido que no ignora el papel de la autoridad frente a la sociedad, ni los fenómenos públicos a los que debe atender la Administración Pública. Ello es, justamente, lo que hemos procurado demostrar a lo largo de este trabajo.

La necesidad de participación ciudadana en los asuntos públicos y de una concertación con la Administración Pública, ha sido puesta de manifiesto aun en autores que le presentan reparos —como Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández— quienes si bien ponen de relieve —en concreto— los peligros de los actos administrativos consensuales, se suman —en general— a la apreciación de que la negociación, que implica participación ciudadana, se ha convertido en un instrumento imprescindible en la tarea de administrar, y en un instrumento idóneo para suscitar el entusiasmo y el deseo de colaboración con la autoridad.³⁰

³⁰ Los autores citados señalan lo siguiente: “[...] la “Administración concertada” marca un camino que es forzoso recorrer o, por lo menos, explorar, puesto que ya no cabe seguir ignorando por más tiempo que la Administración negocia y que la negociación se ha convertido en un instrumento imprescindible en la tarea de administrar. Es, pues, necesario definir en concreto esos márgenes negociales que la realidad reclama y éste es, sin duda, el segundo dato capital a tener en cuenta, porque es evidente que bajo los aspectos habitualmente idealizados de una política de este carácter se esconde el enorme riesgo de una ruptura de la objetividad y de la igualdad —y, por supuesto, de la justicia, como evidenció entre nosotros el sistema de convenios de evaluación global de bases y cuotas tributarias implantado por la reforma fiscal de 1957— que la impersonalidad de la Ley asegura. La adopción del sistema de Administración concertada como fórmula generalizada de administrar no podría, pues, ser admitida. La aplicación

Indica Luciano Parejo Alfonso que:

[...] el modelo de Administración propio del Estado social no es ya (únicamente) el de la Administración-poder o de intervención, perfilado en el contexto del Estado liberal de derecho. La asunción de objetivos de configuración social y de la prestación de bienes vitales coloca a la Administración en una nueva posición: posición en la que depende para la realización de sus fines y cometidos —cada vez en mayor medida— de la aceptación de su acción por los destinatarios de la misma, cuando no de la cooperación o colaboración activa de estos último. Aparecen así la forma concertada de la acción administrativa y la idea de la servicialidad y la eficacia de la Administración. Consecuentemente, se rompe el paradigma de la supra/infraordenación de la relación entre Administración y ciudadano y de la disposición unilateral e incondicionada de ésta por la Administración. En su lugar, se instalan las ideas tanto de una mayor diversidad y heterogeneidad de las posiciones en aquella relación y de ésta misma como correspondencia de prestaciones y contraprestaciones en el seno de tal relación. El modelo pasa a ser de la Administración-servicio o prestacional. Conviene advertir que, aun cuando la referencia venga dada ahora por este último modelo, ello no implica en modo alguno la completa sustitución del anterior. La Administración-poder o de intervención continúa subsistiendo, sólo que ha dejado de monopoli-

del régimen de “conciertos” en sustitución del ejercicio del ejercicio unilateral de los poderes públicos para convenir con los destinatarios su extensión concreta sólo puede emprenderse en virtud de habilitaciones legales específicas, allí donde las circunstancias particulares permitan estimarlo positivo. Si esas habilitaciones legales específicas no existiesen, la utilización de un convenio supondría derogar una reglamentación imperativa en beneficio de un particular”. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 1, 11ª edición, Madrid, Civitas, 2002, p. 678.

Los actos administrativos consensuales, y en general, la Administración concertada, parecerían algo novedoso, especialmente en Latinoamérica. Pero, como advierte Giannini, “[...] los módulos convencionales entre los poderes públicos y los administrados siempre han existido y no es admisible lo que piensan algunos jóvenes autores, cuando casi los consideran una invención de este siglo. La doctrina del “contrato administrativo” es del siglo pasado. Lo que, en cambio, puede decirse es que, con la aparición del Estado de pluralidad de clases estos módulos han aumentado de tal forma, en cuanto a su cantidad y calidad, que se puede hablar de una forma diferente de administrar. Este fenómeno comprende, desde los procedimientos concordados, hasta los acuerdos entre los poderes públicos, por ejemplo, entre Estados y sindicatos, acuerdos intersindicales, entre partidos políticos y casos similares”. Massimo Severo Giannini, *op. cit.*, p. 149.

zar el espacio administrativo, más aún, ha dejado de protagonizar dicho espacio en beneficio de la nueva Administración prestacional (así, desde luego en la *praxis* administrativa; no tanto, sin embargo, en la dogmática jurídico— administrativa).³¹

A través de los acuerdos que celebran la Administración y otros sujetos de derecho, en un ambiente participativo, se puede valorar de modo *inmediato* el interés público en juego, lo cual acerca a la Administración a las necesidades sociales y de los administrados, que pueden ser apreciadas directamente. A ello se suma la *legitimación* de la actividad resultante, reflejada en la satisfacción de los requerimientos y en la eficacia y eficiencia de las soluciones, con el agregado de la gobernabilidad y disminución de la *conflictividad* que pudiese existir si la decisión se impone unilateralmente, por ser dicha decisión *construida* con los interesados. La técnica participativa, como pone de manifiesto Parejo Alfonso, hace fluir a un primer plano a las mismas relaciones jurídicas, pues su régimen se *construye* con la participación, a diferencia la actividad unilateral que muchas veces sólo refleja la instantánea de un momento o circunstancia concreta de dichas relaciones.³²

De todo lo expuesto, recordando las objeciones que en un inicio indicamos, y con fundamento en lo que anteriormente se ha expresado en este trabajo, puede verse que no se trata de derogar el principio de autoridad, sino de definir un *por qué*, un *para qué* y el *cómo* de su ejercicio, además de un principio de legitimación del poder público. Sin duda, y como se advierte en la cita anterior de Luciano Parejo Alfonso, esto ocasiona una verdadera ruptura de los esquemas doctrinales que explicaban al acto administrativo como un acto unilateral y comportan, incluso, la necesidad de un replanteamiento. Pero al respecto cabe advertir que el derecho no es un círculo cerrado de dogmas eruditos, o un conjunto de fórmulas que aspiren a convertirse en modelos matemáticos, o un ejercicio de razonamientos lógicos puramente mentales. El alma del derecho son las *realidades humanas* y *sociales* de las cuales se nutre en su afán de justicia y en las cuales origina sus normas y principios. El derecho no es *algo dado*, sino que

³¹ Luciano Parejo Alfonso, *Derecho Administrativo*, Barcelona, Ariel, 2003, pp. 29-30.

³² *Ibidem*, p. 944.

es *algo construido*, y su método propio es la *prudencia*,³³ por lo cual, ante una problemática y unas necesidades sociales, no puede aceptarse la primacía de los dogmas frente a las soluciones *prudentes* que dichas problemática y necesidades exigen.

Verdaderamente, el acto administrativo consensual no cuadra en los esquemas de lo unilateral, pues en su formación actúan decisivamente los administrados. Tampoco puede decirse simplemente que se trata de un contrato, aunque sea necesario acudir a reglas y principios básicos que rigen a la formación del concurso de voluntades, a efectos de diseñar el régimen jurídico de dichos actos. Decimos que no se trataría de un contrato, al menos según la idea que del mismo se tiene en ciertas normas jurídicas, como la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, pues no es su función el intercambio de bienes o servicios entre la Administración y el administrado. Pero debe tenerse en cuenta que en el derecho Público existen también figuras que no pueden explicarse según esos parámetros y que invitan al empleo de denominaciones más amplias, como conciertos de la Administración, convenciones administrativas, etcétera. Estas figuras, aun cuando tengan elementos convencionales, tienen particularidades que harían inexacta una calificación de contractuales, a menos que el empleo de la palabra contrato incluya todo tipo de manifestación de acuerdo de voluntades.

Lo cierto es que los actos administrativos consensuales deben estudiarse dentro de la teoría de los actos administrativos. Los actos unilaterales y los consensuales tienen en común el carácter concreto del asunto sobre el cual versan y su procedencia de una potestad administrativa distinta a la reglamentaria, sólo que ahora dicha potestad se puede ejercer *alternativamente* en forma unilateral o con participación del administrado. De este modo, ya no resulta elemento definitorio aquella unilateralidad a ultranza, y cabe estudiar dentro de la teoría de los actos administrativos su versión consensual. Bien es verdad que todo ello requerirá de una sistematización y explicación de carácter científico, un *replanteamiento*, pero de ningún modo se debe perder de vista que el fin del derecho es la justicia, y que en el concreto

³³ Jean Dabin, *Teoría general del Derecho*, traducción de Francisco Javier Osset, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1955, pp. 187-201.

tema de la participación activa del ciudadano en los asuntos públicos se descubren unas sólidas bases que propenden al bienestar integral de las personas, en donde se descubre la atención a dicho fin. Vale la pena, pues, complicar el panorama de la doctrina, si de ello resulta un resultado prudente, valioso y justo.

Respecto de la objeción de una posible violación de los derechos de terceros, de pérdida de la objetividad y de la igualdad que garantiza la impersonalidad de la ley, es menester considerar que la solución a ello está en el diseño técnico del régimen jurídico correspondiente, que debe ser, ante todo, abierto y transparente.³⁴ Tal régimen jurídico, como más adelante se verá, determina que los actos administrativos consensuales dependan decisivamente de la potestad de que se trate y de la estructura normativa correspondiente. En suma, no siempre será uniforme el *modo* y el *alcance* de la participación del ciudadano. Tampoco se trata de restar responsabilidades a la autoridad. Por otra parte, respecto de la igualdad, esta supone el trato imparcial y neutral a los ciudadanos conforme a la ley y a lo que es justo y equitativo en cada caso.³⁵ Pero lo que es conforme a la ley y justo en cada caso no se determina *a priori*, en el puro ámbito de las ideas, pues la igualdad, en abstracto y por sí sola, no dice nada. La igualdad se manifiesta como el *derecho a la diferencia*, pues la persona sólo es idéntica a sí misma y sus necesidades les son singulares.³⁶ Ahora bien, la ley, aunque siempre será fundamento de toda actuación del poder público, tampoco está en capacidad de establecer un modelo estático y rígido de actuación de la autoridad, que sea siempre uniforme y previsor de cualquier situación concreta, sino que sus formulaciones son abstractas, generales e *impersonales*. Además, las necesidades sociales y la misión que el Estado Social de Derecho tiene frente a la sociedad, han determinado que muchas leyes, antes que establecer un régimen estrictamente reglado de la actividad administrativa, tengan un alto contenido programático y de definición de objetivos, lo cual implica dotar a la autoridad de un ámbito de discrecionalidad en la apreciación de la realidad y en la definición de las soluciones. Justamente en este punto, la objeción de

³⁴ Ángeles De Palma del Teso, *op. cit.*, p. 44.

³⁵ *Cfr.* Néstor Pedro Sagüés, *op. cit.*, p. 536.

³⁶ *Cfr.* Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, 8ª ed. Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 293.

la igualdad se vuelve contra sí misma, porque a guisa de igualdad no pueden dejar de considerarse las *diferencias* de circunstancias y necesidades que la Administración debe apreciar y atender para desplegar su función y cumplir con el deber que tiene frente al bien común. En suma, el principio de igualdad exige neutralidad e imparcialidad, pero de aquí no se sigue una propuesta de modelo matemático para el caso concreto, de tal modo que es del todo relativa la objeción que se plantea y sólo propone un caso hipotético el cual, más que principio de objeción llamado a operar sobre los fundamentos mismos, deberá observarse en las circunstancias que muestren los casos particulares.

En el derecho mexicano existen algunas normas jurídicas que exigen ciertos consensos con la comunidad o con grupos sociales, y de las cuales, al menos aparentemente, podría deducirse la posibilidad de actos administrativos consensuales. Un ejemplo está en el párrafo segundo del artículo 72 de la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, que en materia de autorizaciones forestales establece lo siguiente: “Cuando una autorización pueda afectar el hábitat de alguna comunidad indígena, la autoridad deberá recabar el parecer de los representantes de dicha comunidad”. De igual manera, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente tiene varias disposiciones que aluden a la participación en la toma de decisiones, como la del artículo 58: “Previamente a la expedición de las declaratorias para el establecimiento de las áreas naturales protegidas a que se refiere el artículo anterior, se deberán realizar los estudios que lo justifiquen, en los términos del presente capítulo, los cuales deberán ser puestos a disposición del público. Asimismo, la Secretaría deberá solicitar la opinión de: [...] III.- Las organizaciones sociales públicas o privadas, pueblos indígenas, y demás personas físicas o morales interesadas [...]”. En materia de planeación, la Ley correspondiente establece como principio a la participación ciudadana, y contiene normas específicas que versan sobre la consulta social de los proyectos y programas. En el artículo 20 se dispone:

En el ámbito del Sistema Nacional de Planeación Democrática tendrá lugar la participación y consulta de los diversos grupos sociales, con el propósito de que la población exprese sus opiniones para la elaboración, actualización y ejecución del Plan y los programas a que se refiere esta Ley.

Las organizaciones representativas de los obreros, campesinos, pueblos y grupos populares; de las instituciones académicas, profesionales y de investigación de los organismos empresariales; y de otras agrupaciones sociales, participarán como órganos de consulta permanente en los aspectos de la planeación democrática relacionados con su actividad a través de foros de consulta popular que al efecto se convocarán. Así mismo, participarán en los mismos foros los diputados y senadores del Congreso de la Unión.

Las comunidades indígenas deberán ser consultadas y podrán participar en la definición de los programas federales que afecten directamente el desarrollo de sus pueblos y comunidades.

Para tal efecto, y conforme a la legislación aplicable, en el Sistema deberán preverse la organización y funcionamiento, las formalidades, periodicidad y términos a que se sujetarán la participación y consulta para la planeación nacional del desarrollo.

En el derecho local, es de especial importancia para nuestro estudio lo dispuesto en el artículo 134 del Código de Procedimientos Administrativos del Estado de México que dice:

ARTÍCULO 134. Las autoridades administrativas podrán celebrar con los particulares acuerdos o convenios de carácter conciliatorio que pongan fin a los asuntos, siempre que no sean contrarios a las disposiciones legales aplicables.

De igual forma, en el estado de Guerrero existe la Ley que establece las bases para el fomento de la participación de la comunidad, la misma que se refiere a la participación en los ámbitos del desarrollo social y económico del Estado y en la ejecución de obras y prestación de servicios públicos. Esta Ley muestra especial interés, pues en el artículo 3 se permite la celebración de convenios de concertación y colaboración con los particulares en los casos que se requieran.

Lineamientos generales del régimen jurídico de los actos administrativos consensuales³⁷

En España existen actualmente disposiciones legislativas que permiten la participación ciudadana en el procedimiento administrativo, con el resultado de actos administrativos consensuales. De estas disposiciones se puede tomar un modelo o referencia para la elaboración de su régimen jurídico. En este apartado nos referiremos a la técnica implementada por la Ley española de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC). El artículo 88 de dicha Ley establece lo siguiente:

ARTÍCULO 88. Terminación convencional.

1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.
2. Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito persona, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados.
3. Requerirán en todo caso la aprobación expresa del Consejo de Ministros, los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano.
4. Los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos.

³⁷ La exposición que se hace a continuación constituye una síntesis que tiene por fuente las explicaciones que constan en las siguientes obras ya citadas: Luciano Parejo Alfonso, *Derecho Administrativo*, pp. 941-961; Ángeles de Palma del Teso, *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*.

Como puede verse, las convenciones a las que alude esta disposición se celebran en el *marco y contexto de un procedimiento administrativo*, esto es, en el *mismo proceso de formación* de los actos administrativos.

La norma se encuentra inserta en el rótulo “Terminación Convencional” del procedimiento, pero se observa que dichas convenciones pueden tener, bien la consideración de “finalizadores de los procedimientos administrativos”, bien “insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin”. En verdad, se trata de casos distintos, en razón del efecto diferente que producen sobre el procedimiento. De una parte, la convención que finaliza el procedimiento iniciado *sustituye* a la decisión final y *funge como resolución*, solo que acordada, por lo que puede tener el contenido y alcance propio de esta, con la misma obligatoriedad que el acto administrativo unilateral. De otra parte, la convención que se inserta en el procedimiento con carácter *previo*, no sustituye a la decisión final, sino que se explica con un carácter *preparatorio de esta*, que puede ser vinculante o no de la resolución. En este último caso, cabe también aclarar que si la convención de carácter preparatorio es *vinculante*, la Administración, evidentemente, ya habrá asumido un compromiso obligatorio respecto de la decisión final, de modo que ésta se encuentra condicionada por el acuerdo. Si no es vinculante, no podría hablarse de un acto administrativo consensual, pues la Administración conserva totalmente su disposición sobre la decisión final que, en todo caso, sigue siendo unilateral.

Con estas precisiones, y según Luciano Parejo Alfonso, se puede formular la siguiente definición de acto administrativo consensual:

[...] acuerdo de voluntades entre una Administración pública y uno o varios sujetos de derecho, regulado por el derecho administrativo, celebrado en el contexto de un procedimiento administrativo a través del que aquélla deba ejercer una potestad asimismo administrativa y para la terminación o preparación —en términos vinculantes— de éste, que está dirigido a la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica.³⁸

El acto administrativo consensual, fruto de un acuerdo entre la

³⁸ Luciano Parejo Alfonso, *op. cit.*, p. 944.

Administración y otro sujeto de derecho (público o privado), versa sobre un asunto *concreto y particular*, a igual que el acto administrativo ordinario unilateral. Como ya se advirtió, se producen en el contexto de un procedimiento administrativo de formación de los actos administrativos ordinarios o unilaterales, y suponen el ejercicio de una *potestad administrativa distinta de la reglamentaria*, de modo que están llamados a incidir y producir efectos en una relación jurídica concreta, en una situación jurídica particular o respecto de un asunto singular. Estos caracteres acercan a la figura a la noción general de acto administrativo, con la particularidad de que se introduce una variedad *convencional*, como una *alternativa* al acto administrativo unilateral. Sin embargo, como resalta Luciano Parejo Alfonso, aquella relación jurídica, situación jurídica o asunto particular, sólo pueden ser de aquellos sobre los cuales la Administración podría en principio proyectar su actividad unilateral.

En efecto, en la medida en que el artículo 88 LRJPAC autoriza la celebración de acuerdos únicamente en sustitución de actos unilaterales resolutorios, no viene a establecer ninguna verdadera e independiente nueva forma de actividad administrativa susceptible de elección por la Administración. En otras palabras, ésta no puede recurrir —en un procedimiento— al pacto, convenio, acuerdo o contrato cuando no esté habilitada para imponer unilateralmente la o las obligaciones a asumir en éste. Ello significa que el acto administrativo consensual sólo puede jugar en las relaciones jurídico-administrativas de subordinación, entendidas como aquéllas cuya regulación concreta es accesible a la Administración pública mediante acto administrativo unilateral, con entera independencia de su contenido sustantivo (y de la naturaleza y eficacia de las posiciones activas que en ellas pueda esgrimir el sujeto ordinario). Queda así fuera de su campo de acción las relaciones jurídicas llamadas de coordinación, en cuyo contexto la Administración opera sin apoderamiento para actuar unilateralmente.³⁹

La Administración siempre seguirá siendo titular de la potestad administrativa de que se trate y conservará su carácter de autoridad

³⁹ Luciano Parejo Alfonso, *op. cit.*, p. 944.

pública. Lo que sucede es que dicha potestad *puede* ejercerse de modo acordado con otros sujetos de derecho, como una *alternativa* a la decisión unilateral, pero también existe la posibilidad de que se dicte el acto unilateralmente. Por consiguiente, *en principio*, sin perjuicio de lo que pronto se dirá, la decisión de adoptar una decisión consensuada o unilateral recae en la Administración y tiene carácter *discrecional*, por cuanto el artículo 88 de la LRJPAC, por sí mismo, no confiere al interesado el derecho de optar por la alternativa que comporta el acuerdo. La facultad de celebrar el pacto con otro sujeto de derecho *es de la Administración*, se la ha conferido a ella, y recae sobre el ejercicio de sus potestades.

Sin embargo, y como antes lo pusimos de relieve, en algunos países existen casos en que hay un derecho de los administrados para condicionar las decisiones de la autoridad, de manera que la falta de consulta al grupo interesado puede viciar de ilegitimidad al acto administrativo correspondiente, y hacer procedente una demanda de amparo constitucional. Esto da lugar a actos administrativos consensuales obligatorios, derivados de normas constitucionales como la del artículo 88 de la Constitución Política de la República del Ecuador: “Toda decisión estatal que pueda afectar al medio ambiente, deberá contar previamente con los criterios de la comunidad, para lo cual ésta será debidamente informada. La ley garantizará su participación”. La violación del deber de contar con el criterio de la comunidad, ha dado lugar a que el Tribunal Constitucional de la República del Ecuador declare ilegítimos actos de concesión minera, autorización de obras o funcionamiento de industrias peligrosas, lo cual refuerza el carácter de actos administrativos consensuales obligatorios que, en materia de medio ambiente, se configuran con la consulta y consenso de la población que pudiera ser afectada.

El específico ámbito en que los actos administrativos consensuales se producen, es aquel en el que exista alguna posibilidad de discusión entre la Administración y el administrado, al ser aplicable un precepto normativo de aquellos que favorecen una interpretación, definición o valoración de situaciones, o al incorporarse en el precepto conceptos normativos indeterminados o elementos del supuesto de hecho que no tengan una expresión concreta o cuantificable.

En definitiva, *el acuerdo procedimental tiene por objeto el ejercicio paccionado de la discrecionalidad, entendida esta en sentido amplio; ya se trate de la denominada discrecionalidad interpretativa o de juicio (situada tradicionalmente en el ámbito del supuesto de hecho normativo) o de la discrecionalidad en sentido estricto, también denominada discrecionalidad estratégica o de actuación (referida al campo de las consecuencias jurídicas).*⁴⁰

Por otra parte, es fundamental resaltar que será la *naturaleza de la potestad* de que se trate la que definirá el alcance y contenido del acuerdo. El mismo margen de apreciación y la extensión de la facultad conferida a la Administración son decisivos para determinar el *cómo del acuerdo*. Sea el caso de la potestad sancionadora. En estos casos, ante la infracción cometida, no puede admitirse convención que exima de la

⁴⁰ Ángeles de Palma del Teso, *op. cit.*, pág. 247. La doctrina distingue entre potestades regladas, potestades discrecionales y conceptos jurídicos indeterminados. Explican García de Enterría y Fernández, que las potestades son regladas cuando la ley define completa y agotadoramente todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, de modo que construya un supuesto legal complejo y una potestad aplicable al mismo también definida en todos sus términos y consecuencias. Aquí, la Administración Pública se limita a constatar el supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicar en presencia del mismo lo que la propia Ley ha determinado también agotadoramente, sin que en el proceso de aplicación de la Ley haya resquicio al juicio subjetivo, salvo la constatación o verificación del supuesto mismo para contrastarlo con el tipo legal. Por el contrario, las potestades son discrecionales cuando la Ley incluye una estimación subjetiva de la Administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular. Aquí, la Administración tiene un margen de apreciación sobre algún elemento y existe cierta libertad de elección entre alternativas igualmente justas. Por último, el concepto jurídico indeterminado hace referencia a una realidad, pero de modo impreciso, aunque determinable en el momento de la aplicación a los casos concretos. La Ley que los emplea, “[...] utiliza conceptos de experiencia (incapacidad para el ejercicio de sus funciones, premeditación, fuerza irresistible) o de valor (buena fe, estándar de conducta del buen padre de familia, justo precio), porque las realidades referidas no admiten otro tipo de determinación más precisa. Pero al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias es claro que la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no la hay; o el precio es justo o no lo es; o se ha faltado a la probidad o no se ha faltado. *Tertium non datur*. Esto es lo esencial en el concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una “unidad de solución justa” en cada caso”. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 1, 12ª edición, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, pp. 451-471.

sanción, porque la Administración no tiene disponibilidad sobre ello, pero si esta consiste en una multa, podría, siempre conforme a la ley, establecerse una forma de pago. Por el contrario, frente a una facultad de fomento, la Administración tendría mayor margen de actuación y discusión de las medidas pertinentes que puedan beneficiar a los empresarios involucrados y a la actividad misma que se trate de fomentar. Por último, cuando es obligatorio consensuar con individuos o grupos, la potestad a ejercitarse determina un amplísimo margen para los acuerdos, en razón de que las mismas decisiones finales deben contar obligatoriamente con los criterios de dichos individuos o grupos.

Los requisitos de estas convenciones, establecidas en el la Ley española, perfilan su objeto y delimitan su contenido. Son las siguientes: a) Que sean conformes al ordenamiento jurídico; b) Que versen sobre materias susceptibles de transacción; y, c) Que tiendan a satisfacer el interés público encomendado a la Administración. A estos requerimientos de contenido y objeto, se suma la exigencia de no-alteración de las mismas y la conservación de las responsabilidades de la autoridad. Por último, se exige un dictamen de un órgano colegiado como mecanismo de control, unos requisitos de “contenido mínimo”, y la publicidad.

- a) La primera exigencia, esto es, la conformidad con el ordenamiento jurídico merece algún comentario, pese a su evidencia. El régimen jurídico de los actos administrativos consensuales *siempre será el Derecho Público*, en atención a que se trata del ejercicio acordado de potestades propiamente públicas, en una relación de subordinación en la cual interviene su titular, la Administración. Por ende, el acuerdo está subordinado al principio de legalidad, de igual forma que lo están los actos administrativos unilaterales, pues dicho acuerdo debe siempre perseguir el mismo fin de la potestad pública de que se trate y acomodarse estrictamente a las previsiones que el ordenamiento jurídico establece sobre la potestad. Recordemos que el acto administrativo consensual —sin perjuicio de las precisiones antes anotadas sobre los actos administrativos consensuales obligatorios— normalmente es una *alternativa* a la decisión unilateral, pero no una forma de administrar distinta, de mane-

ra que si hay desviación de los fines públicos encomendados o propósitos ajenos a los que se deben procurar con la potestad, habrá causa ilícita. Serán, en primerísimo lugar, los preceptos constitucionales los que determinen la viabilidad jurídica de cualquier acuerdo y del contenido que debe tener, y más concretamente, los derechos fundamentales de terceros (ello siempre que por mandato de la misma Constitución no sea obligatorio consensuar). Es por esta razón que la publicidad, y aun más, la transparencia y la apertura, serán una exigencia fundamental de los acuerdos.

- b) La segunda exigencia es que los acuerdos versen sobre materias susceptibles de transacción, lo cual se vincula con la licitud de objeto. Como ya se advirtió, del precepto jurídico que ha de aplicarse se podrá deducir cualquier posibilidad de convenición, cuando dicho precepto contenga elementos que permitan interpretación, valoración o definición. Además, la materia misma sobre la que versa el precepto legal es determinante, pues no toda potestad es susceptible de ejercicio convencional, como es el caso de la potestad sancionadora. Por último, según se deduce del numeral 4 del artículo 88 de la LRJPAC, de ningún modo podrán los acuerdos derogar competencias ni responsabilidades de la Administración, respecto de las cuales no cabe pacto alguno ni resignación.
- c) El tercer requisito comporta un elemento absolutamente definitorio del acuerdo procedimental, al determinarse que está destinado a satisfacer el *interés público encomendado a la Administración*. Precisamente, se busca que el ciudadano pueda participar en consagración de dicho interés, con el espíritu que anima a un Estado Social de derecho, habida cuenta que la Administración Pública se legitima en el logro del bienestar de los ciudadanos, que de conformidad con dicho espíritu, constituye el patrón de la recta y buena administración. Como ya se señaló, el acuerdo debe coincidir y ser conforme con los fines para los cuales el ordenamiento jurídico otorga la potestad a la Administración. Pero en muchos casos, y como se advirtió al momento en que se citaron disposiciones constitucionales y legales que consagran el derecho de consulta en

- varias situaciones, dichos fines y el interés público a servir, se definen íntimamente por el mismo grupo de que se trate.
- d) La LRJPAC dispone que los acuerdos habidos en el procedimiento administrativo no alterarán las competencias de la autoridad ni significarán resignación de responsabilidades. El ejercicio de las competencias, en virtud del principio de juridicidad, es irrenunciable y obligatorio. La prohibición de la LRJPAC no alcanza solamente al ente administrativo que será parte de la convención, sino que introduce también una exigencia de respeto a las competencias que pudieren tener sobre el mismo asunto o materia otras administraciones públicas. Por otra parte, la prohibición de resignar responsabilidades es algo propio del régimen de derecho Público que rige al acuerdo y acorde con la observación de que la Administración conserva la titularidad de sus potestades, sin que la técnica convencional tenga la particularidad de modificar el régimen y propósito que las guía.
- e) La LRJPAC establece un “contenido mínimo” de los acuerdos, a saber, la identificación de las partes que intervienen; el ámbito personal, funcional y territorial; y el plazo de vigencia. Además, se exige la publicación “según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados”. Estos requisitos, al parecer de forma, traen implícita una particular problemática sobre la legitimación y alcance subjetivo de los acuerdos.

Sin embargo, es distinta la necesidad de dar audiencia a todos los interesados y la exigencia de que suscriban el acuerdo *todos los* que comparecieron al procedimiento. Una cosa es la debida contradicción que debe mantenerse en el procedimiento, otra la calidad de parte de la convención. El tercero o grupo ajeno a la relación jurídica principal y que no vea afectado su derecho (o interés legítimo) puede abstenerse de suscribir el acuerdo, sin que ello obste a su validez.

La convención, por lo demás, puede celebrarse con individuos, grupos u otras administraciones públicas (que mantengan algún aspecto de subordinación a la Función Ejecutiva). De ahí que se precise indicar el ámbito personal, funcional o territorial del acuerdo, requisito este que precisará si es necesaria la publicación.

La forma escrita, por otra parte, se impone como requisito de *eficacia*, pero el acuerdo se perfecciona por el consentimiento de las partes, y en este sentido, valga la redundancia, tiene carácter consensual. La LRJPAC no contiene otra exigencia sobre el perfeccionamiento del convenio, por lo que debería entenderse este carácter.

El acuerdo procedimental se perfecciona y, por tanto, existe y es vinculante desde el momento en que el órgano administrativo competente para resolver el procedimiento decide prestar su consentimiento y aceptar la propuesta de acuerdo. Sin embargo, la eficacia del acuerdo de terminación convencional queda demorada hasta el momento de la *formalización por escrito*. Una vez formalizado, el acuerdo produce los mismos efectos que hubiera producido la resolución unilateral del procedimiento. Esta formalización documental no tiene carácter constitutivo. El acuerdo se perfecciona y es válido en el momento en que el órgano competente para resolver acepta la propuesta de acuerdo, la forma escrita es un *simple requisito de eficacia*.⁴¹

La forma escrita, por otra parte, opera como un mecanismo de prueba que, de prescindirse, dificultará la constancia del convenio en caso de controversia. Además, la forma escrita permite publicitar y hacer transparente la convención.

Por último, el acuerdo está supeditado a un plazo de vigencia, que estaría dado según las posibilidades que el asunto plantee. En todo caso, la no-disponibilidad de las competencias y la conservación de las responsabilidades que tiene la Administración operan como determinantes de la duración temporal del acuerdo.

⁴¹ Ángeles de Palma del Teso, *op. cit.*, p. 390.