

CAPÍTULO QUINTO

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

I. EL RELATO TRADICIONAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Así como en el caso de la representación política nos referimos a un relato liberal-clásico y a sus críticas, es posible identificar también un relato análogo, ligado al derecho administrativo y al papel de la participación ciudadana en la administración pública. Como se recordará, y resumiendo, en relación con la representación política, el hilo conductor del referido relato liberal-clásico consiste en pensar que la soberanía está en el pueblo, y de ahí, por medio de las elecciones, se transfiere a los legisladores, quienes ejercen la soberanía popular a través de la elaboración de la ley (manifestación suprema de la “voluntad general”).²⁹⁹ En esa correa de transmisión se construye la legitimación de las y los legisladores, en un esquema en el cual el papel de los ciudadanos se limita al momento en que eligen a aquéllos. Así, el pueblo gobierna a través de sus representantes.

En relación con el derecho administrativo, el relato liberal-clásico también limita la participación ciudadana a la elección de los representantes que han de aprobar las leyes, que corresponde a la administración pública ejecutar. Como afirma Muñoz Machado, bajo este esquema la voz de la ciudadanía dentro de los procesos de toma de decisión de la administración pública no tiene cabida, puesto que se entiende que el ciudadano ya participa al elegir a sus representantes, quienes expresan cuál es la voluntad del pueblo al aprobar leyes, leyes que corresponde aplicar a la administración pública.³⁰⁰ Es decir, la misión de esta última consiste en aplicar la voluntad del pueblo (o sea, la ley),³⁰¹ y si esto es así, ¿qué necesidad hay de permitir la

²⁹⁹ Véase las secciones I y II del capítulo primero de este libro.

³⁰⁰ Muñoz Machado, Santiago, “Las concepciones del derecho administrativo y la idea de participación en la administración pública”, *Revista de Administración Pública*, núm. 84, 1977, p. 529.

³⁰¹ Esto es lo que Míguez Macho denomina “legitimidad democrática indirecta de la Administración Pública”. Véase Míguez Macho, Luis, “Nuevas tendencias en la tutela de

participación ciudadana en una administración pública que por definición tiene la misión de aplicar la voluntad del pueblo expresada en la ley?³⁰²

Otra idea relevante del relato liberal-clásico consiste en considerar que la administración pública es mera ejecutora y concretizadora del interés general definido por el legislador, interés general entendido como el interés del conjunto, como interés social, de todos, por encima de los intereses particulares, moralmente superior a los intereses de las diferentes partes.³⁰³ Cabe recordar, siguiendo a Rodríguez Arana, que el concepto de *interés general*, “cuestión crucial del Derecho administrativo”, “místico y complejo concepto”, siempre está en la base y en el entero quehacer del Estado y de la administración pública. Como señala este autor, los grandes conceptos y categorías del derecho administrativo (servicio público, dominio público, obra pública, empleo público, entre otras) encuentran en el concepto de interés general su razón de ser. Es el fundamento del régimen especial de derecho público, la piedra de toque, concepto central sobre el que se monta el derecho administrativo.³⁰⁴ En suma, el interés general está en la base, en la justificación última de la posición jurídica de la administración pública, manifestada en una serie de poderes y potestades (exorbitantes del derecho privado) atribuidos por el ordenamiento jurídico.³⁰⁵

los usuarios en los servicios públicos en Italia”, *Revista de Administración Pública*, núm. 142, 1997, p. 584.

³⁰² Esquema que se ve reforzado por el principio de legalidad administrativa, que implica la sujeción plena de la administración pública a la ley. Como explica Danós, este esquema es uno de los fundamentos ideológicos del Estado liberal clásico “...que basa tradicionalmente toda la legitimidad de la Administración en el estricto respeto de la legalidad, es decir en la sujeción al ordenamiento jurídico creado por poderes públicos dotados de legitimidad política-democrática proveniente directamente del pueblo, titular de la soberanía. Para el sistema constitucional clásico la participación ciudadana en el sistema democrático se limita a la elección periódica de los representantes políticos negando que los ciudadanos puedan intervenir directamente en la formación de decisiones que puedan afectar el interés general”. Danós Ordóñez, Jorge, “La participación ciudadana en el ejercicio de las funciones administrativas en el Perú”, *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 1, 2006, p. 122.

³⁰³ Rodríguez Arana, Jaime, “El interés general en el derecho administrativo. Notas introductorias”, *Aida. Ópera Prima de Derecho Administrativo*, Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, núm. 11, enero-junio, 2021, pp. 75-84.

³⁰⁴ *Idem*.

³⁰⁵ Sobre el carácter “exorbitante del derecho privado” del derecho administrativo, Georges Vedel afirma que “...la Administración [Pública] ostenta prerrogativas exorbitantes del derecho común; por ejemplo, el derecho de expropiar, de requisar, de dictar reglamentos de policía, de hacer uso, en determinadas condiciones, de la fuerza para la ejecución de sus propias decisiones”. Véase Vedel, Georges, *Derecho administrativo*, trad. de Juan Rincón Jurado, Madrid, Aguilar, 1980, p. 15.

Ahora bien, reiteramos, el relato liberal-clásico considera que la administración pública es mera ejecutora y concretizadora del interés general definido por el legislador. Sin embargo, en la realidad, ¿cómo se define el interés general?; ¿quién lo define?; ¿es verdad que, en todo caso, la administración pública es mera ejecutora y concretizadora del interés general definido por el legislador?

En un intento por contestar estas preguntas, debemos decir, en primer lugar, como observa Sánchez Morón, que el contenido de la actividad pública resulta de la combinación, distinta en cada caso, sujeta a las variaciones políticas, a los cambios en la relación de fuerzas, de los distintos intereses que emergen en un determinado momento y lugar, proceso en el que las instituciones públicas realizan un papel de mediación de esos intereses.³⁰⁶ Cuando el legislador define cuál es el interés general en una materia determinada al aprobar una ley, hay detrás de la aprobación todo un juego de fuerzas, presiones e influencias por parte de grupos de interés, organizaciones de la sociedad civil, expertos, medios de comunicación e instituciones académicas.³⁰⁷ En la compleja interacción entre todos estos actores con el legislador es como se define el interés general. De ahí la importancia de que los procedimientos para la toma de decisiones estén diseñados de tal forma que se pueda prevenir el peligro de estructuras asimétricas de poder y una desigual distribución del potencial de influir en la toma de decisiones. Recordemos lo que en relación con este punto observa Habermas: en buena medida, el *output* de las decisiones públicas se define por las reglas y los procedimientos que determinan qué temas se deliberan, quiénes participan en la deliberación y cómo, cuándo y dónde lo hacen. Por ello es que, para que la definición de cuál es el “interés general” no quede en manos de unos cuantos grupos que tienen ventaja en cuanto al acceso, el Estado democrático debe diseñar procedimientos para que los grupos tradicionalmente excluidos tengan oportunidad de participar en los procesos de decisión pública.³⁰⁸

Por otra parte, en la realidad no se da una subordinación total de la administración pública a la voluntad del legislador, sino que la primera tiene un alto grado de autonomía, además de que existe una debilidad de controles, así como un alto grado de influencias informales de los grupos

³⁰⁶ Sánchez Morón, Miguel, *La participación del ciudadano en la administración pública*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, pp. 32-36.

³⁰⁷ De eso trata precisamente el cabildeo que examinamos en el capítulo tercero de este libro.

³⁰⁸ La cita correspondiente de este argumento de Habermas se encuentra en la sección III,1 de la Introducción de este libro.

de presión privados interesados y las grandes organizaciones sobre la administración pública.³⁰⁹ Estos grupos poderosos —nos dice Sánchez Morón— tienen acceso privilegiado a esta última en los procedimientos de formación de actos y disposiciones administrativos, “...influencia en no pocas ocasiones oculta, secreta y a veces inconfesable o contraria a la legalidad o a la ética pública”.³¹⁰ Además, en muchos casos la administración pública tiene margen para precisar cuál es el interés general, particularmente cuando se trata de actos o decisiones en los que se da la llamada discrecionalidad administrativa.

II. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y LA DEFINICIÓN DEL INTERÉS GENERAL

En efecto, en derecho administrativo, la doctrina distingue dos tipos de actos administrativos, que también han sido referidos como potestades: actos reglados (o potestades regladas) y actos discrecionales (o potestades discrecionales). Aquí no vamos a entrar en el debate de si son actos o potestades.³¹¹ Lo que nos interesa, en cambio, es tener una idea general acerca de qué significan estos conceptos, para a partir de ello tratar de entender cómo se define en casos concretos cuál es el interés general al adoptarse decisiones administrativas. En vista de esta consideración, comencemos por tener una idea de qué son los actos reglados.

³⁰⁹ *Idem.*

³¹⁰ Sánchez Morón, Miguel, “Reflexiones sobre la participación del ciudadano en las funciones administrativas en el sistema constitucional español”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 37, 2008, p. 229.

³¹¹ El profesor Agustín Gordillo nos dice lo siguiente al respecto: “Por lo demás, desde el punto de vista lingüístico, no cabría hablar tampoco de «actos reglados» o «actos discrecionales», sino en todo caso, respectivamente, de «actos dictados en el ejercicio de facultades regladas» o «discrecionales», en el sentido de que la parte del acto que consideramos o que nos interesa en el momento, ha sido concedida —*esa parte*— en función de normas que la determinan necesariamente, o por el contrario, en virtud del libre arbitrio del funcionario. En suma: Sólo con respecto a aspectos concretos de la actividad de un órgano, y específicamente a aspectos concretos de sus actos, puede hablarse en rigor de verdad de «regulación» o «discrecionalidad», según se presente el caso: Y la distinción nos servirá para saber si el funcionario está *obligado* a hacer algo en particular, sin poder emplear su propio criterio acerca de qué es más conveniente, o mejor, y por ende sin poder apartarse de lo que las normas le indican, o si en cambio puede utilizar su juicio y elegir entre más de un camino o medio de acción”. Gordillo, Agustín Alberto, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Teoría general del derecho administrativo*, vol. 8, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013, p. 181.

En una definición del connotado administrativista mexicano Gabino Fraga, se nos dice que el acto obligatorio, reglado o vinculado “...es el acto que constituye la mera ejecución de la ley, el cumplimiento de una obligación que la ley impone a la administración cuando se han realizado determinadas condiciones de hecho”.³¹² Por su parte, y de manera más precisa, el profesor Carlos Sánchez Torres explica que

El ejercicio de las potestades regladas reduce a la administración a la constatación del supuesto hecho legalmente definido de manera completa a aplicar en presencia del mismo lo que la ley ha determinado. La ley no deja resquicio a juicio subjetivo ninguno, salvo la constatación del supuesto mismo para constatarlo con el tipo legal. La administración, ha de limitarse a lo que la propia ley ha previsto sobre ese contenido preciso y completo.³¹³

Es decir, en los actos reglados, el servidor público se limita a constatar la existencia de los supuestos de hecho que prevé la norma correspondiente, en cuyo caso debe aplicar el mandato ordenado por ella. En otras palabras, si ocurren ciertos hechos previstos por la norma, el órgano administrativo debe realizar la conducta que la propia norma le ordena.

Ejemplos de actos o potestades regladas son los siguientes: si una persona cumple con los requisitos que establece el Reglamento de Tránsito para obtener una licencia para conducir vehículos automotores de uso particular, el servidor público competente para ello debe expedir y entregar la licencia correspondiente. Asimismo, si una persona cumple con los requisitos que establece el Reglamento de Pasaportes y del Documento de Identidad y Viaje para obtener un pasaporte, la oficina correspondiente de la Secretaría de Relaciones Exteriores debe expedir y entregar a dicha persona el referido documento. Como se puede apreciar, la estructura lógica de este tipo de actos es la siguiente: si se da un supuesto de hecho previsto en la norma, debe aplicarse la consecuencia jurídica prevista en la misma norma.

Ahora enfoquemos nuestra atención en los actos discrecionales. Para empezar, ¿qué significa la discrecionalidad? Según García de Enterría y Fernández Rodríguez, la discrecionalidad “es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos”.³¹⁴ Por su parte, Brewer Carías sostiene que la discrecionalidad

³¹² Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 28a. ed., México, Porrúa, 1989, p. 232.

³¹³ Sánchez Torres, Carlos, *Acto administrativo. Teoría general*, 3a. ed., Bogotá, Legis, 2004, p. 33.

³¹⁴ García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás R., *Curso de derecho administrativo*, vol. 1, 11a. ed., Madrid, Civitas, 2002, p. 483.

administrativa sólo existe “...cuando la ley deja a la Administración la elección entre varias decisiones, de manera que en la voluntad del Legislador, cualquiera de ellas es jurídicamente admisible y tiene el mismo valor”.³¹⁵

Asimismo, es útil acudir a la conceptualización de Agustín Gordillo, quien contrasta así las facultades regladas y las facultades discrecionales:

Las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando *una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el administrador debe seguir*, o sea, cuando el orden jurídico *establece de antemano qué es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto*. Las facultades del órgano serán en cambio discrecionales cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera.³¹⁶

En sentido parecido, Campolieti explica que

Las facultades son discrecionales cuando el ordenamiento jurídico otorga al órgano administrativo un margen de libertad para elegir entre distintas posibilidades frente al acaecimiento de un supuesto de hecho concreto. De este modo, se autoriza al órgano administrativo a realizar una estimación subjetiva en el caso concreto, no imponiéndose anticipadamente la conducta que debe seguirse.

Si la facultad es discrecional, el órgano administrativo tiene la posibilidad de optar entre varias alternativas igualmente válidas y justas.³¹⁷

Con un enfoque diferente y bastante interesante, Mariano Magide encuentra en la discrecionalidad administrativa una “remisión parcial, de acuerdo con los límites constitucionalmente establecidos al respecto, que el Poder Legislativo hace a la administración pública para que ésta contribuya

³¹⁵ Brewer Carías, Allan R., “Notas sobre la discrecionalidad administrativa, y sobre su delimitación y sus límites”, documento para el Taller Estratégico sobre “Procedimientos administrativos y justicia administrativa en América Latina”, Programa Estado de Derecho para América Latina, Konrad Adenauer Stiftung, Ciudad de México, 28 y 29 de mayo de 2007, p. 11, disponible en: <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/09/1012.-953.-Sobre-la-discrecionalidad-administrativa.-México.pdf>.

³¹⁶ Gordillo, Agustín Alberto, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Teoría general del derecho administrativo*, vol. 8, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013, p. 179.

³¹⁷ Campolieti, Federico, “El control judicial de la discrecionalidad administrativa”, en Alonso Regueira, Enrique M. (dir.), *El control de la actividad estatal I*, Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016, p. 109.

al paulatino proceso de determinación del interés general a partir de la ponderación de los intereses particulares y colectivos en presencia”.³¹⁸

Baca Oneto vislumbra varias ventajas en esta última definición, dado que permite enfocar la actuación discrecional desde el punto de vista de la relación entre el Parlamento y la administración, así como deducir los límites de su control jurisdiccional; deja claro que la discrecionalidad surge de una remisión normativa, y no de una indefinición legal; finalmente —observa Baca Oneto—, en esta definición de Magide, la discrecionalidad queda configurada como la atribución a la administración de la facultad de ponderar entre diversos intereses en conflicto, determinando, basándose en consideraciones no jurídicas, cuál es el más conveniente para la consecución del interés general.³¹⁹

Podemos dar un par de ejemplos de este tipo de remisión normativa que se da en la discrecionalidad administrativa. En este sentido, el artículo 182. II del Reglamento de la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal³²⁰ dispone que la Secretaría de Desarrollo Urbano y Vivienda de la Ciudad de México podrá solicitar al Instituto de Verificación Administrativa del Distrito Federal, que realice la suspensión o clausura de los yacimientos pétreos en explotación, cuando la ejecución de una explotación de yacimiento se realice sin las debidas precauciones y/o ponga en peligro la vida o integridad física de las personas o pueda causar daños a bienes del gobierno de la Ciudad de México o a terceros. En este ejemplo, el margen de discrecionalidad de la autoridad se encuentra en la posibilidad de ponderar o valorar si la explotación de un yacimiento se realiza con las debidas precauciones o sin ellas; si pone o no en peligro la vida o integridad física de las personas; si puede o no causar daños a los bienes del gobierno de la Ciudad de México o a terceros.

O bien, podemos citar la manera en que el artículo 170.I de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente establece que cuando exista riesgo inminente de desequilibrio ecológico, o de daño o deterioro grave a los recursos naturales, casos de contaminación con repercusiones peligrosas para los ecosistemas, sus componentes o para la salud pública, la

³¹⁸ Magide, Mariano, *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, Madrid, INAP, 2001, p. 253.

³¹⁹ Baca Oneto, Víctor Sebastián, “La discrecionalidad administrativa y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, *Círculo de Derecho Administrativo*, núm. 11, 2021, p. 186.

³²⁰ Esta ley sigue empleando el término “Distrito Federal”, a pesar de la reforma constitucional de 2016, que transformó la naturaleza jurídica y la denominación de esta entidad federativa, para constituir lo que ahora oficialmente es la “Ciudad de México”.

Secretaría, fundada y motivadamente, podrá ordenar la clausura temporal, parcial o total de las fuentes contaminantes, así como de las instalaciones en que se manejen o almacenen especímenes, productos o subproductos de especies de flora o de fauna silvestres, recursos forestales, o se desarrollen las actividades que den lugar a los supuestos arriba referidos. En esta disposición, el margen de discrecionalidad se encuentra en la posibilidad de valorar si existe o no riesgo inminente de desequilibrio ecológico, o de daño o deterioro grave a los recursos naturales, casos de contaminación con repercusiones peligrosas para los ecosistemas, sus componentes o para la salud pública. Como se puede apreciar, la estructura lógica de este tipo de actos administrativos es la siguiente: si se da un supuesto de hecho previsto en la norma, la autoridad puede elegir entre varias consecuencias jurídicas a aplicar, con base en una valoración de las circunstancias del caso concreto.

No vamos a abundar más en los debates sobre la distinción entre los actos/potestades reglados y actos/potestades discrecionales. No es ese el objetivo del presente capítulo; pero no podemos dejar de mencionar, al menos de paso, que la discusión se refiere a los siguientes temas: *a)* si en verdad la distinción entre ambos conceptos es tajante o no;³²¹ *b)* si las primeras permiten la revisión por el contencioso-administrativo mientras que las segundas no y, en su caso, cuáles son los criterios para que la jurisdicción contencioso-administrativa controle el ejercicio de potestades discrecionales de la administración;³²² y *c)* si en realidad las alternativas que la administración tiene al ejercer potestades discrecionales son “indiferentes jurídicos”, o si jurídicamente se puede dar preferencia a alguna de las alternativas posibles en función del principio de buena administración, según el cual la actividad pública debe ser resultado de buenas y fundamentadas decisiones.³²³

³²¹ En cuanto a esta discusión, Gordillo refiere lo siguiente: “En realidad, nunca las atribuciones de un órgano administrativo podrán ser totalmente regladas o totalmente discrecionales; es imposible en la práctica —e inconveniente— prever hasta el último detalle de lo que el órgano debe hacer: Siempre quedará algún pequeño margen que deberá dejarse necesariamente al arbitrio del funcionario actuante. Lo mismo ocurre a la inversa: Jamás existirá una norma tal que autorice a un funcionario a hacer absolutamente cualquier cosa, sin limitación alguna; siempre existirá alguna otra norma que le fije de antemano ciertos principios a que deberá ajustar su acción”. Gordillo, *op. cit.*, p. 180.

³²² Brewer, *op. cit.*, pp. 11 y ss. En este trabajo el autor describe la tendencia hacia la reducción del círculo de la discrecionalidad, a la par que se ha venido ampliando el ámbito del control jurisdiccional sobre los actos administrativos discrecionales.

³²³ Este último punto es particularmente relevante, puesto que, como sostiene Milkes: “...es conveniente afirmar que existe una discusión alrededor de la igualdad entre las posibles alternativas de solución para la toma de decisión en el ejercicio de una potestad discrecional. Se trata de las posibilidades y alternativas que tiene en su conocimiento la autoridad administrativa, las cuales no deben resultar indiferentes para ella. Afirmar lo contrario

Lo que nos interesa resaltar aquí es el hecho de que — al contrario de lo que supone el relato liberal-clásico— en las decisiones administrativas discrecionales, la autoridad administrativa valora, aprecia circunstancias de oportunidad y conveniencia, y pondera diversos intereses privados y públicos, para finalmente optar por la alternativa que mejor corresponde al interés general. Sin embargo, en la ponderación de los diversos intereses privados y públicos que forma parte del proceso de la toma de decisiones administrativas discrecionales, algunos intereses pueden (y suelen) tener un acceso privilegiado, mientras que otros intereses pueden (y también suelen) ser poco considerados, cuando no completamente excluidos.³²⁴ Y esto es particularmente preocupante, puesto que si aceptamos el principio de supremacía del interés general sobre el interés particular, pero en la realidad dicho interés general es definido en procesos en los que el piso no es parejo, sino que ciertos intereses tienen participación y acceso privilegiados, entonces —como lo ha sostenido Rodríguez Arana— dicha supremacía se puede convertir en una herramienta para la dominación política y social por parte de poderosos intereses particulares.³²⁵

Y más preocupante aún si consideramos que en muchos casos la administración pública cuenta con amplios márgenes de discrecionalidad en la toma de decisiones, con una clara tendencia a la secrecía, en la lógica de la organización burocrática, cerrada y alejada de la ciudadanía, que dista de tener procedimientos abiertos a la publicidad y a la deliberación. Esta situación, no obsta decirlo, contribuye a generar desconfianza en la ciudadanía, al percibir que se gobierna para unos pocos intereses privados muy poderosos, con lo cual se contribuye también a la crisis de legitimidad de las democracias representativas a la que hemos aludido en la Introducción de este libro.

Además de lo anterior, la “cadena ininterrumpida de legitimación” o “correa de transmisión” supuesta por el relato liberal-clásico, que pasa por

conduciría correlativamente a aceptar que cualquier exposición de razones serían válidas como motivación de un acto administrativo y no la más adecuada, ni la más idónea. En otras palabras, el cumplimiento de lineamientos y conductas para la materialización de una buena administración es el resultado de tomar buenas y fundamentadas decisiones, no un indiferente jurídico como tradicionalmente se ha concebido”. Milkes, Irit, “Buena administración y la motivación de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades discrecionales”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 21, 2019, pp. 165 y 166.

³²⁴ Este escenario es análogo al que ya describimos cuando en el capítulo tercero del presente libro nos referimos a los riesgos que se pueden dar en las actividades de cabildo.

³²⁵ Rodríguez Arana, Jaime, “El interés general y el derecho administrativo”, *Revista Federal de Derecho*, núm. 4, mayo, 2019, disponible en: https://ar.lejister.com/articulos.php?Hash=ffa529798b936778a26a0d4599683ba9&hash_t=b8d9dd771f8feefda1fdb32d21aa14d.

el pueblo, sus representantes, el gobierno, y llega a los órganos administrativos, es una visión que ya no se sostiene en la realidad. Como parte de esta realidad, contraria al “modelo ideal”, se ha dado en la mayoría de los Estados constitucionales modernos una expansión de la facultad reglamentaria del Ejecutivo para ordenar la vida social, y también una intervención del Ejecutivo en el proceso de formación de la ley.³²⁶ Es por esto que Pérez Moreno llega a afirmar que es la crisis de la ley una de las hondas causas esenciales de la formulación del principio de participación ciudadana en la administración pública: es la crisis de esa construcción según la cual la administración sólo está vinculada a las determinaciones de la voluntad popular expresada en la ley.³²⁷

III. LA OPCIÓN DE ABRIR CAUCES DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Frente a los fenómenos explicados en el apartado anterior, en algunos sistemas constitucionales se ha pensado en una alternativa de solución, consistente en abrir cauces de participación de la ciudadanía en algunas decisiones adoptadas por la administración pública, a través de diversas modalidades. O, como diría Fishkin, por medio de la apertura de distintos “puntos de acceso”,³²⁸ lo cual implicaría que la administración pública debería escuchar y tener en cuenta los criterios que ciudadanos y grupos sociales plantearan ante la adopción de decisiones y elaboración de normas de carácter administrativo.³²⁹

Como han señalado García de Enterría y Ramón Fernández:

³²⁶ En este sentido, observa Danós que “los poderes decisorios de la Administración han experimentado un proceso de notorio fortalecimiento (traslación del poder efectivo de las instancias representativas a los centros burocráticos), mientras las posibilidades del control político efectivo a cargo de los poderes dotados de representación popular sobre el aparato administrativo se debilitan ante la complejidad de la organización administrativa, la heterogeneidad de las tareas encomendadas y la diversidad de condiciones de ejercicio de las mismas”. Para este autor, lo anterior viene a agravar la crisis de legitimidad democrática de la administración pública. Véase Danós, *op. cit.*, p. 122.

³²⁷ Pérez Moreno, Alfonso, “Crisis de la participación administrativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 119, mayo-agosto, 1989, p. 118.

³²⁸ Fishkin, James, “Deliberation by the People Themselves: Entry Points for the Public Voice”, *Election Law Journal: Rules, Politics, and Policy*, vol. 12, núm. 4, diciembre, 2013, pp. 490-507.

³²⁹ Castellá Andreu, Josep M., “La participación ciudadana en la administración pública, (estudio del artículo 105 a) de la Constitución)”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 34 (I), 1992, p. 42.

...los fenómenos de participación ciudadana en el funcionamiento de la Administración tienen su justificación específica, no como aportación a la búsqueda de decisiones “justas” frente a decisiones “injustas”, en el plano de los valores jurídicos finales, que es el propio de la Ley, sino dentro de ámbitos de discrecionalidad, donde lo que interesa es precisar lo “oportuno” frente a lo “inoportuno”... la oportunidad de la decisión se mide normalmente no por una simple perfección técnica en su preparación y concepción, sino por su adecuación a las demandas sociales y por su aceptación por el cuerpo social, previamente investigada, además de promovida e implicada, a través de las técnicas participativas.³³⁰

La introducción de este tipo de técnicas en la administración pública toca aspectos procedimentales de la legitimidad democrática, a través de la participación de los ciudadanos y los grupos sociales en la ordenación de los asuntos que les afecten.³³¹

Se trata de complementar el sistema de democracia representativa con instituciones que permitan a los ciudadanos, intervenir en la definición del interés general,³³² lo cual necesita ser justificado construyendo un relato distinto al liberal-clásico al que nos referimos líneas arriba.³³³

Autores como Castellá nos dan la pista para generar ese nuevo relato del derecho administrativo. Para este autor, la construcción de dicho relato requeriría:

...ir más allá de los sistemas defensivos del ciudadano interesado, de contenido garantista e individual, propio del Estado liberal de Derecho, para dotar a la intervención del ciudadano y de las organizaciones en que se agrupa, en el procedimiento de la elaboración de las disposiciones administrativas, de un contenido positivo, abriendo cauces de relación entre la sociedad y los pode-

³³⁰ García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás, *Curso de derecho administrativo*, t. I, 5a. ed., Madrid, Civitas, 1990, p. 79.

³³¹ Montero Cartes, Cristián, “Participación ciudadana, procedimiento administrativo y el deber de buena administración en la Unión Europea”, *Revista Española de Relaciones Internacionales*, núm. 9, 2017, p. 103.

³³² Muñoz Machado, *op. cit.*, “Las concepciones...”, p. 531.

³³³ El artículo 3o. de la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, aprobada por la XI Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado (Lisboa, Portugal, 25 y 26 de junio de 2009) se refiere al carácter complementario de este tipo de instrumentos participativos, en su vinculación con la democracia representativa, de la siguiente manera: “3. La participación ciudadana en la gestión pública es consustancial a la democracia. Los principios democráticos de la representación política deben complementarse con mecanismos de participación de la ciudadanía en la gestión pública, que permitan expandir y profundizar la democracia y su gobernabilidad”.

res públicos. Así, cuanto mayor discrecionalidad en la actuación de la Administración, mayor necesidad de participación hay. Participación que favorece la transparencia administrativa y el control social de sus actuaciones, con lo que evita la burocratización de las decisiones; o facilita la posibilidad de generar en torno a la norma un consenso social que evite, o al menos disminuya, los conflictos sociales y la judicialización posterior de las divergencias.³³⁴

Es decir, se trataría así de introducir una “técnica correctora del distanciamiento de la organización administrativa respecto del ciudadano y de la realidad... mecanismo idóneo para corregir las inevitables disfunciones” del modelo de Estado social de derecho,³³⁵ en el entendido de que no es posible canalizar la participación administrativa por conductos rígidos y uniformes, sino que es aconsejable pensar en una modulación de intensidades y una variedad de técnicas, por lo que propone Pérez Moreno referirse a una “escala de participación administrativa”, es decir, a diversos niveles de participación.³³⁶

En el mismo sentido se pronuncia Miguez Macho, para quien

La participación busca rellenar el vacío de legitimidad que se siente en la actividad administrativa por medio de la introducción de una fuente legitimadora democrática en el interior del propio aparato de la Administración pública, que garantice que en la adopción de las decisiones tomen parte todos los sujetos interesados o, al menos, sea valorado el conjunto de los intereses implicados.³³⁷

Como ya tantas veces se ha mencionado, este tipo de propuestas no van dirigidas a sustituir a la democracia representativa por la democracia participativa. El propósito es complementar y enriquecer la primera con la segunda. Bajo el nuevo relato, los ciudadanos no sustituyen a los representantes ni a la administración pública en la determinación de los asuntos, sino que el objetivo es que sus opiniones sean oídas, consideradas y, en su caso, poder influir en su resolución.³³⁸

Además de lo anterior, vale la pena recordar que la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Admi-

³³⁴ Castellá, *op. cit.*, p. 42.

³³⁵ Parejo Alfonso, Luciano, *El concepto de derecho administrativo*, Caracas, 1984, citado por Pérez Moreno, Alfonso, “Crisis de la participación administrativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 119, mayo-agosto 1989, p. 117.

³³⁶ Pérez Moreno, Alfonso, “Crisis de la participación administrativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 119, mayo-agosto 1989, pp. 125 y 126.

³³⁷ Miguez Macho, *op. cit.*, p. 585.

³³⁸ Montero Cartes, Cristián, *op. cit.*, pp. 99 y 100.

nistración Pública³³⁹ establece en su artículo 13 el principio de participación en los siguientes términos:

13. Principio de participación, en cuya virtud los ciudadanos, en el marco de lo dispuesto en la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, podrán, según la legislación interna de cada país, estar presentes e influir en todas las cuestiones de interés general a través de los mecanismos previstos en los diferentes ordenamientos jurídicos de aplicación. Igualmente, se propiciará que los ciudadanos participen en el control de la actividad administrativa de acuerdo con la Legislación administrativa correspondiente.

De igual manera, la Administración Pública facilitará que los ciudadanos interesados participen, individual o colectivamente, también a través de sus legítimos representantes, en el procedimiento de elaboración de las normas administrativas que puedan afectarles.

Por su parte, la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, aprobada por la XI Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado (Lisboa, Portugal, 25 y 26 de junio de 2009), establece en su preámbulo, que:

Las sociedades contemporáneas de Iberoamérica demandan, cada vez con mayor fuerza, la ampliación y profundización de la democracia como sistema político y, en particular, la democratización de la gestión pública. De suyo, la mejora de la gestión pública es consustancial al perfeccionamiento de la democracia. Es así como surge como paradigma social la búsqueda de una democracia plena, que se soporte, entre otros, en los derechos de información, participación, asociación y expresión sobre lo público, esto es, en el derecho genérico de las personas a participar colectiva e individualmente en la gestión pública, lo que se puede denominar como el “derecho de participación ciudadana en la gestión pública”.

En tanto que en su artículo 2o., dicha Carta define a la participación ciudadana en la gestión pública así:

³³⁹ Esta Carta fue aprobada por el Consejo Directivo del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) en reunión presencial-virtual celebrada desde Caracas el 10 de octubre de 2013. El CLAD es un organismo público internacional, de carácter intergubernamental, constituido en 1972 bajo la iniciativa de los gobiernos de México, Perú y Venezuela. Su sede se encuentra en Caracas, Venezuela y su creación fue respaldada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 2845 – XXVI) con la idea de establecer una entidad regional que tuviera como eje de su actividad la modernización de las administraciones públicas, un factor estratégico en el proceso de desarrollo económico y social”.

2. A los efectos de la presente Carta Iberoamericana, se entiende por participación ciudadana en la gestión pública el proceso de construcción social de las políticas públicas que, conforme al interés general de la sociedad democrática, canaliza, da respuesta o amplía los derechos económicos, sociales, culturales, políticos y civiles de las personas, y los derechos de las organizaciones o grupos en que se integran, así como los de las comunidades y pueblos indígenas.

Ahora bien, debemos aclarar que el tipo de participación que vamos a examinar en las secciones que siguen es el que ha sido denominado por la doctrina como participación procedimental “no contenciosa” o “no defensiva”,³⁴⁰ bajo la cual la administración pública toma la decisión después de oír a cualquier sujeto variamente interesado en el curso de la elaboración de la misma. Cabe aclarar también que este tipo de participación es distinta a las garantías procedimentales “contenciosas” o “defensivas”, en que el administrado actúa como portador de su simple y propio interés individual y directo.³⁴¹ Es decir, el tipo de participación que analizaremos es diferente a la que se da a los “interesados” dentro del procedimiento administrativo, y que tiene por objeto que éstos protejan sus derechos subjetivos e intereses legítimos,³⁴² pero no para intervenir en la formación de decisiones administrativas que afectan el interés general.³⁴³ En el primer supuesto, se trata de la audiencia en los procedimientos administrativos en la cual los

³⁴⁰ Lisa, Federico José, “Procedimiento administrativo y participación ciudadana”, en XXXXVII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, año XXXIV-408, Buenos Aires, 2012, pp. 111-127.

³⁴¹ Sánchez Morón identifica otras formas de participación en las funciones administrativas, como la participación consultiva, en la cual la administración pública toma libremente la decisión después de consultar con determinadas organizaciones sociales portadoras de intereses colectivos. O bien la participación orgánica, bajo la cual la intervención del particular o del grupo social portador del interés colectivo se encauza a través de un órgano administrativo de decisión, o bien de control de las decisiones burocráticas o de una actividad administrativa específica. Sánchez Morón, *op. cit.*, *La participación...*, pp. 106-108. García de Enterría y Ramón Fernández añaden a esta tipología fórmulas cooperativas de participación, bajo las cuales el administrado ni se integra en la organización pública, sino que actúa como sujeto privado, ni ejerce funciones materialmente públicas, sino que realiza una actividad estrictamente privada, pero en el sentido propugnado o estimulado por la Administración como más conveniente a los intereses generales que ella representa y gestiona. Tal sería el caso, en España, de la colaboración del sector privado en la consecución de los fines del Plan de Desarrollo Económico que tiene carácter “indicativo” para dicho sector. García de Enterría y Ramón Fernández, *op. cit.*, p. 86.

³⁴² A los que se refieren, por ejemplo, los artículos 19 y 20 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

³⁴³ Muñoz Machado, *op. cit.*, “Las concepciones...”, p. 530.

“interesados” tienen derecho a ser oídos, a exponer las razones de sus pretensiones y defensas, pero que no tiene que ver con la posibilidad de influencia en decisiones de interés colectivo o general. Este supuesto implica también poder interponer recursos, hacerse patrocinar y representar profesionalmente³⁴⁴ antes de que la administración pública emita actos que afecten los derechos subjetivos o intereses legítimos del “interesado”.

El segundo supuesto, que es el que aquí nos interesa explorar, es el que se refiere a aquellos casos en que una persona, física o moral, interviene en un procedimiento o, de alguna otra manera, expresa una opinión con la intención de influir en una decisión pública actuando en su calidad de ciudadano o en defensa de los intereses colectivos de un grupo o categoría de personas.³⁴⁵

Para ilustrar el punto y aclarar la diferencia, el primer supuesto es al que se refiere el artículo 2o. de la Ley de Procedimiento Administrativo de la Ciudad de México, que en su fracción XII³⁴⁶ define al “interesado” como “Particular que tiene un interés legítimo respecto de un acto o procedimiento administrativo, por ostentar un derecho legalmente tutelado”. En este supuesto, el procedimiento administrativo se da en su vertiente garantista, permitiendo al “interesado” contradecir a la autoridad, plantear recursos, reclamaciones y denuncias en defensa de sus derechos e intereses legítimos.

En contraste, lo que nos interesa en este capítulo es explorar la posibilidad de que un particular o grupo portador de intereses difusos o colectivos tenga la facultad para intervenir en el procedimiento de formación del acto administrativo o de la disposición administrativa, aportando información, datos fácticos, datos científicos y técnicos, opiniones, demandas y problemáticas, o bien sobre la oportunidad y conveniencia de aquéllas, en salvaguarda de esos intereses. Se trata de procedimientos en que la autoridad tenga el deber de escuchar y la obligación de explicar en la motivación de la decisión administrativa las razones de por qué, después de escuchar a ciudadanos y grupos sociales participantes, optó por una alternativa, y no por otra u

³⁴⁴ Así lo define la Ley de Procedimiento Administrativo argentina (Ley 19.549, del 27 de abril de 1972, bajo el rubro “Derecho a ser oído”).

³⁴⁵ Sánchez Morón, Miguel, “Reflexiones sobre la participación del ciudadano en funciones administrativas en el sistema constitucional español”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 37, 2008, p. 233.

³⁴⁶ Si bien la Ley Federal de Procedimiento Administrativo no contempla una definición de interesado, sí incluye múltiples referencias a dicha figura, como persona legitimada para actuar en el marco de un procedimiento administrativo a efecto de defender derechos de los cuales alegue ser titular.

otras. Con esto se introduce una especie de control social apoyado por las normas del procedimiento respectivo.³⁴⁷

Cabe señalar también que en este capítulo estamos interesados en examinar formas de participación funcional (o procedimental), y no formas de participación orgánica. Las primeras, se refieren a mecanismos en que la o el ciudadano actúa funciones administrativas a título de colaborador desde afuera de la organización administrativa, sin perder su condición privada y sin incorporarse a un órgano administrativo; en tanto que las segundas implican la incorporación del particular a un órgano de la administración pública, ya sea formando parte de órganos de carácter decisorio o integrando órganos de control o consultivos.³⁴⁸

Asimismo, el tema que hemos enunciado está vinculado al control judicial (contencioso-administrativo) del acto administrativo, en tanto la omisión de realizar las técnicas participativas puede llevar a la nulidad del acto, en virtud del principio de legalidad administrativa. En otras palabras, se trata de que la participación administrativa sea un requisito formal esencial del acto administrativo, cuya ausencia, insuficiencia o tergiversación se constituya en una causa de nulidad del mismo, como garantía procedimental, controlable en última instancia por el juez.³⁴⁹

Una vez precisado lo anterior, en la siguiente sección examinaremos procedimientos de este tipo, como están regulados en España, Perú, Estados Unidos y Argentina.

IV. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA, PERÚ, ESTADOS UNIDOS Y ARGENTINA

En la presente sección nos aproximaremos a los procedimientos de participación ciudadana en la administración pública de cuatro países: España,

³⁴⁷ Fernández González explica cuáles son los objetivos de este tipo de participación, en los siguientes términos: “Así pues, los objetivos que explican la razón de ser de la participación en los diferentes procedimientos de elaboración de normas son la *transparencia* administrativa, el *control* por parte de las entidades representativas de la adecuación de lo que se regula con los bienes afectados y la *colaboración* con la Administración mediante la introducción de puntos de vista que completan la iniciativa del centro directivo donde se ha originado el anteproyecto, lo cual impulsa el consenso de los sectores sociales afectados con los órganos decisorios”. Fernández González, Paula, *La participación en la administración pública como expresión de intereses supraindividuales (colectivos y difusos). A propósito de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, tesis doctoral, Departamento de Derecho Público del Estado, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 181 y 182.

³⁴⁸ Danós, *op. cit.*, pp. 125 y 126.

³⁴⁹ Pérez Moreno, *op. cit.*, p. 130.

Perú, Estados Unidos y Argentina. Será una aproximación a los aspectos más generales, sin entrar en detalles. El objetivo es ilustrar que es posible imaginar y diseñar procedimientos que abran espacios a la participación de la ciudadanía en algunos de los mecanismos decisionales del Estado, en sede de la administración pública.

1. *Los trámites de consulta previa, audiencia pública e información pública en España*

A. *Las bases constitucionales y doctrinales*

En España, el punto de partida general de este tipo de procedimientos es el principio general de la participación ciudadana en los asuntos públicos que ha de guiar la actuación de los poderes públicos, contenido en el artículo 9.2 de la Constitución Española (CE),³⁵⁰ así como el derecho fundamental de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (artículo 23.1 de la CE).³⁵¹

Cabe mencionar también de inicio que, en relación con la participación ciudadana en el procedimiento administrativo, el Tribunal Constitucional español ha señalado que “la finalidad de la participación en el procedimiento consiste en hacer presente las demandas sociales ante la Administración como garantía de la corrección de la decisión y de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos” (STC 119/1995, de 17 de julio).

Por otra parte, el artículo 105.a) de la CE norma el procedimiento de audiencia estableciendo que la ley regulará “a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten”.

A su vez, este mandato al legislador ha sido desarrollado por diversas leyes de procedimiento administrativo que han estado vigentes en España, siendo la Ley 39/2015, del 1o. de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), la que

³⁵⁰ Artículo 9.2 de la CE: “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”.

³⁵¹ Artículo 23.1 de la CE: “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”.

se encuentra en vigor, y que se analizará en algunos de sus aspectos más adelante.

La doctrina ha sostenido que la participación ciudadana en la elaboración de disposiciones generales de carácter administrativo tiene diversos aspectos positivos, como los siguientes: *a)* contribuye a lograr el acierto de la norma y su adecuación a la realidad en la que debe aplicarse; *b)* permite recabar conocimiento en manos de los ciudadanos para elaborar las disposiciones de la manera más informada posible, y *c)* coadyuva al cumplimiento voluntario de la norma finalmente aprobada.³⁵²

Asimismo, otro tema que ha ocupado a la doctrina española tiene que ver con el tipo de actos sobre los cuales recaen los diversos procedimientos participativos previstos en la LPACAP. En este tema, Castellá reseña la polémica española de la siguiente manera: por un lado, el Tribunal Constitucional de dicho país ha interpretado que ese concepto se refiere a disposiciones normativas de naturaleza reglamentaria, mientras que parte de la doctrina, como por ejemplo Sánchez Morón, le da un contenido más amplio para abarcar no sólo disposiciones generales normativas, sino también aquellos actos administrativos de alcance general, como pueden ser actos de programación o decisiones individuales de relevancia social aprobadas por la administración.³⁵³ Como veremos a continuación, la LPACAP se refiere sólo a las primeras.

B. Breve reseña de los trámites de consulta previa, audiencia e información públicas previstos en la legislación española

La ley 39/2015, del 1o. de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, dedica su artículo 133 a regular la participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de ley y reglamentos.³⁵⁴ De manera muy esquemática

³⁵² Araguàs Galcerà, Irene, “La nulidad de los reglamentos por defectos en la realización de los trámites participativos”, en López Ramón, Fernando y Villar Rojas, Francisco (coords.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, La Laguna, 3 y 4 de febrero de 2017, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2017, p. 488.

³⁵³ Castellá, *op. cit.*, pp. 50 y 51, citando a Sánchez Morón, Miguel, *La participación del ciudadano en la administración pública*, 1980, pp. 181 y ss.

³⁵⁴ Es necesario aclarar que el artículo 133 de la LPACAP, que se refiere a los distintos procedimientos participativos, fue declarado contrario al orden constitucional de competencias en los términos del fundamento jurídico 7 b) y, salvo el inciso de su apartado primero

nos referiremos a continuación a diversos aspectos que tienen que ver con los trámites de consulta previa, audiencia e información públicas previstos en dicho artículo, en lo que tienen que ver con los siguientes temas: destinatarios, carácter preceptivo o facultativo, momento procedimental, objeto, forma y efectos de la omisión o incorrecta realización de los trámites participativos.

a. Destinatarios

En la consulta previa, son destinatarios los sujetos y organizaciones representativas “potencialmente afectados” por la futura norma (artículo 133.1, LPACAP). ¿Quiénes son esos sujetos u organizaciones “potencialmente afectados”? La norma no lo precisa, lo cual deja a la discreción de la administración pública la definición de tales sujetos. Por ello es que la doctrina ha sugerido que la definición de quiénes son estos últimos debiera responder a criterios objetivos que guarden relación, por ejemplo, con la materia sobre la que versa la norma o su ámbito de aplicación territorial.³⁵⁵

Respecto de la audiencia pública, el artículo 133.2 de la LPACAP señala que cuando la norma afecte a los derechos e intereses legítimos de las personas, los “ciudadanos afectados” tienen derecho de que se abra el trámite de audiencia. Asimismo, se establece en dicho artículo que “...podrá también recabarse directamente la opinión de las organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieren afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con su objeto”.

Por su parte, los destinatarios de la información pública son un universo más amplio: cualquier ciudadano que quiera aportar información en relación con un proyecto de disposición administrativa.

«Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública» y el primer párrafo de su apartado 4, en los términos del fundamento jurídico 7 c), por Sentencia del TC 55/2018, de 24 de mayo. Ref. BOEA-2018-8574. Esto significa que el precepto es válido a nivel de la administración pública del Estado español, no así de las comunidades autónomas, en las disposiciones del referido artículo 133 declaradas inconstitucionales.

³⁵⁵ Araguàs Galcerà, Irene, “La participación ciudadana en la elaboración de disposiciones generales: estado de la cuestión y perspectivas de futuro tras la aprobación de la ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 96, septiembre-diciembre, 2006, p. 102.

b. Carácter preceptivo o facultativo

Las tres figuras aquí examinadas, es decir, la consulta previa, la audiencia pública³⁵⁶ y la información pública, son de carácter preceptivo. Es obligatorio para la autoridad administrativa que impulsa la aprobación de una disposición general, realizar el trámite correspondiente. Sin embargo, el artículo 133.4 de la LPACAP dispone en su primer párrafo que podrá prescindirse de esos tres trámites en el caso de normas presupuestarias u organizativas de la administración general del estado, la administración autonómica, la administración local o de las organizaciones dependientes o vinculadas a éstas, o cuando concurran razones graves de interés público que lo justifiquen.

En relación con la consulta previa, el segundo párrafo del artículo 133.4 de la LPACAP establece que ésta podrá omitirse cuando la propuesta normativa no tenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios o regule aspectos parciales de una materia.³⁵⁷

c. Momento procedimental

En relación con los trámites de audiencia e información públicas, el momento procedimental para realizarlos es antes de la aprobación de la disposición administrativa correspondiente. Por su parte, el momento procedimental de la consulta previa es previo a la elaboración del proyecto normativo.

En este sentido, el artículo 133.1 de la LPACAP dispone que

Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública, a través del portal web de la Administración competente en la que se recabará la opinión de los sujetos y

³⁵⁶ Por la redacción de la norma (artículo 133.2 LPACAP) el trámite de audiencia pública es preceptivo para los “ciudadanos afectados”, quienes deben tener la posibilidad de participar de forma directa; pero es facultativa para las organizaciones o asociaciones mencionadas en el referido artículo.

³⁵⁷ Irene Araguàs critica el carácter excesivamente amplio de las excepciones a la participación en general y aquellas que afectan a la consulta previa en particular. De esta manera, sostiene la autora: “En este sentido, además de la indefinición de la Ley de lo que debe entenderse por «impacto significativo» u «obligaciones relevantes», cuesta imaginar siguiera alguna norma reglamentaria que lleve a cabo una regulación «no parcial» de alguna materia”. Araguàs, *op. cit.*, “La nulidad...”, p. 494.

de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma acerca de:

- a) Los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa.
- b) La necesidad y oportunidad de su aprobación.
- c) Los objetivos de la norma.
- d) Las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias.

d. Objeto

El objeto de los tres trámites consiste en que los potenciales destinatarios de la norma y quienes realicen aportaciones sobre ella tengan la posibilidad de emitir su opinión, para lo cual deberán ponerse a su disposición los documentos necesarios, que serán claros, concisos y reunir toda la información precisa para poder pronunciarse sobre la materia (artículo 133.3, LPACAP).

e. Forma

Los tres trámites se han de realizar a través del portal web del órgano de la administración pública competente para aprobar la decisión administrativa respectiva (artículo 133.2 de la LPACAP).

f. Efectos de la omisión o incorrecta realización de los trámites participativos

La omisión o incorrección en la realización de los trámites participativos previstos en el artículo 133 de la LPACAP acarrea la nulidad de la disposición general respectiva. Sin embargo, hay que señalar que la doctrina ha matizado este principio general, apuntando condiciones bajo las cuales la omisión o incorrecta realización de los trámites participativos no necesariamente se ha de traducir en la nulidad de las normas aprobadas.

Son varios los temas polémicos y las críticas que se han hecho respecto de los procedimientos previstos en el artículo 133 de la LPACAP. Por ejemplo, en relación con el tema de los sujetos que deben ser llamados al trámite de audiencia pública, se ha debatido acerca de quiénes son los posibles “ciudadanos afectados” a los que se refiere el artículo 105.a) de la CE y el artículo 133.2 de la LPACAP. Como afirma Fernández González, una de las vías para abordar esta cuestión, y que es la que ha seguido el TS español y buena parte de la doctrina,

...consiste en establecer un paralelismo entre el ámbito del procedimiento de elaboración de reglamentos con el procedimiento de impugnación y el procesal, en los que aparece la categoría jurídica de los intereses legítimos, que supera la del interés directo y que, actualmente, se extiende a los intereses supraindividuales colectivos y difusos que emanan de la sociedad o de la pluralidad de grupos sociales. Es lo que entre la doctrina se ha designado como otorgar relevancia jurídica a algunos intereses sociales, sean difusos o colectivos, superando los intereses directos e individualizados que han caracterizado la teoría iuspublicista forjada en el marco del Estado liberal.³⁵⁸

Otras especialistas, como Irene Araguàs, han observado que en estos procedimientos la participación ciudadana no debiera quedar reducida a una mera formalidad. Por ello, propone que debería consagrarse la publicidad sobre las alegaciones recibidas en relación con cada proyecto normativo y su impacto en el texto finalmente aprobado, “debiendo concretarse por parte de los poderes públicos cuáles son los motivos que han llevado a incorporar unas alegaciones y rechazar otras”.³⁵⁹ Por último, esta misma autora ha criticado el hecho de que el artículo 133 de la LPACAP no prevé la antelación mínima con la que debe suministrarse la información para participar, si bien sugiere aplicar en la hipótesis el plazo que, respecto a los reglamentos estatales, ha quedado fijado en quince días (artículo 26.2 Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del gobierno).³⁶⁰

A pesar de estas críticas y puntos polémicos, la legislación española revisada marca una ruta interesante, que vale la pena explorar, en relación con la participación ciudadana en la administración pública.

2. *Los procedimientos de audiencia pública e información pública en Perú*

A. *El procedimiento de audiencia pública en Perú*

La Ley 2744 del Procedimiento Administrativo General de Perú (LPAG) regula los trámites de audiencia pública y de información pública en sus artículos del 182 al 185.

³⁵⁸ Fernández González, Paula, “La participación en la administración pública como expresión de intereses supraindividuales (colectivos y difusos): A propósito de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno”, tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 189.

³⁵⁹ Araguàs, *op. cit.*, “La participación ciudadana...”, p. 117.

³⁶⁰ Araguàs, *op. cit.*, “La nulidad...”, p. 493.

En relación con los destinatarios, es decir, los sujetos que pueden participar en la audiencia pública, el artículo 182.2 de la LPAG establece que en ella

...cualquier tercero, sin necesidad de acreditar legitimación especial está habilitado para presentar información verificada, para requerir el análisis de nuevas pruebas, así como expresar su opinión sobre las cuestiones que constituyan el objeto del procedimiento o sobre la evidencia actuada. No procede formular interpelaciones a la autoridad en la audiencia.³⁶¹

Comparada esta disposición con la correspondiente a la regulación española de la audiencia pública (que como vimos se circunscribe a los “ciudadanos afectados”), podemos ver que la ley peruana amplía significativamente el universo de los destinatarios.

Respecto a los supuestos en los cuales procede convocar a una audiencia pública, el artículo 182.1 de la LGPA dispone que las

...normas administrativas prevén la convocatoria a una audiencia pública, como formalidad esencial para la participación efectiva de terceros, cuando el acto al que conduzca el procedimiento administrativo sea susceptible de afectar derechos o intereses cuya titularidad corresponda a personas indeterminadas, tales como en materia medio ambiental, ahorro público, valores culturales, históricos, derechos del consumidor, planeamiento urbano y zonificación; o cuando el pronunciamiento sobre autorizaciones, licencias o permisos que el acto habilite incida directamente sobre servicios públicos.

Como se puede apreciar, bajo la legislación peruana se trata de proteger derechos e intereses difusos, así como la calidad en la prestación de servicios públicos en los que participan particulares, a través de autorizaciones, licencias o permisos. Asimismo, es de notarse que la legislación peruana sobre audiencia pública no se limita a disposiciones administrativas de carácter general (como es el caso de la legislación española), sino que abarca a éstas, y a otro tipo de actos administrativos.

El procedimiento para el desarrollo de la audiencia se encuentra regulado por el artículo 183 de la LPAG en los siguientes términos: la convoca-

³⁶¹ Cabe aclarar que el artículo 184.1 de la LPAG establece que “La comparecencia a la audiencia no otorga, por sí misma, la condición de participante en el procedimiento”. En estricto sentido, debiera interpretarse que la ley quiere referirse a la condición de “interesado” que puede aparecer en el procedimiento administrativo en defensa de un derecho del que se es titular, como lo explicamos líneas arriba. En relación con este tema, el artículo 184.2 de la LPAG dispone que la no asistencia a la audiencia no impide a los legítimos en el procedimiento como interesados, a presentar alegatos, o recursos contra la resolución.

toria a audiencia pública debe publicarse en el *Diario Oficial* o en uno de los medios de comunicación de mayor difusión local, según la naturaleza del asunto, con una anticipación no menor de tres días a su realización, debiendo indicar: la autoridad convocante, su objeto, el día, el lugar y la hora de realización, los plazos para inscripción de participantes, el domicilio y el teléfono de la entidad convocante; dónde se puede realizar la inscripción, se puede acceder a mayor información del asunto, o presentar alegatos, impugnaciones y opiniones.

Por otro lado, se dispone que las informaciones y opiniones manifestadas durante la audiencia pública son registradas sin generar debate, y poseen carácter consultivo y no vinculante para la entidad (artículo 184.3 de la LGPA); además, se ordena que la autoridad instructora debe explicitar, en los fundamentos de su decisión, de qué manera ha tomado en cuenta las opiniones de la ciudadanía y, en su caso, las razones para su desestimación (artículo 184.4 de la LGPA).

De manera clara, se dispone en el artículo 182.3 de la LGPA que la omisión de realización de la audiencia pública acarrea la nulidad del acto administrativo final que se dicte. Es decir, la omisión constituye un vicio que tiene por consecuencia la nulidad del acto administrativo.

B. *El procedimiento de información pública en Perú*

El llamado “periodo de información pública” está regulado por el artículo 185 de la LGPA, según el cual cuando sea materia de decisión de la autoridad, cualquier aspecto de interés general distinto a los previstos en el artículo 184 de la misma ley (que se refiere a la audiencia pública, como ya vimos), donde se aprecie objetivamente³⁶² que la participación de terceros no determinados pueda coadyuvar a la comprobación de cualquier estado, información o de alguna exigencia legal no evidenciada en el expediente por la autoridad, el instructor abre un periodo no menor de tres ni mayor de cinco días hábiles para recibir —por los medios más amplios posibles— sus manifestaciones sobre el asunto, antes de resolver el procedimiento.

El artículo 185.2 de la LGPA establece los siguientes supuestos específicos bajo los cuales corresponde convocar el periodo de información pública:

...antes de aprobar normas administrativas que afecten derechos e intereses ciudadanos, o para resolver acerca del otorgamiento de licencias o autoriza-

³⁶² Esta apreciación queda a discreción del instructor de la entidad correspondiente.

ciones para ejercer actividades de interés general, y para designar funcionarios en cargos principales de las entidades, o incluso tratándose de cualquier cargo cuando se exija como condición expresa poseer conducta intachable o cualquier circunstancia análoga.

Por su parte, el artículo 185.3 de la LGPA establece que la convocatoria, desarrollo y consecuencias del periodo de información pública se sigue en lo no previsto en el capítulo que regula a esta figura, en lo aplicable, por las normas de audiencia pública.

Como afirma Valencia Martín, lo anterior significa que el periodo de información pública es subsidiario de la audiencia pública, por lo que en principio no cabe la acumulación de ambos trámites en un mismo procedimiento, “pues la Ley da por sentado que en los procedimientos donde sea exigible la audiencia pública, ésta suple con creces el papel asignado a la información pública”.³⁶³

Además, se puede ver en las disposiciones citadas, que el contenido y alcance de la información pública son más limitados que el de las audiencias públicas, ya que no incluye la expresión de opiniones respecto de las decisiones a tomar, sino, como dispone el artículo 185.1 de la LPAG, solamente la comprobación de algún estado, información o exigencia legal no evidenciados en el expediente.³⁶⁴

En definitiva, los periodos de información pública regulados por la LPAG peruana no están pensados para que el ciudadano se manifieste sobre aspectos de interés general (implicados en la toma de decisiones públicas) de apreciación discrecional, sino más modestamente para que colabore con las entidades en el acopio de información que pueda resultar útil o relevante para la toma de decisiones, es decir, sobre aspectos de interés general de carácter reglado, finalidad muy lógica, pero que —como afirma Valencia Martín— dista de lo que actualmente se considera como paradigma de la participación ciudadana.³⁶⁵

Vale la pena mencionar que la normativa sectorial peruana en materia ambiental va mucho más allá de lo que dispone la LPAG en relación con mecanismos de participación ciudadana, tal como se puede apreciar al examinar el decreto supremo que aprueba el Reglamento sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública Ambiental y Participación y Consulta

³⁶³ Valencia Martín, Germán, “La participación ciudadana en el procedimiento administrativo”, *Círculo de Derecho Administrativo*, 2013, p. 388.

³⁶⁴ *Ibidem*, 388 y 389.

³⁶⁵ Valencia Martín, *op. cit.*, p. 389.

Ciudadana en Asuntos Ambientales (Decreto Supremo 002-2009-MINAM, publicado el 17 de enero de 2009).

En apretado resumen, y solamente para ilustrar el alcance de los mecanismos de participación ciudadana ambiental previstos en dicho decreto, podemos decir lo siguiente:

- A) Se define a la participación ciudadana como el proceso mediante el cual los ciudadanos participan responsablemente, de buena fe y con transparencia y veracidad, en forma individual o colectiva, en la definición y aplicación de las políticas relativas al ambiente y sus componentes, que se adopten en cada uno de los niveles de gobierno, y en el proceso de toma de decisiones públicas sobre materias ambientales, así como en su ejecución y fiscalización. Las decisiones y acciones de la gestión ambiental buscan la concertación con la sociedad civil (artículo 21).
- B) Se establece el derecho a la participación en los siguientes términos: toda persona tiene derecho a participar responsablemente en los procesos indicados en el artículo 21, así como en su ejecución, seguimiento y control, mediante la presentación de opiniones fundamentadas escritas o verbales (artículo 22).
- C) Se definen deberes en materia de participación ciudadana ambiental: toda persona, natural o jurídica, tiene el deber de participar responsablemente en la gestión ambiental, actuando con buena fe y transparencia, con apego a las reglas y procedimientos de los mecanismos formales de participación establecidos por la legislación pertinente. Además, se establece que constituye trasgresión a las disposiciones legales sobre participación ciudadana y acceso a la información ambiental toda acción o medida que tomen las autoridades o los ciudadanos, que impida u obstaculice el inicio, desarrollo o término de un proceso de participación ciudadana, o que limite y/o impida el acceso a la información, así como el suministro de información tendenciosa, falsa o difamatoria. Las actuaciones u opiniones que incurran en lo dispuesto en este párrafo podrán no ser tenidas en cuenta. Y que toda persona está obligada a proporcionar adecuada y oportunamente a las autoridades la información que éstas requieran para una efectiva gestión ambiental, conforme a Ley (artículo 23).
- D) Se establece el deber de los titulares de las entidades con competencias ambientales (señaladas en el artículo 2o.), de incluir en sus respectivos presupuestos los recursos necesarios para el cumplimiento de los procedimientos de participación ciudadana, así como de los procesos

educativos necesarios para tal fin (artículo 24). Y también el deber de las entidades públicas con competencias ambientales, de contar con personal calificado para conducir los procedimientos de participación ciudadana, y de realizar acciones de capacitación de su personal, con el fin de lograr una participación en la que se apliquen efectivamente los principios de inclusión, eficiencia y eficacia, y colaboración y cooperación (artículo 26).

- E) Como lineamientos para desarrollar los mecanismos de participación ciudadana y acceso a la información que deben seguir las entidades con competencias ambientales, se establecen los siguientes: *a)* suministrar información adecuada, oportuna y suficiente, a fin de que el público, y en particular los potenciales afectados por la medida o la decisión, puedan formular una opinión fundamentada; *b)* asegurar que la participación se realice por lo menos en la etapa previa a la toma de la decisión o ejecución de la medida; *c)* eliminar las exigencias y requisitos de forma que obstaculicen, limiten o impidan la eficaz participación de las personas naturales o jurídicas en la gestión ambiental; *d)* llevar un registro de los procesos de participación ciudadana, y de sus resultados, así como de las solicitudes recibidas y las respuestas suministradas, y *e)* desarrollar, de acuerdo con sus disponibilidades presupuestales, programas de información al público, educación, y de generación de capacidades sobre los alcances y beneficios de la participación (artículo 27).
- F) Se establece que la participación ciudadana se verificará al menos en los siguientes procesos: *a)* elaboración y difusión de información ambiental; *b)* diseño y aplicación de políticas, normas e instrumentos de la gestión ambiental, así como planes, programas y agendas ambientales; *c)* evaluación y ejecución de proyectos de inversión pública y privada, así como de proyectos de manejo de los recursos naturales, en el marco del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental; *d)* seguimiento, control y monitoreo ambiental, incluyendo las denuncias por infracciones a la legislación ambiental o por amenazas o violación a los derechos ambientales y la vigilancia ciudadana; *e)* otros que definan las entidades del Sistema Nacional de Gestión Ambiental (artículo 28).
- G) Se constituyen mecanismos de consulta en materias con contenido ambiental los siguientes: *a)* audiencias públicas; *b)* talleres participativos; *c)* encuestas de opinión; *d)* buzones de sugerencias; *e)* comisiones ambientales regionales y locales; *f)* grupos técnicos; *g)* comités

de gestión, y se dispone que los mecanismos de consulta se llevarán a cabo en idioma español y en el idioma o lengua predominante en la zona de influencia del respectivo proyecto o de realización de la audiencia o taller (artículo 29).

- H) Se establece el deber de las autoridades con competencias ambientales, de convocar a la población de la zona de influencia para el examen y/o revisión de propuestas normativas, proyectos, obras u otras decisiones con contenido ambiental que pudieran afectarla, con objeto de recibir sus aportes y sugerencias. Dichos aportes y sugerencias tendrán propósito informativo para la entidad convocante y carácter no vinculante (artículo 30.1).
- I) Se establece que las consultas se realizarán bajo la supervisión de la autoridad ambiental del sector y, cuando sea pertinente, con la participación de los gobiernos regionales y locales respectivos (artículo 30.2).
- J) Se dispone que la entidad en el caso de proyectos de inversión, el administrado sujeto a la aprobación de la entidad elaborará su plan de consulta pública en cada ocasión que se vaya a realizar una consulta. Se entenderá que el plan de participación ciudadana que se elabora a la luz de lo previsto en la Ley del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental constituye un plan de consulta pública. El plan deberá cumplir al menos con lo siguiente: *a)* identificación de los actores o interesados principales por su relación con objeto de consulta o su lugar de ejecución; *b)* identificación de la finalidad o meta de la consulta; *c)* determinación del ámbito del proceso de consulta; *d)* cronograma de ejecución; *e)* designación del equipo encargado de conducir la consulta y de llevar registro de la misma; *f)* determinación del punto de contacto de la entidad encargado de recibir y responder las solicitudes que se presenten a la misma y de informar sobre el proceso de consulta; *g)* detalle de los mecanismos de información a utilizar durante todo el proceso de consulta; *h)* el registro de los aportes recibidos y de los resultados de la consulta, *i)* otros que sean necesarios de acuerdo con el caso y sean determinados por los sectores respectivos. El plan deberá considerar, en los casos en los que corresponda, la estrategia de manejo de las relaciones comunitarias (artículo 30.3).

El resto de las disposiciones del mencionado decreto se refieren al procedimiento para convocar y realizar las audiencias públicas en materia

ambiental; a la participación ciudadana en la fiscalización ambiental,³⁶⁶ a la vigilancia ciudadana ambiental (artículo 36) y a las denuncias ciudadanas en esta materia (artículo 38).

3. *El procedimiento de Notice-and-comment en Estados Unidos*

La Ley de Procedimiento Administrativo de Estados Unidos³⁶⁷ establece un esquema de audiencia pública en relación con la aprobación de lo que podría ser equivalente a nuestras “disposiciones administrativas de carácter general”, por parte de las agencias administrativas de ese país.³⁶⁸ El procedimiento se encuentra previsto en el artículo 553 de la ley, y podría resumirse de la siguiente manera:

- A) El procedimiento de audiencia se aplica a la formulación de disposiciones administrativas de carácter general por parte de las agencias reguladoras, salvo que impliquen temas relacionados con las funciones militares o de relaciones exteriores de Estados Unidos; o se refieran a materias que se vinculen a la administración de la agencia o a su personal, o a propiedad, préstamos, concesiones, beneficios y contratos de carácter público.
- B) La propuesta de una disposición administrativa debe publicarse en el Registro Federal (*Public Register*),³⁶⁹ a menos que las personas afectadas por la disposición propuesta sean notificadas personalmente de acuerdo con las normas legales correspondientes.
- C) La publicación o notificación debe contener:

- a) La descripción del tiempo, el lugar y la naturaleza del procedimiento de formulación de la disposición administrativa;

³⁶⁶ Por ejemplo, a través de: a) comités de vigilancia ciudadana, debidamente registrados ante la autoridad competente; b) seguimiento de los indicadores de cumplimiento de la normativa ambiental; c) denuncia de infracciones o de amenazas de infracciones a la normativa ambiental; d) publicación de proyectos de normas, y e) participación en otras actividades de gestión a cargo de las autoridades competentes que éstas definan, incluyendo opinión sobre documentos o instrumentos (artículo 35 del Decreto).

³⁶⁷ Administrative Procedure Act, promulgada el 11 de junio de 1946.

³⁶⁸ Dicha ley se refiere a las “*agencies*”, agencias que vendrían a ser el equivalente a órganos constitucionales autónomos regulatorios, tales como el Instituto Federal de Telecomunicaciones, o la Comisión Federal de Competencia Económica.

³⁶⁹ El “*Public Register*” es equivalente a nuestro *Diario Oficial de la Federación*.

- b) La referencia a la competencia legal que justifica la propuesta de la decisión administrativa;
 - c) Los términos o la sustancia de la disposición propuesta o una descripción de los sujetos y de los temas involucrados.
- D) A menos que una ley lo exija, las reglas anteriores no se aplican:
- a) A reglas de interpretación, a declaraciones generales de política pública, a reglas sobre la organización, procedimientos o prácticas de la agencia, o
 - b) Cuando la agencia, por causa justificada, considera que la audiencia es impracticable, innecesaria o contraria al interés público (en este supuesto la agencia debe incorporar en el expediente correspondiente las razones de esta determinación).
- E) Realizada la notificación del inicio del procedimiento de formación de una disposición administrativa en los términos anteriores, la agencia debe dar a las personas interesadas la oportunidad de participar en dicho procedimiento, a través del envío de datos por escrito, opiniones o argumentos con o sin la oportunidad de hacer presentaciones orales.
- F) Después de considerar los temas relevantes que se hayan presentado, la agencia debe incorporar en las disposiciones que se adopten una concisa declaración general sobre las bases que la sustentan y su propósito.
- G) La publicación de una disposición administrativa deberá hacerse no menos de treinta días antes de la fecha de su entrada en vigor efectiva (a menos que se refiera a disposiciones interpretativas o a declaraciones de políticas públicas, o por la existencia de una causa justificada que debe constar en el expediente correspondiente).
- H) En ese periodo, cada agencia deberá dar a las personas interesadas el derecho de presentar peticiones relativas a la expedición, la modificación o el rechazo de una disposición administrativa.

Cabe hacer notar que particularmente intenso ha sido el debate y el litigio en torno a las excepciones a la regla general respecto al deber que las agencias obligadas bajo la Administrative Procedure Act tienen, de realizar el procedimiento de *notice-and-comment*. Una de ellas es la “excepción procedimental” (*procedural exception*); otra es la “excepción interpretativa” (*interpretative exception*); otra más se da respecto de las llamadas “declaraciones de po-

lítica” (*statements of policy*), y otra en el caso de que exista “causa justificada” (*good cause*). La primera procede cuando una disposición administrativa solamente está destinada a cambiar la forma en que los individuos o las empresas han de interactuar con la agencia; la segunda es aplicable cuando una agencia anuncia al público la manera en que ha de entender o interpretar una ley o alguna disposición administrativa; la tercera se da en la hipótesis de que una agencia informe al público acerca de la implementación que ha de hacer de leyes o de disposiciones administrativas, y la cuarta procede cuando la agencia encuentra que el trámite de *notice-and-comment* es “impráctico, innecesario o contrario al interés público”, teniendo que dar razón de ello y explicar los motivos en el expediente correspondiente.

Por ejemplo, en *Electronic Priv. Info. Ctr. v. U.S. Dep’t of Homeland Sec.*,³⁷⁰ el Tribunal de Circuito de D. C. determinó que un cambio en el método de revisión de personas a través de magnetómetros, para sustituirlo por el uso de escaneo completo del cuerpo de las personas no era un mero asunto procedimental, puesto que la severidad del escaneo constituía una intrusión en la privacidad de las personas. Por ello, no procedía la excepción procedimental, y el Departamento del Interior debió haber solventado el trámite de *notice-and-comment*.

Por su parte, en el caso de la “excepción interpretativa”, la Corte Federal de Distrito de Alabama determinó que la distinción entre regla interpretativa y regla sustantiva se puede ver en la medida en que la interpretación que realiza la agencia correspondiente es derivada lingüísticamente del lenguaje de la ley. Es decir, si la interpretación deriva del lenguaje original de la ley, entonces aquella está exenta del procedimiento de *notice-and-comment*.³⁷¹

Como último ejemplo, los tribunales norteamericanos han determinado que la excepción por “causa justificada” debe ser interpretada de manera restrictiva, y que solamente debiera ser aplicada cuando el retraso causado por el procedimiento de *notice-and-comment* fuera a provocar un daño real.³⁷²

Por otro lado, debemos mencionar que los estados de la Unión Americana también prevén en su legislación, procedimientos de *Notice-and-Comment*. Por ejemplo, las reglas de participación del público en el procedimiento de adopción de decisiones administrativas de carácter general se encuentran en el capítulo 3.5 del Código de Gobierno de California, a partir de la sección 11340. Siguiendo al documento denominado *Guide to Public Partici-*

³⁷⁰ 2011 WL 2739752 (D.C. Cir. July 15, 2011).

³⁷¹ 2011 WL 671676, (M.D. Ala. 2011).

³⁷² San Diego Navy Broadway Complex Coalition v. U. S. Coast Guard, 2011 WL 1212888, (S.D. Cal 2011).

pation in the Regulatory Process,³⁷³ podemos resumir dicho procedimiento de la siguiente manera:

- A) Previo a la etapa de formación de la decisión propiamente dicha, la agencia debe producir como mínimo cuatro documentos:
 - a) *Express Terms*: el texto de la regulación propuesta debe identificar con claridad cualquier cambio al Código de Regulaciones de California, sean adiciones, modificaciones o derogaciones.
 - b) El aviso de acción propuesta (*Notice of Proposed Action*, NOPA): que debe contener información sobre la naturaleza de la regulación propuesta, la competencia y la base legal de la misma. También debe contener información sobre procedimiento, como fechas límite para enviar comentarios, o calendario para audiencias públicas (si es que ha de haber).
 - c) Declaración inicial de razones (*Initial Statement of Reasons*, ISOR): que es el documento que explica las razones que la agencia tiene para proponer los cambios de regulación. Esto implica una explicación del problema a ser atendido, el propósito de éste y las razones de su necesidad, así como los beneficios que se esperan del cambio. También identifica el material fáctico que la agencia tomó en consideración para hacer la propuesta, y
 - d) Declaración de impacto económico y fiscal (*Economic and Fiscal Impact Statement*).
- B) Publicación del aviso de acción propuesta:

Todos los NOPA deben ser publicados en el *California Regulatory Notice Register*, que se publica cada viernes. Esta publicación sirve como anuncio público por parte de la agencia, en el sentido de que tiene el propósito de adoptar, modificar o derogar regulaciones. Asimismo, la agencia debe subir a su página de internet los cuatro documentos arriba aludidos. Asimismo, y no más allá de la fecha de publicación del NOPA, la agencia debe enviar el NOPA a todos aquellos que han solicitado ser incluidos en la lista de correos de la agencia para recibir avisos de cambios regulatorios (y esto puede ocurrir por correo regular o por correo electrónico). El NOPA también contiene información acerca de dónde y cuándo los miembros del público

³⁷³ California, Office of Administrative Law, disponible en: www.oal.ca.gov › 2017/05 › How-2-Participate-102016).

que estén interesados pueden enviar comentarios sobre la regulación propuesta, así como el momento y la fecha de la o las audiencias públicas que en su caso hayan de celebrarse.

- C) Durante este periodo hay dos maneras principales para enviar información y aportaciones a la agencia. El primero es un periodo de comentarios escritos, y el segundo es el periodo de audiencia pública. Éstos son los momentos para que el público pueda ejercer su derecho a participar en el proceso de formulación de regulaciones administrativas.
- D) La agencia debe dar un mínimo de 45 días a partir de la publicación del NOPA, para que las personas interesadas puedan enviarle directamente comentarios por escrito. El NOPA debe contener el nombre y la dirección del funcionario de la agencia a quien deben ser dirigidos los comentarios. Para que el comentario sea adecuadamente direccionado, el comentario debe hacer referencia a cuál procedimiento de formulación de regulaciones se refiere.
- E) La agencia tiene la opción de organizar o no audiencias públicas. Si decide hacerlo, debe tener lugar no antes de que hayan pasado 45 días a partir de la publicación del NOPA. Sin embargo, si la agencia decide no organizar una audiencia pública, cualquier persona interesada puede pedir una audiencia si esa solicitud se hace por escrito dentro de los quince días anteriores a que concluya el periodo de comentarios por escrito, en cuyo caso la agencia debe organizar una audiencia y dar un aviso razonable de ello al público.
- F) Si se realiza una audiencia pública, la agencia debe aceptar tanto comentarios por escrito como de manera oral. La agencia puede establecer restricciones razonables en relación con los comentarios orales, incluyendo reglas del tiempo para el uso de la palabra para cada persona que así quiera participar.
- G) La audiencia pública tiene la intención de dar la oportunidad para que el público le dé sus opiniones a la agencia. Pero la agencia no está obligada a dar respuesta a los comentarios que se escuchen dentro de la audiencia pública.
- H) La Ley de Procedimiento Administrativo exige a la agencia, considerar todos los comentarios relevantes (es decir, que se refieran a la modificación propuesta, si no se consideran irrelevantes), que se hayan presentado en tiempo y forma. Y también se le exige a la agencia responder a los comentarios en un documento denominado declaración final de razones (*Final Statement of Reasons*, FSOR).

La omisión o incorrección de estos procedimientos acarrea la nulidad de la decisión respectiva. Sin embargo, los tribunales han matizado este efecto. Por ejemplo, Araguás nos recuerda que en el sistema de Estados Unidos, y sobre la base de la doctrina sentada en el caso *Portland Cement Association v. Ruckelhaus*, se entiende que dentro del procedimiento respectivo la falta de divulgación de información de parte de la autoridad administrativa correspondiente conforma la nulidad solamente cuando: a) la información no publicada tenga un papel central en la norma finalmente aprobada; b) las personas que han presentado alegaciones no han podido tener acceso a la documentación no publicada por cualquier otra vía; c) aquellos que hayan presentado alegaciones hubieran podido plantear cuestiones relevantes en caso de tener acceso a la información,³⁷⁴ en el entendido de que fuera de estos supuestos la omisión o incorrecta realización de los trámites participativos no necesariamente acarrearán la nulidad del correspondiente acto administrativo.

4. *El procedimiento de audiencia pública en Argentina*

En los considerandos del Reglamento General de Audiencias Públicas para el Poder Ejecutivo Nacional³⁷⁵ se menciona que su objetivo es fortalecer la relación entre el Estado y la sociedad civil, en el convencimiento de que esta alianza estratégica es imprescindible para concretar las reformas institucionales necesarias para desarrollar una democracia legítima, transparente y eficiente. Asimismo, se menciona que para lograr el saneamiento de las instituciones debe darse un lugar primordial a los mecanismos que incrementan la transparencia de los actos de gobierno, a los que permiten un igualitario acceso a la información y a los que amplían la participación

³⁷⁴ Araguás, *op. cit.*, “La nulidad...”, p. 493. En relación con los efectos de la omisión o defecto del trámite de consulta previa, Lucía Casado explica las diferentes posiciones doctrinales existentes en España: “una primera, que defiende la invalidez y, por consiguiente, la nulidad de pleno derecho de la disposición de carácter general en cuyo procedimiento de elaboración se haya omitido o realizado de forma sustancialmente inadecuada este trámite; y una segunda, mucho más flexible, que relativiza la eficacia invalidante de estos vicios y sostiene que tal omisión no acarrea, en todo caso, la nulidad de pleno derecho de la norma”. Véase Casado Casado, Lucía, “Los efectos jurídicos de la omisión del trámite de consulta pública previa en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas de carácter general: ¿nulidad de pleno derecho de la norma aprobada?”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 14, 2020, p. 33.

³⁷⁵ Decreto 1172/2003 del Poder Ejecutivo Nacional de la Argentina, publicado el 4 de diciembre de 2003.

de la sociedad en los procesos decisorios de la administración, y se afirma también que la audiencia pública habilita la participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones a través de un espacio institucional en el que todos aquellos que puedan sentirse afectados manifiesten su conocimiento o experiencia y presenten su perspectiva individual, grupal o colectiva respecto de la decisión a adoptarse. De manera importante, se asevera que dichas opiniones —no obstante su carácter no vinculante— deben ser consideradas adecuadamente, estableciéndose la obligación de la autoridad, de fundamentar sus desestimaciones. A continuación transcribimos algunas de las normas más relevantes de dicho Reglamento:

- A) El objeto del Reglamento es regular el mecanismo de participación ciudadana en audiencias públicas, estableciendo el marco general para su desenvolvimiento (artículo 1o.).
- B) El Reglamento es de aplicación en las audiencias públicas convocadas en el ámbito de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional (artículo 2o.).
- C) La audiencia pública constituye una instancia de participación en el proceso de toma de decisión, en la cual la autoridad responsable habilita a la ciudadanía un espacio institucional para que todo aquel que pueda verse afectado o tenga un interés particular o general exprese su opinión (artículo 30.).
- D) La finalidad de la audiencia pública es permitir y promover una efectiva participación ciudadana y confrontar de forma transparente y pública las distintas opiniones, propuestas, experiencias, conocimientos e informaciones existentes sobre las cuestiones puestas en consulta (artículo 4o.).
- E) El procedimiento de audiencia pública debe garantizar el respeto de los principios de igualdad, publicidad, oralidad, informalidad y gratuidad (artículo 5o.).
- F) Las opiniones y propuestas vertidas por los participantes en la audiencia pública no tienen carácter vinculante (artículo 6o.).
- G) El área a cargo de las decisiones relativas al objeto de la audiencia pública es la autoridad convocante. La máxima autoridad del área convoca mediante acto administrativo expreso y preside la audiencia pública, y puede delegar tal responsabilidad en un funcionario competente en razón del objeto de la misma (artículo 7o.).
- H) La implementación y organización general de la audiencia pública son llevadas a cabo por un área dependiente de la autoridad convo-

cante y designada por ésta para cada audiencia pública específica (artículo 8o.).

- I) Toda persona física o jurídica, pública o privada, puede solicitar, mediante presentación fundada ante la autoridad convocante, la realización de una audiencia pública. La autoridad convocante debe expedirse sobre tal requerimiento en un plazo no mayor a treinta días, mediante acto administrativo fundado, el que debe ser notificado al solicitante por medio fehaciente (artículo 10).
- J) Puede ser participante toda persona física o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho o interés simple, difuso o de incidencia colectiva, relacionado con la temática de la audiencia pública. Las personas jurídicas participan por medio de sus representantes, acreditando personería mediante el instrumento legal correspondiente —debidamente certificado—; se admite la intervención de un solo orador en su nombre. Los participantes pueden actuar en forma personal o a través de sus representantes, y, en caso de corresponder, con patrocinio letrado (artículo 11).
- K) El lugar de celebración de la audiencia pública es determinado por la autoridad convocante, teniendo en consideración las circunstancias del caso y el interés público comprometido (artículo 12).
- L) El presupuesto para atender los gastos que demande la realización de las audiencias públicas debe ser aprobado por el organismo competente de la autoridad convocante (artículo 13).
- M) Las audiencias públicas pueden ser presenciadas por el público en general y por los medios de comunicación (artículo 15).

El resto del Reglamento regula tres aspectos: la “Etapa preparatoria” (capítulo II),³⁷⁶ el “Desarrollo” (capítulo III)³⁷⁷ y la “Etapa final” (capítulo IV)³⁷⁸ de la audiencia pública. Nos resulta particularmente relevante resaltar que en el artículo 38 del Reglamento se dispone que la autoridad convocante, en un plazo no mayor de treinta días de recibido el informe final del

³⁷⁶ En este capítulo se establecen normas sobre requisitos, convocatoria, expediente, registro de participantes, plazo de inscripción, orden y tiempo de las exposiciones, orden del día, espacio físico y registro, relativas al procedimiento de audiencia pública.

³⁷⁷ En este capítulo se establecen normas sobre el comienzo del acto, facultades y deberes del presidente de la audiencia pública, partes, preguntas por escrito, otras intervenciones, desarrollo de la audiencia, irrecurribilidad de las resoluciones dictadas durante el transcurso del procedimiento, clausura, relativas a la audiencia pública.

³⁷⁸ En este capítulo se establecen normas sobre el informe final, estudios y la resolución final del procedimiento de audiencia pública.

área de implementación, debe fundamentar su resolución final y explicar de qué manera ha tomado en cuenta las opiniones de la ciudadanía y, en su caso, las razones por las cuales las rechaza.

Por último, resulta interesante hacer una breve referencia a un ejemplo en el cual se abren canales de participación ciudadana en relación con la prestación de servicios públicos. El ejemplo lo encontramos en el Reglamento General de Reuniones Abiertas de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos³⁷⁹ de Argentina, en cuyos considerandos se menciona que las reuniones abiertas de los entes reguladores de los servicios públicos han de permitir poner fin a uno de los reductos del secreto, que suele encubrir corrupción o arbitrariedad en decisiones que afectan, y, frecuentemente, perjudican a los usuarios. Asimismo, se afirma en los considerandos que la presencia como oyente en la reunión permitirá, a quien esté interesado, conocer las opiniones que cada uno de los miembros del Órgano de Dirección adopta frente a las cuestiones que deben tratarse. Entre las principales normas de este Reglamento podemos citar las siguientes:

- A) El objeto del Reglamento es regular el mecanismo de las reuniones abiertas de los entes reguladores de los servicios públicos, estableciendo el marco general para su desenvolvimiento (artículo 1).
- B) El Reglamento es de aplicación para las reuniones convocadas por los órganos de dirección de los entes reguladores de los servicios públicos, de las que forme parte el número mínimo de miembros suficiente para la formación del quórum que permita la toma de decisiones (artículo 2o.).
- C) Las reuniones abiertas de los entes reguladores de los servicios públicos constituyen una instancia de participación en la cual el órgano de dirección habilita a la ciudadanía un espacio institucional para que observe el proceso de toma de decisiones (artículo 3o.).
- D) La finalidad de las reuniones abiertas de los entes reguladores de los servicios públicos es permitir una efectiva participación ciudadana para juzgar adecuadamente los reales motivos por los que se adoptan las decisiones que afectan a los usuarios (artículo 4o.).
- E) El procedimiento de reuniones abiertas de los entes reguladores de los servicios públicos debe garantizar el respeto de los principios de igualdad, publicidad, informalidad y gratuidad (artículo 5o.).

³⁷⁹ Decreto 1172/2003 del Poder Ejecutivo Nacional de la Argentina, publicado el 4 de diciembre de 2003.

- F) Se presumen públicas y abiertas todas las reuniones de los órganos de dirección de los entes reguladores de los servicios públicos, con excepción de lo previsto en el artículo 13 del presente (artículo 6o.).
- G) Puede ser participante toda persona física o jurídica, pública o privada, que tenga interés de hacerlo, no siendo necesario acreditar derecho subjetivo ni interés legítimo (artículo 7o.).
- H) El lugar de celebración de las reuniones abiertas de los entes reguladores de los servicios públicos es determinado por el órgano de dirección, teniendo en consideración las circunstancias del caso y el interés público comprometido (artículo 8o.).
- I) Toda persona física o jurídica, pública o privada, se encuentra legitimada para exigir administrativa o judicialmente el cumplimiento de la presente norma (artículo 17).

El resto del Reglamento se dedica a regular los detalles de este procedimiento, en aspectos y temas que tienen que ver con requisitos, carácter público, convocatoria, reuniones urgentes, reuniones secretas, reuniones nulas, responsabilidades y redacción de las actas correspondientes.

Cerramos este apartado con dos reflexiones derivadas del contraste que se puede hacer entre las normativas de España, Perú, Estados Unidos y Argentina, y la de México. En primer lugar, no existe en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo ni en la legislación sobre procedimiento administrativo de las entidades federativas que hemos podido revisar, procedimientos como los de consulta previa, audiencia e información públicas como existen en aquellos países en su legislación sobre la referida materia.

Es verdad que las leyes de participación ciudadana de algunas entidades federativas contemplan la posibilidad de realizar “audiencias públicas”, pero donde este es el caso no se trata de un requisito formal para la validez del procedimiento de formación de un acto administrativo (disposiciones generales, como en España y Estados Unidos, o de otro tipo de actos administrativos, como en Perú y Argentina), cuya omisión o incorrecta realización acarree la nulidad del acto. Antes bien, se trata de mecanismos para propiciar el diálogo entre ciudadanos y autoridades, para intercambiar información relativa a alguna problemática específica.

Por ejemplo, el artículo 26.A.4 de la Constitución de la Ciudad de México dispone:

La ley establecerá los procedimientos y formas institucionales que posibiliten el diálogo entre las autoridades y la ciudadanía para el diseño presupuestal

y de los planes, programas y políticas públicas, la gestión de los servicios y la ejecución de los programas sociales. Entre otros, los de consulta ciudadana, colaboración ciudadana, rendición de cuentas, difusión pública, red de contralorías ciudadanas, *audiencia pública*, asamblea ciudadana, observatorios ciudadanos y presupuesto participativo.³⁸⁰

Por su parte el artículo 137 de la Ley de Participación Ciudadana de la Ciudad de México define a la “audiencia pública” como “...el instrumento de participación por medio del cual las personas habitantes, las organizaciones ciudadanas y los sectores sociales hacen posible el diálogo con la persona titular de la Jefatura de Gobierno y las Alcaldías, respecto de la gestión de los servicios y la ejecución de los programas sociales de la Ciudad”. Y continúa este artículo estableciendo que, por medio de este instrumento, se podrá:

I. Proponer de manera directa a las personas titulares de la Jefatura de Gobierno o de las Alcaldías la adopción de determinados acuerdos o la realización de ciertos actos;

II. Recibir información sobre las actuaciones de los órganos que integran la administración pública;

III. Presentar a las personas titulares de la Jefatura de Gobierno o de las Alcaldías peticiones, propuestas o quejas en todo lo relacionado con la administración pública a su cargo, y

IV. Evaluar junto con las autoridades el cumplimiento de los programas y actos de gobierno.

En todo momento las autoridades garantizarán el derecho de petición de la ciudadanía, de manera ágil y expedita.

El artículo 138 de esta misma ley dispone que la audiencia pública podrá celebrarse a solicitud de: *a)* integrantes de las comisiones de participación comunitaria; *b)* representantes de los sectores que concurran en el desarrollo de actividades industriales, comerciales, de prestación de servicios, de bienestar social, ecológicos y demás grupos sociales, sectoriales o temáticos organizados; *c)* las personas representantes populares electas en la Ciudad, y *d)* por convocada por las personas titulares de la Jefatura de Gobierno y de la alcaldía o por las comisiones de participación comunitaria. Asimismo, este artículo establece que las audiencias se celebrarán de preferencia en lugares públicos de fácil acceso, a fin de propiciar el acercamiento con la población, y que las autoridades de la administración pública local deberán

³⁸⁰ El énfasis es nuestro.

proporcionar a los solicitantes las facilidades necesarias para la celebración de dichas audiencias.

Por su parte, el artículo 25.C de la Constitución de Oaxaca establece en sus fracciones IV y V lo siguiente:

IV. Las autoridades administrativas estatales y municipales, en el ámbito de su competencia, establecerán obligatoriamente *audiencias públicas* y periódicas para que los ciudadanos del Estado, de manera directa, les planteen asuntos de interés público en los términos que determine la Ley;

La Ley Orgánica del Congreso y su Reglamento Interior definirán procedimientos de audiencia y consulta ciudadana del Poder Legislativo;³⁸¹

V. Los ayuntamientos y en su caso los consejos municipales están obligados a celebrar sesiones de Cabildo con carácter público, en las que los ciudadanos del municipio podrán expresar su opinión sobre los problemas que observen y apuntar posibles soluciones;

En dichas sesiones los ciudadanos no tendrán derecho a voto. La ley determinará la forma y términos en que se lleve a cabo la comparecencia de los ciudadanos.

Con base en las anteriores bases constitucionales locales, el artículo 36 de la Ley de Participación Ciudadana del Estado de Oaxaca define a la audiencia pública como “...el acto que se realiza para que los gobernados de manera directa traten con los gobernantes asuntos públicos, previa convocatoria que emita la autoridad correspondiente”. Además, se ordena que las autoridades administrativas estatales y municipales, en el ámbito de su competencia, deberán celebrar una audiencia pública por lo menos una vez cada cuatro meses, durante el periodo de su gobierno (artículo 37), y que la audiencia pública correspondiente será presidida a nivel estatal por el gobernador del estado o el secretario de despacho que aquél designe, y a nivel municipal por el presidente municipal (artículo 38).

En fin, no nos extenderemos más en examinar a la audiencia pública como se le concibe en las normativas de la Ciudad de México y de Oaxaca (y en otras entidades federativas). Nos hemos referido brevemente a esas disposiciones, porque sirven para ilustrar cómo la audiencia pública en la normativa es una creatura jurídica distinta a como se conciben los mecanismos participativos en la legislación sobre procedimiento administrativo en España, Perú, Estados Unidos y Argentina. En los casos de la Ciudad de México y Oaxaca que hemos analizado, la audiencia pública significa realizar foros de encuentro entre autoridades y ciudadanía, bajo esquemas

³⁸¹ El énfasis es nuestro.

cercanos o análogos a las sesiones de cabildo abierto que existen en algunas legislaciones orgánicas municipales del país,³⁸² realizados para que las autoridades escuchen opiniones y demandas de la ciudadanía.

Por su parte, en los casos de España, Perú, los Estados Unidos y Argentina, los mecanismos analizados se conciben como procedimientos altamente formalizados, en los que con precisión se establece el deber de la autoridad, de escuchar, y la obligación de explicar en la motivación de la decisión administrativa las razones de por qué, después de escuchar a ciudadanos y grupos sociales participantes, optó por una alternativa, y no por otra u otras. Con esto, como ya afirmamos, se induce no solamente una especie de control social apoyado por las normas del procedimiento respectivo, sino que se vincula al control judicial (contencioso-administrativo) del acto administrativo, en tanto la omisión de realizar las técnicas participativas puede llevar a la nulidad del acto, en virtud del principio de legalidad administrativa.

La segunda reflexión se refiere a la legislación sectorial en materia ambiental. En cuanto a este tema, debemos reconocer que la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA) establece diversas normas referidas a la participación de actores sociales en distintas etapas de la formulación y seguimiento de los programas de ordenamiento ecológico local (artículo 20 bis 5, fracción VII); los programas de manejo de áreas naturales protegidas (artículos 47, 65 y 66, fracción III) y los programas de restauración ecológica (artículo 78). Además, el artículo 34 de dicha ley describe un mecanismo para que la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales (Semarnat) ponga a disposición del público una manifestación de impacto ambiental que haya recibido; y también para que a solicitud de cualquier persona de la comunidad de que se trate, la Semarnat *pueda*³⁸³ llevar a cabo una consulta pública, conforme a las bases que establecen las fracciones de la I a la V de dicho artículo.

³⁸² Por ejemplo, el artículo 28 de la Ley Orgánica Municipal del Estado de México establece en sus párrafos 4o., 5o., 6o. y 7o. lo siguiente:

“Los ayuntamientos sesionarán en cabildo abierto cuando menos bimestralmente.

El cabildo en sesión abierta es la sesión que celebra el Ayuntamiento, en la cual los habitantes participan directamente con derecho a voz pero sin voto, a fin de discutir asuntos de interés para la comunidad y con competencia sobre el mismo.

En este tipo de sesiones el Ayuntamiento escuchará la opinión del público que participe en la Sesión y podrá tomarla en cuenta al dictaminar sus resoluciones.

El Ayuntamiento deberá emitir una convocatoria pública quince días naturales previos a la celebración del Cabildo en sesión abierta para que los habitantes del municipio que tengan interés se registren como participantes ante la Secretaría del Ayuntamiento”.

³⁸³ Es decir, no está obligada.

Sin embargo, esta normativa mexicana dista mucho de tener el alcance, el detalle y el nivel de empoderamiento que el decreto peruano al que nos hemos referido líneas arriba otorga a la participación ciudadana en relación con la protección del medio ambiente.

Bien valdría explorar la posibilidad de contar en México con instituciones como la consulta previa, la audiencia e información públicas de manera parecida a como existen en España, Perú, Estados Unidos y Argentina,³⁸⁴ dentro de los procedimientos para la aprobación de reglamentos o disposiciones generales, planes u otros instrumentos similares (por ejemplo, planes de urbanismo o de ordenación territorial o de ordenación de los recursos naturales), o bien respecto de decisiones administrativas de importancia colectiva (evaluaciones de impacto ambiental, obras públicas, presupuestos municipales, concesiones de utilización de bienes de dominio público, algunas autorizaciones administrativas, como licencias para grandes establecimientos comerciales y algunas autorizaciones ambientales).³⁸⁵

V. DEBER DE UNA “MOTIVACIÓN REFORZADA” DEL ACTO ADMINISTRATIVO PRODUCTO DE UN PROCEDIMIENTO PARTICIPATIVO COMO LA AUDIENCIA PÚBLICA

Al analizar las críticas y sugerencias que Irene Araguàs ha hecho a las técnicas participativas en la administración pública como están reguladas en España, la autora propuso que debería consagrarse la publicidad sobre las alegaciones recibidas en relación con cada proyecto normativo y su impacto en el texto finalmente aprobado, “debiendo concretarse por parte de los poderes públicos cuáles son los motivos que han llevado a incorporar unas alegaciones y rechazar otras”.³⁸⁶

Lo anterior ya está previsto en la LGPA del Perú, en su artículo 184.4, el cual ordena a la autoridad instructora explicitar “...en los fundamentos de su decisión, de qué manera ha tomado en cuenta las opiniones de la ciu-

³⁸⁴ Resulta oportuno recordar aquí que el artículo 32 de la Carta de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la administración pública, establece el derecho de los ciudadanos de participar “...en las actuaciones administrativas en que tengan interés, especialmente a través de audiencias y de informaciones públicas.

Los ciudadanos tendrán derecho a participar, a tenor de lo dispuesto en la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, en los procedimientos de elaboración de disposiciones de carácter general, de acuerdo con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico correspondiente”.

³⁸⁵ Esto sugiere Sánchez Morón, *op. cit.*, “Reflexiones...”, pp. 233-238.

³⁸⁶ Araguàs, *op. cit.*, “La participación ciudadana...”, p. 117.

ciudadanía y, en su caso, las razones para su desestimación”. Igualmente, en el artículo 38 del Reglamento General de Audiencias Públicas para el Poder Ejecutivo Nacional de Argentina (que ya examinamos), se dispone que la autoridad convocante, en un plazo no mayor de treinta días de recibido el informe final del área de implementación, debe fundamentar su resolución final y explicar de qué manera ha tomado en cuenta las opiniones de la ciudadanía y, en su caso, las razones por las cuales las rechaza.

Esto empata con lo que ha propuesto Castellá en relación con la motivación de la ley, pero que es perfectamente aplicable a las decisiones de la administración pública, y que calificó como lo que sería “un paso gigante” en caso de aprobarse: introducir la obligación de motivación en la ley, argumentando las razones de admisión o no de las propuestas ciudadanas sugeridas durante las comparecencias o audiencias.³⁸⁷

En caso de adoptarse un régimen de audiencias públicas como mecanismo de participación ciudadana en la administración pública, y en el supuesto de establecerse el deber de la autoridad administrativa instructora de un procedimiento de explicar en su resolución final la manera en que tomó en cuenta las opiniones de la ciudadanía y, en su caso, las razones para su desestimación o rechazo, estaríamos ante lo que la SCJN ha calificado como un deber de “motivación reforzada”.

En efecto, todos sabemos que en México, todo acto de autoridad que califique como un acto de molestia³⁸⁸ en la esfera jurídica de los particulares en términos del artículo 16 de la CPEUM debe estar debidamente fundado y motivado.³⁸⁹ En diversas tesis, la SCJN se ha encargado de afinar el contenido de este deber. Citamos a continuación, a manera de ilustración, el siguiente criterio:

FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. De acuerdo con el artículo 16 de la Constitución Federal, todo acto de autoridad debe estar adecuada y suficien-

³⁸⁷ Castellá Andreu, Josep Ma., “Democracia participativa en las instituciones representativas: apertura del Parlamento a la sociedad”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 5, junio, 2013, p. 212.

³⁸⁸ Los actos de molestia están regulados en el primer párrafo del artículo 16 de la CPEUM: “Nadie puede ser *molestado* en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que *funde y motive* la causa legal del procedimiento”. El énfasis es nuestro.

³⁸⁹ El artículo 26 de la Carta de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública se refiere al deber de motivación en los siguientes términos: “26. Derecho a la motivación de las actuaciones administrativas: todas las actuaciones de la Administración Pública deberán estar amparadas en razonamientos inteligibles para todo ciudadano acreditándose la objetividad que preside su entero y completo quehacer”.

temente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso y, por lo segundo, que también deben señalarse, con precisión, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto; siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas.³⁹⁰

La tesis de jurisprudencia citada nos da una idea de lo que significa motivar un acto de molestia por parte de la autoridad (sea esta última legislativa, judicial o administrativa): deben señalarse, con precisión, las circunstancias especiales, las razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto, y debe haber adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables.

Por su parte, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo establece en su artículo 3o., que son elementos y requisitos del acto administrativo (entre otros): estar fundado y motivado (fracción V), y ser expedido sin que medie error sobre el objeto, causa o motivo, o sobre el fin del acto (fracción VIII). Además, el artículo 5o., de la misma ley establece que la omisión o irregularidad de los elementos y requisitos exigidos por el artículo 3o. de la misma ley, o por las leyes administrativas de las materias de que se trate, producirán, según sea el caso, nulidad o anulabilidad del acto administrativo. Mientras que el artículo 6o. de dicha ley dispone que la omisión o irregularidad de cualquiera de los elementos o requisitos establecidos en las fracciones I a X del artículo 3o. arriba referido

...producirá la nulidad del acto administrativo, la cual será declarada por el superior jerárquico de la autoridad que lo haya emitido, salvo que el acto impugnado provenga del titular de una dependencia, en cuyo caso la nulidad será declarada por el mismo.

El acto administrativo que se declare jurídicamente nulo será inválido; no se presumirá legítimo ni ejecutable; será subsanable, sin perjuicio de que pueda expedirse un nuevo acto. Los particulares no tendrán obligación de cumplirlo y los servidores públicos deberán hacer constar su oposición a ejecutar el acto, fundando y motivando tal negativa. La declaración de nulidad producirá efectos retroactivos.

Por el lado de la doctrina, se ha sostenido que la motivación debe darse en relación con todas las etapas que forman parte del proceso lógico de

³⁹⁰ SCJN, Segunda Sala, Séptima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. 97-102, tercera parte, p. 143 (jurisprudencia).

formación de los actos administrativos, incluyendo los discrecionales; esto es, desde la comprobación de los hechos³⁹¹ y calificación de los supuestos de hecho,³⁹² hasta la adecuación de la decisión a los fines establecidos en la Ley.³⁹³

Por su parte, según Milkes, la motivación del acto administrativo tiene por objeto exteriorizar el íter lógico y argumentativo que llevó al funcionario a tomar una decisión, y tiene el objetivo fundamental de exponer las razones en la toma de decisión por una autoridad administrativa en la apreciación del acto con los fines propios del ordenamiento jurídico, y así evitar la desviación de poder.³⁹⁴

Ahora bien, la SCJN ha desarrollado el concepto de “motivación reforzada”,³⁹⁵ que es exigible bajo ciertas circunstancias en relación con las leyes y con cierto tipo de decisiones públicas. La forma en que la SCJN entiende este concepto se puede ver en la siguiente tesis:

MOTIVACIÓN LEGISLATIVA. CLASES, CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS. Los tribunales constitucionales están llamados a revisar la motivación de ciertos actos y normas provenientes de los Poderes Legislativos. Dicha motivación puede ser de dos tipos: reforzada y ordinaria. La reforzada es una exigencia que se actualiza cuando se emiten ciertos actos o normas en los que puede llegarse a afectar algún derecho fundamental u otro bien relevante desde el punto de vista constitucional, y precisamente por el tipo de valor que queda

³⁹¹ Constatar y comprobar que existen los presupuestos de hecho previstos en la norma que es la base del acto administrativo. De no hacerlo, la autoridad incurre en el vicio denominado “error de hecho”, que da lugar a la invalidación del acto.

³⁹² Es decir, la subsunción de los hechos al presupuesto de derecho previsto en la norma que es la base del acto administrativo. De no hacerlo, la autoridad incurre en el vicio denominado “tergiversación de los hechos” o “falsa calificación de los hechos”, que da lugar a la invalidación del acto.

³⁹³ Brewer Carías, *op. cit.*, pp. 24-33.

³⁹⁴ Milkes, Irit, “Buena administración y la motivación de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades discrecionales”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 21, 2019, pp. 153-178.

³⁹⁵ Al discutir este tema, la doctrina se refiere a las “modalidades de la motivación”. De esta manera, Jorge Coviello señala que “...la motivación decrece en su exigencia frente a determinados actos administrativos, y acrece cuando aparecen actos de sustancia discrecional o que niegan, o son ablatorios de derechos, entre otros. Por obvia consecuencia, los actos que se dicten en uso de potestades regladas, será menor la exigencia de motivación”. Véase Jorge Coviello, Pedro José, “La motivación del acto administrativo como medio de control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales”, en Alonso, Enrique M., *El control de la actividad estatal: discrecionalidad, división de poderes y control extrajudicial*, Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016, p. 148.

en juego, es indispensable que el ente que emita el acto o la norma razone su necesidad en la consecución de los fines constitucionalmente legítimos, ponderando específicamente las circunstancias concretas del caso. Tratándose de las reformas legislativas, esta exigencia es desplegada cuando se detecta alguna “categoría sospechosa”, es decir, algún acto legislativo en el que se ven involucrados determinados valores constitucionales que eventualmente pueden ponerse en peligro con la implementación de la reforma o adición de que se trate. En estos supuestos se estima que el legislador debió haber llevado un balance cuidadoso entre los elementos que considera como requisitos necesarios para la emisión de una determinada norma o la realización de un acto, y los fines que pretende alcanzar. Además, este tipo de motivación implica el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) La existencia de los antecedentes fácticos o circunstancias de hecho que permitan colegir que procedía crear y aplicar las normas correspondientes y, consecuentemente, que está justificado que la autoridad haya actuado en el sentido en el que lo hizo; y, b) La justificación sustantiva, expresa, objetiva y razonable, de los motivos por los que el legislador determinó la emisión del acto legislativo de que se trate. Por otra parte, la motivación ordinaria tiene lugar cuando no se presenta alguna “categoría sospechosa”, esto es, cuando el acto o la norma de que se trate no tiene que pasar por una ponderación específica de las circunstancias concretas del caso porque no subyace algún tipo de riesgo de merma de algún derecho fundamental o bien constitucionalmente análogo. Este tipo de actos, por regla general, ameritan un análisis poco estricto por parte de la Suprema Corte, con el fin de no vulnerar la libertad política del legislador.³⁹⁶

Asimismo, la SCJN ha determinado que se exige una motivación reforzada cuando se crea un nuevo municipio, en razón de la trascendencia institucional y jurídica superior que implica este acto, así como por su incidencia altamente relevante sobre los habitantes, y también por su trascendencia socioeconómica, institucional, política y cultural.³⁹⁷ Igualmente, ha determinado la Corte que se exige una motivación reforzada cuando se ejerce

³⁹⁶ SCJN, Pleno, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXX, diciembre de 2009, p. 1255, Tesis de jurisprudencia: P./J. 120/2009. Controversia constitucional 32/2007. Poder Judicial del Estado de Baja California, 20 de enero de 2009. Once votos en relación con los puntos resolutivos de la sentencia respectiva y mayoría de nueve votos en favor del criterio contenido en esta tesis.

³⁹⁷ Véase la tesis de rubro: “MUNICIPIOS. SU CREACIÓN NO PUEDE EQUIPARARSE A UN ACTO QUE SE VERIFIQUE EXCLUSIVAMENTE EN LOS ÁMBITOS INTERNOS DE GOBIERNO, POR LO QUE ES EXIGIBLE QUE SE APOYE EN UNA MOTIVACIÓN REFORZADA”. SCJN, Pleno, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXII, diciembre, 2005, p. 2299. Tesis de jurisprudencia: P./J. 153/2005. Controversia constitucional 11/2004. Municipio de Martínez de la Torre, Estado de Veracruz. 20 de septiembre de 2005. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: José Ramón Cossío Díaz y Juan N. Silva Meza. Ponente: José

la facultad de veto establecida en el artículo 74, párrafo segundo, de la Ley del Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública.³⁹⁸ En este supuesto, la motivación reforzada se exige porque el acto

...tiene una trascendencia institucional jurídica superior, al ser la sociedad la destinataria de los servicios públicos del Estado y, por ello, estar interesada en que sean prestados por conducto de funcionarios públicos idóneos, al tiempo de tener una trascendencia en el derecho de acceder a la función pública en condiciones de igualdad con base en el mérito, teniendo como trasfondo la prohibición para la autoridad de discriminar, en términos del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por lo anterior, y con base en una interpretación conforme de los artículos 109 y 113 constitucionales, al emitirse el referido veto, deben cumplirse las garantías de fundamentación y motivación en su modalidad reforzada, es decir, que se advierta la existencia de una consideración sustantiva, objetiva y razonable y no meramente formal de la normativa aplicable, la cual esté centrada en los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia; de ahí que el requisito de validez constitucional de la facultad de veto del superior jerárquico, sea el resultado de una motivación objetiva y razonable de las circunstancias concretas del caso y se vincule sustancialmente con el peligro que podría existir en relación con la optimización de los principios contenidos en los referidos artículos 109 y 113 constitucionales para demostrar que, contra la presunción de idoneidad que arroja ser vencedor en un concurso, existen razones objetivas que demuestran que dicha persona no es apta para ocupar el puesto.³⁹⁹

En estos y en otros casos, los tribunales federales han fijado un nivel exigente de argumentación, necesario para que se considere que se cumple

Ramón Cossío Díaz; en su ausencia hizo suyo el asunto Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles.

³⁹⁸ Facultad de veto que tiene el superior jerárquico inmediato del área en el que se haya registrado la necesidad institucional o una vacante, que presidirá el Comité Técnico de Selección, y que puede ejercerse una vez que el comité, por mayoría, ha seleccionado a la persona vencedora, quien, se estima, ha satisfecho todos los requisitos para ocupar la vacante y tiene mayores méritos para desempeñar el cargo.

³⁹⁹ Ver tesis cuyo rubro es: “SERVICIO PROFESIONAL DE CARRERA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL. EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE VETO ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 74, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY RESPECTIVA, ESTÁ CONDICIONADO A UN ESTÁNDAR DE MOTIVACIÓN REFORZADA”. SCJN, Primera Sala, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XXII, julio de 2013, tomo 1, p. 576. Tesis aislada: 1a. CCIV/2013 (10a.). Amparo en revisión 751/2012. María Concepción Núñez Escobedo. 20 de marzo de 2013. Unanimidad de cuatro de votos. Ausente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: David García Sarubbi.

con el requisito de la motivación en relación con cierto tipo de actos de autoridad. En este trabajo sostenemos que una motivación reforzada también ha de exigirse en la hipótesis de la adopción de decisiones administrativas de carácter general y de decisiones administrativas discrecionales que tienen fuerte impacto en la o en las comunidades, en el marco de un procedimiento participativo en la función administrativa (como la audiencia pública) a través del cual los ciudadanos estén facultados para dar sus opiniones, razones, argumentos, planteamientos y demandas en relación con una decisión administrativa que tiene el potencial de afectar de manera importante sus vidas. Asimismo, un elemento de esa motivación reforzada debe ser el deber de la autoridad instructora de “...explicitar en los fundamentos de su decisión, de qué manera ha tomado en cuenta las opiniones de la ciudadanía y, en su caso, las razones para su desestimación”, como se establece en el artículo 184.4 de la LPAG del Perú, que hemos revisado en la sección IV.2 del presente capítulo. En el entendido de que la ausencia de tal motivación reforzada acarrearía la nulidad del acto administrativo final que se dictara (hipótesis en la cual estaríamos hablando de un “vicio de motivación” del acto administrativo respectivo). Lo anterior significaría que, dentro del trámite participativo correspondiente, en la elaboración de su motivación reforzada la autoridad debería explicar cómo tomó en cuenta las aportaciones que en su caso hayan hecho actores de la sociedad civil, razonar cómo las valoró, manifestar si hubo propuestas alternativas, y razonar también por qué se desecharon, decidiéndose a favor de la que finalmente se adoptó.

En relación con este tema, en la doctrina colombiana Irit Milkes ha explicado por qué en la presencia de actos administrativos expedidos en el ejercicio de potestades discrecionales, el deber de motivar se exige con mayor rigor: “Tal exigencia permitirá, por un lado, proteger los derechos de los destinatarios de las decisiones tomadas por una autoridad administrativa y, por otro lado, ofrecer algunos criterios que facilitan el control judicial por el juez administrativo”.⁴⁰⁰

Más aún: este autor vincula esta exigencia de un mayor rigor en la motivación del acto administrativo discrecional, al derecho a la buena administración, que faculta a los ciudadanos para exigir determinado deber de comportamiento por las autoridades públicas. En este sentido, el contenido de la motivación debe cumplir con criterios de suficiencia, como un nuevo

⁴⁰⁰ Milkes, Irit, “Buena administración y la motivación de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades discrecionales”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 21, 2019, pp. 153-178.

control de la función administrativa, y fungir como garantía esencial para proscribir la arbitrariedad.⁴⁰¹

Trayendo a colación las reflexiones sobre el interés general que desarrollamos en la sección II del presente capítulo, podemos sostener ahora que si el acto administrativo debe estar justificado en función de alcanzar como fin el interés general, a partir de la ponderación de los intereses particulares y colectivos en presencia, y tomando en cuenta criterios extrajurídicos (políticos, ambientales, técnicos, o de oportunidad, entre otros),⁴⁰² en la motivación deben quedar manifiestos los razonamientos por los cuales en dicha ponderación de intereses y criterios, el fin del acto administrativo conecta con el interés general, y no con intereses particulares.

Finalmente, recordemos dos extraordinarias expresiones de Rodríguez Arana en relación con el tema aquí discutido. Primera, dice este connotado autor, la extraordinaria frase acuñada por él, en todo caso, cuando la administración pública “...opera en virtud de poderes discrecionales, el grado en que se debe concretar y justificar el interés general está en proporción a la intensidad de la discrecionalidad atribuida por la norma a la Administración pública”.⁴⁰³ Y segunda: la temperatura democrática de una administración pública se mide, entre otros factores, por el grado de calidad de la motivación de los actos administrativos.⁴⁰⁴

VI. REFLEXIONES FINALES

Los mecanismos de participación ciudadana examinados en este capítulo nos muestran que el derecho administrativo no se agota en la aplicación de la ley y el control judicial de legalidad de la administración. Ni uno ni otro garantizan que en las decisiones administrativas prevalezca el interés general por encima de los intereses particulares. Abrir puntos de acceso a la participación ciudadana en los términos que hemos explorado posibilita que la administración pública no tenga el monopolio de la definición del interés general.⁴⁰⁵

⁴⁰¹ *Idem.*

⁴⁰² Baca Oneto, Víctor Sebastián, “La discrecionalidad administrativa y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 11, 2012, pp. 186 y 187.

⁴⁰³ Rodríguez Arana, Jaime, “El interés general y el derecho administrativo”, *Revista Federal de Derecho*, núm. 4, mayo 2019.

⁴⁰⁴ Rodríguez Arana, Jaime, “Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo”, *Derecho PUCP*, núm. 67, 2011, p. 217.

⁴⁰⁵ Cabe citar aquí la doctrina del Tribunal Constitucional español, según la cual en el Estado social y democrático de derecho, el interés general ya no se define unilateralmente

Además, permite proteger los derechos e intereses de los particulares que puedan verse afectados por la disposición administrativa de que se trate; es garantía del acierto y eficacia de la concreta norma administrativa, y reviste de legitimidad democrática la norma sobre la que se proyecta.⁴⁰⁶

En efecto, los mecanismos de participación que hemos estudiado cumplen una función de legitimación de las actuaciones de la administración pública. Y más aún en relación con decisiones discrecionales, en las que es necesario valorar cuestiones de oportunidad y conveniencia. Así, aparece la necesidad de complementar la legitimación de las decisiones administrativas cumpliendo la carga de la participación ciudadana, teniendo en cuenta, como observa Danós, que dicha participación no reemplaza la legalidad como principal fuente de legitimación de la administración pública, sino que más bien su función es complementarla.⁴⁰⁷

En este sentido, el artículo 13 de la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública se refiere al aporte que dicha participación da a las políticas públicas en términos de legitimidad:

13. La participación ciudadana en la etapa de diseño y formulación de una política pública es fundamental para la creación de valor y legitimidad de las mismas, por ello:

a. La Administración Pública con competencia en dicha política pública producirá y proveerá con anticipación suficiente información relevante y en términos comprensibles sobre la materia sujeta a opinión o propuesta de la ciudadanía.

por la administración pública: “La configuración del Estado como social de Derecho, viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad, que difumina la dicotomía Derecho público-privado, y agudiza la dificultad, tanto de calificar determinados entes cuando no existe una calificación legal, como de valorar la incidencia de una nueva regulación sobre su naturaleza jurídica”. STC 18/1984, del 7 de febrero de 1984. Por otra parte, citando a Ariño Ortiz, Danós sostiene que “...la participación ciudadana en la Administración permite romper el monopolio interpretativo de lo que es el interés público cuya definición corre hoy día exclusivamente en manos de la Administración, razón por lo que resulta indispensable la intervención de los ciudadanos en el proceso de formación de decisiones que involucren el interés general, para la reorientación de los objetivos públicos”. Danós, *op. cit.*, p. 123. La cita de Ariño Ortiz, Gaspar corresponde a su trabajo titulado: “Democracia y administración (notas sobre la participación ciudadana en los procesos de decisión)”, publicado en los *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1978, a su vez citado por Rodolfo Carlos Barra, *Principios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Ábaco, 1980, p. 228.

⁴⁰⁶ García García, María de Jesús, “La participación ciudadana en la elaboración de disposiciones reglamentarias: participación funcional e iniciativa reglamentaria”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 37, 2008, pp. 423.

⁴⁰⁷ Danós, *op. cit.*, p. 124.

b. Las prácticas participativas que inciden en el diseño de políticas deben estar basadas en convocatorias formales, amplias y abiertas que contemplen a toda persona u organización con voluntad de participar y particularmente, a los sectores sociales que suelen estar subrepresentados y excluidos.

Pero también se trata de introducir una medida de control social dentro del proceso de elaboración de ciertas funciones administrativas. Como afirma Muñoz Machado, lo que se busca con ello es “...ofrecer un cauce de expresión de las demandas sociales que sea también útil para controlar las decisiones que las autoridades administrativas adoptan en el marco de sus poderes discrecionales”.⁴⁰⁸

Y aquí regresamos a los temas de la definición del interés general y la motivación de los actos administrativos (en particular los discrecionales), que tratamos en las secciones II y IV del presente capítulo. Porque resulta, como afirma Rodríguez Arana, que el interés general no es un cheque en blanco, no es una fórmula abierta que permita el desencadenamiento de las potestades administrativas sin más. Necesita ser demostrado en lo concreto, precisa ser puntualizado con detalle, debe ser específico y fácil de aprehender por la ciudadanía. De lo contrario, el concepto se convierte en un peligroso expediente para el autoritarismo y el ejercicio unilateral del poder:

Entonces, cada vez que el aparato público use alguna potestad o poder, habrá de argumentar su ejercicio en motivos concretos de interés general. Acostumbrar a la Administración pública a esta forma de proceder significa, ni más ni menos, que el criterio del servicio objetivo al interés general sea realmente el principal patrón de conducta que presida el entero quehacer de las Administraciones públicas.⁴⁰⁹

Cerramos este capítulo recordando que el artículo 10 de la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública establece varios principios, entre los cuales se encuentran la constitucionalización y la institucionalización.⁴¹⁰ El primero, significa que los Estados iberoamericanos procurarán constitucionalizar el reconocimiento del derecho de participación ciudadana en la gestión pública y regularán los mecanismos,

⁴⁰⁸ Muñoz Machado, *op. cit.*, “Las concepciones...”, pp. 528 y ss.

⁴⁰⁹ Rodríguez Arana, Jaime, “El interés general en el derecho administrativo. Notas introductorias”, *AIDA, Opera Prima de Derecho Administrativo, Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, *opus*, núm. 11, enero-junio, 2012, p. 75.

⁴¹⁰ Los otros principios son: igualdad, autonomía, gratuidad, corresponsabilidad social, respeto a la diversidad y no discriminación y adecuación tecnológica.

procedimientos y garantías que éste requiere. El segundo, implica que los poderes públicos promoverán la creación, mantenimiento y correcto funcionamiento de las instituciones y mecanismos que hagan posible el ejercicio del derecho de participación ciudadana en la gestión pública, respetando la existencia de espacios y mecanismos de participación informal y espontánea. La consecución de estos principios, sea a nivel federal o a nivel estatal, es la dirección hacia la que apuntan los argumentos y las reflexiones que hemos desarrollado en este trabajo.