

# CONSIDERACIONES SOBRE LA PARTICIPACION EN EL DERECHO COMPARADO BRASIL-ESPAÑA (\*)

Por  
DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

*SUMARIO: I. Cuestiones propuestas para el nuevo siglo.—II. Origen de los estudios ius-políticos de la participación.—III. La participación y las agencias administrativas independientes.—IV. La negociación administrativa y la participación en los procedimientos administrativos.—V. La proliferación de las fuentes normativas (regulática).—VI. Dos experiencias de constitucionalización del principio de participación.—VII. Conclusiones en la línea del consenso.*

## I. CUESTIONES PROPUESTAS PARA EL NUEVO SIGLO

La revolución de las comunicaciones, que inauguró la época que Manuel CASTELS denominó en su trilogía de *La Era de la Información* (1), está cambiando drásticamente el tejido de la sociedad, de las estructuras políticas de todos los niveles y, en especial, de la Administración pública.

Entre tantas cuestiones trascendentales que se presentan en la riquísima agenda académica que se nos propone, como, entre tantas otras, se podrían mencionar el devenir del Estado-nación, la estructuración política multinacional, la pluralización de las fuentes del Derecho, la ruptura de las simetrías federativas tradicionales y los progresos de la subsidiariedad, lo que se pretende recoger y destacar, en este breve estudio, es apenas un aspecto, la *participación*, aunque de fundamental importancia para la realización de una *democracia sustancial*, la que Jean RIVERO connotaba no apenas la elección de *quiénes* serán los gobernantes como la de *cómo* los ciudadanos quieren ser gobernados (2).

---

(\*) Presentación en el Seminario de Profesores del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, en 3 de mayo de 2000, dirigido por Don Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA.

(1) Manuel CASTELS, *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura*, S. Paulo, Editora Paz e Terra, 1999.

(2) Jean RIVERO, «A propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui; démocratie et administration», en *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965.

## II. ORIGEN DE LOS ESTUDIOS IUSPOLÍTICOS DE LA PARTICIPACIÓN

El estudio de la *participación* no tuvo raíces en la Ciencia del Derecho. Sus orígenes están en la Sociología, en las teorías y sistemas que buscaban explicar la naturaleza de las *relaciones entre individuos y el cuerpo social*, como son encontradas en las conclusiones que surgieron en la polémica entre Gabriel TARDE y Emile DURKHEIM sobre la alternativa de predominio de la coerción o de la integración voluntaria, cuestión que sería luego superada por los existencialistas, notadamente G. H. MEAD y G. D. GURVITCH, que han introducido una visión de lo social como interiorización de relaciones; por lo tanto, como realidades existenciales, o sea, la esencia de participación serían *actitudes* (3).

En un segundo momento, la dinámica de la participación ha sido un tema explorado por los expertos de la Ciencia de la Administración en Francia, que buscaban, en las vísperas de la Segunda Guerra Mundial, caminos de motivación para perfeccionar las relaciones entre empresas y empleados, con vistas al aumento de la productividad, iniciándose la literatura especializada con trabajos, todavía muy pragmáticos y sin vuelos políticos, como el de J. PRZYLUCKI, *La Participation* (4), y los de la obra colectiva organizada por F. PERROUX, *Participation des salariés aux responsabilités des entrepreneurs* (5).

Con la conflagración mundial que siguió, los embates ideológicos y bélicos habían puesto la democracia, como régimen político, bajo cuestión, llevando a los cultores de la Sociología, de la Ciencia Política y de las Ciencias de la Administración a suscitar el problema de la adecuación de los procedimientos políticos y administrativos, que se mantenían vigentes en la posguerra, a los nuevos requerimientos de *legitimidad* de las democracias de masa.

Se debe recordar que esas *democracias de masa* surgieron como una inevitable consecuencia de la ascensión socioeconómica de las poblaciones producida por la Revolución Industrial, cambiando el perfil de las sociedades «monoclasas» o «biclasas», predominantemente agrarias, en que era solamente posible la práctica de la *democracia de clase media*, por las nuevas sociedades «pluriclasas», predominantemente urbanas (6).

---

(3) Fuentes: *Dicionário de Ciência Sociais*, Río de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1986, verbete *participación*, pág. 809.

(4) J. PRZYLUCKI, *La Participation*, París, PUF, 1940.

(5) F. PERROUX *et alii*, *Participation de salariés aux responsabilités des entrepreneurs*, París, PUF, 1947.

(6) Las expresiones *monoclase*, *biclase* y *pluriclase* están siendo empleadas en el senti-

Así es que en la década de los sesenta y en el inicio de los setenta se inicia una literatura sociopolítica de la participación, predominantemente norteamericana, exploratoria y provocativa, trabajando la relación entre la interacción individuo-Estado y la teoría democrática, como, por ejemplo, los estudios de A. H. BIRCH, *Representative and Responsible Government* (7), y Chris ARGYRIS, *Integrating the Individual and the Organization* (8), los dos del año 1964.

Otros sociólogos y científicos políticos, como PIZZORNO en Italia (1966) (9), J. HABERMAS en Alemania (1968) (10) y Alain PEYREFITTE (11) en Francia (1969), se interesaron por el tema y prestaron su notoriedad para divulgarlo, pero los que efectivamente se concentrarían sobre su puro sentido político serían los *political scientists* norteamericanos, a los cuales se debe la insistencia en investigarlo a fondo.

Así es que la década de los setenta se inicia con trabajos específicos, como el ensayo de Carole PATTERMAN, *Participation and Democratic Theory* (12), y dos obras colectivas totalmente centradas en lo político: la primera, *The Case for Participatory Democracy* (13), en que se destacan artículos de George C. BENELLO, «Group Organization and Socio-Political Structure» (14); de Rosebeth Moss KANTER, «Some Issues in the Community Development Corporation» (15), y de Martin OPPENHEIMER, «The Limitations of Socialism» (16); y la segunda obra, *Participation in Politics* (17), con artículos sobresalientes de Peter BACHRACH, «Interest Participation and Democratic Theory» (18), y de

---

do específico que les ha dado Massimo Severo GIANNINI, en «L'Amministrazione Pubblica dello Stato Contemporaneo», vol. I del *Trattato di Diritto Amministrativo*, dirigido por Giuseppe SANTANIELLO, Padova, CEDAM, 1988, *passim*.

(7) A. H. BIRCH, *Representative and Responsible Government*, Toronto, Toronto University Press, 1964.

(8) Chris ARGYRIS, *Integrating the Individual and the Organization*, New York, Wiley, 1964.

(9) Citado por Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *La Participación del Ciudadano en la Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, pág. 285.

(10) El trabajo de J. HABERMAS, traducido en italiano, *Sul concetto di partecipazione politica*, Bari, 1968, abriría a los países latinos el enfoque político del tema, con la autoridad ya reconocida del autor, influenciando los medios jurídicos italianos, a partir de P. L. ZAMPETTI, que reaccionó positivamente, en el mismo año, con un artículo pionero en la obra colectiva *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, vol. IV, Florencia, 1968, págs. 520 y ss.

(11) Alain PEYREFITTE y otros, *Qu'est-ce que la participation?*, París, 1969.

(12) Carole PATTERMAN, Cambridge, Cambridge University Press, 1970.

(13) Edición de George C. BENELLO y Dimitrios ROUSSOPOULOS, New York, Grossman, 1971.

(14) *Op. cit.*, págs. 37 a 54.

(15) *Op. cit.*, págs. 65 a 71.

(16) *Op. cit.*, págs. 271 a 282.

(17) Edición de J. Roland PENNOCK y John W. CHAPMAN, New York, Siber-Atherton, 1975.

(18) *Op. cit.*, págs. 39 a 50.

Lisa H. NEWTON, «The Community and the Cattle-Pen: an Analysis of Participation» (19).

Entre 1972 y 1978, Sidney VERBA produce intensamente libros y artículos sobre la participación política, con la colaboración de Norman H. ME, destacándose *Political Participation* (20), *Participation in America: Political Democracy and Social Equality* (21) y *Participation and Political Equality* (22).

Por fin, merecen mención dos estudios clásicos: de Lawrence A. SHAFT, *Participation in the Western Political Tradition: A Study of Theory and Practice* (23), y de C. B. MACPHERSON, *The Life and The Time of Liberal Democracy* (24).

Los institutos jurídicos e iuspolíticos de la participación y el camino para adoptarlos, que no habían sido objeto de estudio por los anglosajones, por supuesto porque ellos ya los habían tradicionalmente incorporado a su cultura, sólo empiezan y adquieren densidad en Europa, más precisamente en Italia, en los últimos años de la década de los sesenta.

Así explica Miguel SÁNCHEZ MORÓN el surgimiento del interés en Italia: «es precisamente en dicho país, como en ningún otro, donde la participación se ha situado en el centro del debate político e iuspublicista de los últimos años», y no es por casualidad que el principio general de participación y «todo un muestrario de instituciones participativas sin igual en las demás Cartas fundamentales de las democracias occidentales» estén en la Constitución italiana (art. 3, ap. 2) (25).

Efectivamente, el marco europeo puede ser considerado el ensayo de P. L. ZAMPETTI denominado «Il nuovo concetto di democrazia partecipativa», incluido en la importante obra colectiva *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente* (26), abriendo la intensa producción en los años setenta, con trabajos suyos y de otros autores, como S. CASESE (27), E. CASETA (28), R. BETTINI (29), V. ARIPALDI (30),

(19) *Op. cit.*, págs. 223 a 245.

(20) New York, Ed. Handbook of Political Science, 1972, 4, págs. 1 a 74.

(21) New York, Ed. Hayer & Row, 1972.

(22) Cambridge, Cambridge University Press, 1978.

(23) Tucson, University of Arizona Press, 1975.

(24) Cambridge, Oxford University Press, 1977.

(25) Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *op. cit.*, en «Nota Preliminar», pág. 12.

(26) Florencia, 1968, vol. IV, págs. 520 y ss.

(27) *Il privato e il procedimento amministrativo*, «Archivio Giuridico», 1970, págs. 25 a 188.

(28) *La partecipazione democratica nell'ordinamento regionale*, «Foro Amministrativo», vol. IV, 1972, págs. 875 y ss.

(29) *La partecipazione amministrativa*, Milán, 1973.

(30) *Contributo alla definizione del concetto di partecipazione nell'art. 3 della costituzione*, Nápoles, 1974.

S. ARIFOGLIO (31) y G. ARENA (32), apenas como ejemplos del abanico de temas monográficos tratados en esa época de desarrollo de los conceptos de participación jurídica de los individuos.

La literatura iuspublicista se abre en Francia con la obra colectiva *La consultation dans l'administration contemporaine*, en que se destaca el artículo de Jeanne SIWEK-POUY DESSAU, «Consultation et Participation» (33), y posteriormente estaría bien representada por J. P. FERRIER, con *La participation des administrés aux décisions de l'Administration* (34), y por J. CHEVALIER, con *La participation dans la administration française. Discours et Pratique* (35).

En España, el artículo de S. MUÑOZ MACHADO, *Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración Pública* (36), publicado en 1977, es el primer trabajo de aliento a enfrentar directamente el nuevo tema, que sería luego, en el año siguiente, en noviembre de 1978, objeto de la tesis doctoral de Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *La participación del ciudadano en la Administración Pública* (37), que, con las observaciones y consejos aportados, fue publicada en el año de 1980 y, desde entonces hasta hoy día, sigue siendo la más completa obra monográfica en lengua española, lamentablemente agotada (38).

En la América Ibérica cabe un registro de dos trabajos pioneros de Agustín GORDILLO: *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio* (39) y *Participation in Latin America* (40), presentado en un Seminario sobre «El Derecho en el esbozo y administración de estrategias alternativas de desarrollo», realizado en 1980 en Coventry, Inglaterra, bajo los auspicios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Warwick, Instituto de Investigación Jurídica y el Centro Internacional para el Derecho en el Desarrollo, de Nueva York. Posteriormente y con menores méritos se publica la monografía brasileña, bajo el título (en español) *Derecho de la Participación Política*,

(31) *Riflessione critiche sulle azioni popolari come strutturamento di tutela degli interessi collettivi*, en «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico», núm. 4, 1974, págs. 1395 y ss.

(32) «La partecipazione dei privati al procedimento amministrativo nell'esperienza statunitense», en *La tutela degli interesse diffusi nel diritto comparato*, Milán, 1976.

(33) París, A. Langrod, 1972, págs. 224 y ss.

(34) En «Revue de Droit Public», núm. 3, 1974, págs. 663 y ss.

(35) En «Revue d'Administration Publique», vols. I y II, núms. 37 y 39, 1976.

(36) En el núm. 84 de esta REVISTA, 1977, págs. 519 y ss.

(37) Componían el Tribunal los Profesores Doctores GARCIA DE ENTERRÍA, FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, LEGUINA VILLA, GÓMEZ-FERRER MORANT y PECES-BARBA MARTINEZ, de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, que otorgaron calificación de sobresaliente *cum laude* a la tesis.

(38) Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980.

(39) México y Buenos Aires, 1973.

(40) New York, Vintage Press, 1982.

*Legislativa, Administrativa y Judicial (Fundamentos y técnicas constitucionales de la democracia)* (41).

En menos de veinte años, prácticamente en dos décadas, de los sesenta y setenta, varios institutos y métodos participativos, ampliamente adoptados en el mundo jurídico anglosajón, penetraron las Constituciones, las leyes y todos los ordenamientos jurídicos del mundo de tradición romano-germánica. Estaba encerrada la fase de estudios, de recepción y de adaptación en Europa continental y Latinoamérica del principio de participación.

Pero ese rico filón del sistema jurídico anglosajón, notadamente en su vertiente norteamericana, encauzada en los últimos doscientos años por sus dos grandes megainstituciones históricas, el *constitucionalismo* y el *judicial control*, estaría muy lejos de agotarse, mismo después del relativo silencio de los años ochenta.

Efectivamente, con la globalización y con la labor iuspolítica integradora que se desarrolla en la Unión Europea, el proceso de aproximación de los dos grandes sistemas jurídicos occidentales se intensifica, y nuevos institutos de participación, cuyas notorias ventajas operacionales en las economías de mercado democratizadas espejan el pragmatismo de la cultura norteamericana, pasan a ser apreciados por los países de herencia romano-germánica, como una nueva ola, que se manifiesta nítidamente a partir de la última década.

Es en este contexto que se propone compartir algunas reflexiones sobre la segunda cosecha proporcionada por el *principio de participación*, sacrificando unas interesantes consideraciones teóricas sobre los aspectos políticos y económicos que les son conexos, para presentar, apenas como ejemplificación, cuatro temas actuales que, sin embargo polémicos, han venido a enriquecer nuestro patrimonio jurídico, simplificando la vida de los ciudadanos, de las empresas, y reduciendo las tensiones entre el hombre común y el Poder Público.

### III. LA PARTICIPACIÓN Y LAS AGENCIAS ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES

Las consideraciones hechas permiten hacer un estudio comparativo derivado, ahora en cuanto a la *aplicación del principio* en lo que se refiere a un fenómeno administrativo que se mantiene en el orden del día en los países de tradición jurídica romano-germánica: las *agencias administrativas independientes*.

---

(41) Diogo DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Direito da Participação Política, Legislativa, Administrativa e Judicial (Fundamentos e técnicas constitucionais da democracia)*, Rio de Janeiro, Editora RENOVAR, 1992.

La llamada «administración independiente» es un instituto tradicional del Derecho administrativo anglosajón que llamó la atención y pasó a ser adoptado por muchos países de Europa y de América en los últimos años, por haber demostrado una peculiar *eficiencia operativa* en países política y económicamente abiertos, en razón de su especialización, flexibilidad, independencia, celeridad y, sobre todo, en lo que más de cerca interesa a este ensayo, a la *proximidad y apertura social de su acción*, en relación con los administrados interesados, y la *posibilidad de promover negociaciones en procedimientos participativos* y, no menos importante, de actuar, en ciertos casos, con poderes «parajuridiciales» para evitar interminables confrontaciones entre administrado y el Estado (42).

En teoría, el *principio de participación* tiene plena aplicación bajo varios aspectos en que se pueda analizar el instituto, pero su importancia sobresale principalmente por la creación de una *conexión administrativa inmediata* y despolitizada, a veces muy interactiva, entre la *agencia* y el *administrado interesado*, que con ella gana una directa correspondencia, representando, por eso, una «promoción de condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sea efectiva... y facilitar la participación», como prescribe la Constitución española (43), o sea, una garantía de que todos los interesados participarán de las discusiones, de los acuerdos y de las decisiones pertinentes a los asuntos *técnicos* que les conciernen, con el mínimo de interferencia de política partidaria en el resultado (44).

Pero, en España como en Brasil y todos los demás países que, por igual, están recibiendo en sus ordenamientos esas figuras importadas de un sistema ajeno a la tradición de los nuestros, los problemas de reconcebir y de redefinir nuevos controles, no sólo sobre las actividades administrativas tradicionales en los sectores de policía y de servicios públicos, ahora extendido a otros *servicios de interés econó-*

---

(42) Este tema, que se sitúa en el contexto del programa de investigación de la Universidad Carlos III, de Madrid, ha llevado a su Catedrático de Derecho Administrativo, Luciano PAREJO ALFONSO, a expresar, por dos veces, en oportunos Prólogos a monografías producidas, que se debe considerar normal la atracción que es capaz de ejercer el ordenamiento norteamericano «por la simplicidad y funcionalidad de las soluciones - derivadas de la filosofía pragmática que lo inspira» (cf. de BETANCOR RODRIGUEZ, *Las administraciones independientes, un reto para el Estado Social y democrático de Derecho*, Madrid, Civitas, 1994, y de Angel Manuel MORENO MOLINA, *La administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*, Madrid, Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, 1995).

(43) Artículo 9.2 de la Constitución española.

(44) Se trata, por lo tanto, de tomar decisiones en el ejercicio de la *discrecionalidad técnico-administrativa* y no de la *discrecionalidad político-administrativa*, justificándose el abastecimiento de ese tipo de juicio de los colegiados directores de las agencias, por eso, dichas políticamente independientes.

*mico* general, exigen un profundo y delicado trabajo de recepción y adaptación, por vía de comprensión interpretativa (45).

Así es que dificultades técnico-jurídicas, como la *directa dependencia* del Legislativo sin intermediación de la Administración, la diferenciación de un *control de naturaleza judicial* por un órgano estatal no judicial y el problema de la *independencia de la dirección* de las agencias frente al Gobierno central, suscitan, aquí como allá, instigadores debates.

Pero la diferencia que se puede vislumbrar entre los varios planteamientos existentes no está exactamente en los argumentos y en la racionalidad jurídica con que son presentados, sino en la dificultad que resiente una parte sustancial, aunque no mayoritaria, de la clase política de aceptar una actividad administrativa que se produzca fuera de la jerarquía propia, o sea, sin control inmediato de las autoridades del Gobierno.

Una hipótesis emblemática de ese tipo de conflicto político, que alimenta las controversias jurídicas, ha sido recientemente llevada a juzgarse en el Supremo Tribunal Federal de Brasil, confrontando un miembro de la agencia reguladora independiente de servicios públicos del Estado de Río Grande del Sur, nombrado por el Gobernador, que fue dimitido *ad nutum* por el nuevo Gobernador electo.

Por divergencias de color político, el nuevo Gobernador destituyó al dirigente de la agencia en pleno curso de su mandato de cuatro años, llevándole a recurrir a la Justicia en defensa de lo que calificó de derecho subjetivo público violado.

En el centro de la discusión, en la sesión de la Suprema Corte, estaba la disconformidad jurídica entre la existencia de un mandato a término cierto con la regla tradicional que comete el mando unipersonal de la Administración al Gobernador y la invasión de poderes del Legislativo sobre el espacio reservado al Ejecutivo.

De acuerdo con la interpretación mayoritaria, la decisión, con apenas un voto vencido entre diez ministros, aceptó la tesis de la independencia institucional de la agencia y garantizó el mandato originario.

La discusión jurídica era sin duda relevante, pero la derrota ha sido, claramente, de una mentalidad autocrática y «patrimonialista», en el sentido weberiano. La afirmación de la independencia del nuevo órgano, que había sido dimensionado para *atender directamente al ciudadano* en sus relaciones con los concesionarios de servicios pú-

---

(45) Del mismo modo, en España como en Brasil, las posturas se encuentran divididas en cuanto a la estricta constitucionalidad de las administraciones independientes, bien como sobre el catálogo de las entidades incluidas en el género.

blicos y con el propio Poder Concedente, y no para apoyar políticas partidarias, vino en refuerzo de los principios justamente aplicables de participación y de subsidiariedad, como un caso más que demuestra que, a veces, la identidad del contenido jurídico del litigio es ilusoria, porque el conflicto real se establece en el plano sociológico.

#### IV. LA NEGOCIACIÓN ADMINISTRATIVA Y LA PARTICIPACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

El segundo tema escogido, que suscita unas interesantes consideraciones sobre aspectos particulares de la nueva siembra de la participación y se presta al método comparativo del Derecho, se refiere a la *negociación administrativa* en los procedimientos públicos.

Ahí está, posiblemente, uno de los campos en que el principio de participación logró sus más nítidos avances en su segunda ola, posibilitando la admisión de los administrados y de terceros al debate y negociación, abriendo espacio jurídico al ajuste de intereses entre Administración y administrados y una nueva alternativa a la vía del contencioso.

De una cierta forma, este tema sigue al anterior, en la medida en que las referidas agencias independientes generalmente se crean para actuar como *fueros de debate y de negociación* entre todos los interesados, como, en el ejemplo dado, ocurre con las agencias reguladoras de servicios públicos concedidos, en las cuales el Poder Concedente, los concesionarios y los usuarios encuentran oportunidad para promover la solución consensual de sus interminables litigios individuales o colectivos.

También, de la misma forma que con relación a las agencias independientes, aquí existe un instituto de corte anglosajón que ha sido lentamente desarrollado en el otro lado del Atlántico bajo el principio del *due process of law*, en su sentido formal, y que, por las mismas características pragmáticas apuntadas, que habían sido concebidas para actuar en países democráticos y de economía de mercado, fueron incorporados al bagaje jurídico de los países de la Comunidad a partir de la década de los setenta.

Así es que, en España, dos institutos de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, son también las crestas visibles de la nueva ola del principio de participación: la *terminación convencional del procedimiento* (art. 88) y los *medios sustitutivos convencionales del recurso ordinario* para la resolución de las controversias administrativas (art. 107.2).

La diferencia entre los dos institutos es pequeña, pero material: la terminación convencional precede la *decisión administrativa*, mientras los medios sustitutivos convencionales del recurso ordinario la presuponen. En los dos casos, en común, lo que fundamentalmente importa es si el contenido de interés público, hipotético o real, de la decisión es *disponible* por la Administración y, si lo es, en qué condiciones.

Ese nudo común, por supuesto, remite la sustancia de la controversia a las *leyes específicas*, que dictarán, en cada caso, los límites materiales (y formales) en que la Administración podrá actuar consensualmente. El propio artículo 107.2 LRJPAC hace remisión a una *ley*, lo que, en la exégesis autorizada de Juan Manuel TRAYTER, quiere decir que «la Ley 30/92 se limita a habilitar al legislador (estatal o autonómico) para sustituir sectorialmente el recurso ordinario por el sistema de arbitraje» (46).

Por esas razones, las dos mencionadas normas son abiertas, como lo sustenta Miguel SÁNCHEZ MORÓN, lo que permite la auspiciosa apertura de «la posibilidad de que el legislador (estatal o autonómico) y los titulares de la potestad reglamentaria, en su respectivo ámbito de competencia, establezcan *supuestos de terminación convencional* de tales o cuales procedimientos» (47).

En fase posterior a la decisión administrativa es igualmente posible la negociación, con la aceptación de las vías de la *conciliación*, de la *mediación* y del *arbitraje*, encontrándose aquí un extraordinario avance del Derecho español en el sentido de valorar la *participación* del administrado y el *consenso* como instrumentos de la Administración pública siempre que sea posible sustituirlos a la coerción.

Por otro lado, la negociación administrativa se presenta como una válida solución alternativa, en los Estados modernos, para reducir el creciente flujo de demandas contra la Administración, un fenómeno de escala mundial que provoca seria crisis de las justicias administrativas, admirablemente anunciada por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA desde fines de los años ochenta (48).

---

(46) Juan Manuel TRAYTER, «El arbitraje en el Derecho administrativo tras la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: nuevas perspectivas», en la obra colectiva *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, op. cit., pág. 57.

(47) Miguel SÁNCHEZ MORÓN, Juan Manuel TRAYTER y Angel SÁNCHEZ BLANCO, *La apertura del Procedimiento Administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, Ed. IVAP, 1992, pág. 14 (cursiva nuestra). El autor ofrece ejemplificativamente nueve hipótesis de terminaciones convencionales en el Derecho español, *mutatis mutandis* también aplicables al Derecho brasileño (págs. 16 a 18).

(48) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, Ed. Civitas, 1989.

Todo el problema jurídico central de la adopción de soluciones que prestigien el consenso se resume a los *límites de la negociación* posible, en todos los casos en que la Administración no sea apenas un árbitro de intereses de las partes privadas, pero deba transigir sobre los intereses públicos a su cargo.

Ahí se encuentran las dificultades jurídicas opuestas a la consensualidad, que surgen en razón de la vinculación de la Administración pública a los principios de legalidad y de indisponibilidad de los intereses públicos a su cargo, que serían absolutamente inflexibles bajo el punto de vista de la dogmática jurídica positivista tradicional.

Ahora bien: el panorama en Brasil es un poco distinto. La Ley núm. 9784, de 29 de enero de 1999, que rige el Procedimiento Administrativo Federal, que se aplica exclusivamente en el ámbito administrativo de la Unión, sin aplicación en las esferas estatales y municipales, no contempla específicamente la hipótesis de la terminación consensual ni de la sustitución de recursos por procedimientos consensuales, pero lo compensa, con la ventaja de tratarse de normas nacionales y no apenas federales, la Ley núm. 9307, de 23 de septiembre de 1996, que también rige la composición consensual de los litigios entre Administración y administrados.

Brasil, es importante empezar por aclararlo, no tiene la cultura de la negociación y del arbitraje como soluciones alternativas al recurso de la Justicia. Concorre para eso un poco del paternalismo de nuestras costumbres políticas. La mencionada Ley llegó con un formidable retraso, no solamente en una sociedad poco habituada a la negociación extrajudicial de sus conflictos como en un Estado desacostumbrado a ceder espacio a los administrados en caso de conflictos de intereses y siempre muy poco proclive a la negociación.

Como contribución para la discusión del problema y justificar la sumisión del Estado a métodos extrajudiciales de negociación de conflictos, en reciente ensayo denominado (en español) *Arbitraje en los contratos administrativos* (49) he sugerido partir de la ablación de la distinción entre las órbitas externa e interna de solución de conflictos envolviendo el Estado.

Así es que en el orden jurídico nacional rige la materia el *principio fundamental* establecido en el artículo 4.º, VII, de la Constitución Federal, que prescribe el empleo de las vías pacíficas —*por lo tanto consensuales*— para dirimir las controversias en que sea parte la República Federativa del Brasil en sus relaciones internacionales.

Por lo tanto, en todas las hipótesis de litigio internacional, el Es-

---

(49) En Diogo DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Mutações do Direito Administrativo*, Río de Janeiro, RENOVAR, 2000, págs. 221 y ss.

tado no está apenas *autorizado* como *constitucionalmente obligado a agotar las soluciones de consenso*, comprendidas todas las formas de negociación de intereses sin distinción legal, inclusive el arbitraje, sin otro límite que la observancia de la *proporcionalidad* entre valores preservados y valores sacrificados.

Por otro lado, *nada impide* en la Constitución que el Estado brasileño *se someta a la jurisdicción de otro país*, ya que en muchos casos esa solución podrá ser la más conveniente, cuando no sea la única posible, en términos de efectividad de la decisión.

De todas esas consideraciones y con un cuño esencialmente práctico dimanan principios emergentes del Derecho Internacional Público, como el de la *sumisión*, que excluye los conflictos de intereses irrelevantes, y el de la *viabilidad*, que considera con realismo el alcance real de la efectividad de la justicia nacional, caso por caso.

Por supuesto, toda esa discusión sobre los nuevos principios aporta nuevos temperamentos al antiguo, polémico mas siempre cambiante, concepto de soberanía.

Ahora bien, todas esas nuevas y muy interesantes consideraciones se aplican *a fortiori* a la hipótesis de arbitraje en fueros internos: pues si el Estado tiene derecho de demandar delante de la jurisdicción de otro país, con mucha más razón lo tendrá para pactar compromisos arbitrales.

En resumen, toda la cuestión del cabimiento del arbitraje, de la mediación y de la conciliación en la órbita interna del Estado se restringe a la definición de sus límites positivos de negociación, o sea, de la indisponibilidad legal de los intereses a su cargo.

## V. LA PROLIFERACIÓN DE LAS FUENTES NORMATIVAS (REGULÁTICA)

Hace algunos años la doctrina iuspublicista observa y comenta la proliferación de centros de poder normativos dentro del Estado, un fenómeno que sería una acomodación, hasta un cierto punto tolerable, de la doctrina de la división de poderes (50) a la complejidad alcanzada por las organizaciones políticas contemporáneas, pero fuera del Estado.

---

(50) En la literatura jurídica española reciente, sobre el tema, el provocador artículo de Vicente ALVAREZ GARCÍA, *La capacidad normativa de los sujetos privados*, «REDA», jul./sept. 1998, en que se encuentra el siguiente pasaje: «No parece en definitiva que el poder de realizar fuentes del derecho tanto no escritas —costumbre— como escritas —los convenios colectivos, por ejemplo— esté excluido para los sujetos privados. No todas las fuentes del derecho tienen por qué ser fuentes estatales, sino que pueden tener su origen en la sociedad civil.»

Pero en el primer volumen del *Tratado de Derecho Administrativo* coordinado por Giuseppe SANTANIELLO (51), el príncipe de los administrativistas italianos, Massimo Severo GIANNINI, impacta y sorprende con una descripción de un fenómeno increíblemente más amplio y profundo de proliferación de centros de poder normativos, ahora dentro y fuera del Estado (52).

Esquemáticamente se pueden identificar seis grandes órdenes de fuentes normativas actuando hoy día: *a)* el orden normativo público estatal tradicional; *b)* el orden normativo público estatal internacional; *c)* el orden normativo público comunitario; *d)* el orden normativo privado tradicional; *e)* el orden normativo privado de lo público no estatal; *f)* el orden normativo privado internacional de lo público no estatal.

*El orden normativo público estatal tradicional* no ofrece dificultades conceptuales, conformado por todas las leyes y actos normativos de cada Estado, inclusive los delegados, enmarcados todos por sus respectivas constituciones o actos equivalentes, que *delimitan el área del público estatal* en que ejerce sus competencias normativa y administrativa.

*El orden normativo público estatal internacional* es un producto contractual, formado por las normas pactadas entre los Estados y también por las normas indirectamente emanadas de las entidades internacionales de su creación, como la ONU, la OEA, el BID, etcétera.

*El orden normativo público comunitario* es, por ahora, una peculiaridad de la Comunidad Europea por la característica de supranacionalidad que le dan los pactos fundamentales de la Unión.

*El orden normativo privado de lo público no estatal* es una figura que se desarrolla en la medida que la sociedad civil establece sus propias reglas para actuar en el campo de interés público en que es posible la concurrencia de acción pública y privada. Sobre ese desarrollo, genera un poderoso impulso el modelo norteamericano de *self regulation*, ampliamente practicado en actividades como bancos, crédito, aviación, profesiones, normalización técnica, etc.

*El orden normativo privado internacional de lo público no estatal* es, del mismo modo, un campo en expansión, en la medida que la globalización pase a demandar normalizaciones, sobre todo en acti-

---

(51) En el original, *Trattato di Diritto Amministrativo*, Padova, Cedam, 1988.

(52) En especial, en el Capítulo 3 (*Il quadro di riferimento*), en que cataloga varios tipos de entidades con poder de decisión (*potestà decisionale*), págs. 9 a 16. En la íntegra: «Infatti oggi le amministrazione pubbliche con potestà decisionale, quindi in parallelo (usiamo per ora un termine improprio) con quelle dello Stato, sono divenute parecchie» (pág. 9).

vidades intensamente globalizadas, como los transportes aéreos, los deportes y el turismo, y en los nuevos y diversificados sectores de alta complejidad o de exigente tecnología, como los de las telecomunicaciones en general y especialmente la telemática, la genética, etc.

El trazo común en todos esos ejemplos de normatividad, que se siguen multiplicando astronómicamente en nuestro planeta a cada segundo, es la admisión de una intensa *participación* de los individuos y de los entes en su creación, no solamente por la vía tradicional abierta por los instrumentos de la democracia política formal, representativa y participativa, como y sobre todo por los nuevos instrumentos flexibles de la democracia sustancial puestos a disposición de las personas, independientemente de ciudadanía u otras condiciones políticas, como, *ad instar*, el debate público, la audiencia pública, el *poll*, los colegiados mixtos, las formas de cogestión, las asesorías externas, las delegaciones sociales, etc.

Las normas están en todas partes. En el mundo actual se vive en función de ellas, hasta en lo más imperceptible. Cuando uno se sienta para operar con su ordenador personal, no importa la complejidad de la tarea, sin percibir se somete a decenas y a centenas de normas de conducta formuladas por organizaciones privadas, muchas de las cuales son muy parecidas a las normas de la naturaleza, por el hecho de no admitir violación...

Y la pregunta que despierta esa situación sería sobre la integridad del orden jurídico tradicional. ¿Logrará prevalecer sobre la babel normativa producida por la «megaparticipación», reducirá o desaparecerá, tragado por cada vez más gigantescos *tsunamis* normativos generados en la Era de la Información?

La respuesta parece estar también en Massimo Severo GIANNINI al afirmar que «la administración del Estado permanece siempre, para usar un orden conceptual de origen sociológica, un centro de confluencia y de selección, o sea, el Estado, como tal, como órganos constitucionales y como administraciones que lo componen, *resta el centro político de una constelación de entes políticos y administrativos*» (53).

Si no es ésa la respuesta, cualquier otra será probablemente muy próxima.

Puestos en esos términos, parece claro que el monopolio nomenético del Estado está siendo desafiado por las nuevas estructuras de la sociedad de información y la normatividad estatal (del centro

---

(53) Massimo Severo GIANNINI, *op. cit.*, pág. 17 (cursiva nuestra).

político de la constelación) y seguirá una tendencia de no más ser un regulador heterónomo absoluto de relaciones sociales pero un instrumento rector de autorregulaciones sociales (54).

En la era de la regulática, no tendrá sentido un Derecho comparado; posiblemente se necesitará, en un futuro no muy remoto, desarrollar una nueva *disciplina jurídica* de nexos, para conciliar multiplicadas ramas y subramas de órdenes normativos coexistentes, fundada en *principios* y articulada por una *dogmática* unificada y simple: algo que se podría denominar de un «Derecho Nexialista».

## VI. DOS EXPERIENCIAS DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN

Todo el esfuerzo doctrinal relatado lastró la adopción de principios de participación, a comenzar por Italia, que en la Constitución de 1947 lo inserta en su artículo 3, y, en particular, en los dos países objeto del presente estudio comparado: en España, el artículo 9.2 de la Constitución de 1978, y en Brasil, el artículo 1.º, párrafo único, de la Constitución de 1988.

Dice la Constitución española:

*«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.»*

Dice la Constitución brasileña:

*«Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.»*

Desde luego, es evidente la superioridad técnica de la primera formulación, que afirma un *principio general explícito de participación*, sobre la que implica un *principio implícito de participación*, en términos de propiciar la plena realización de su contenido, eso tanto por la *generalidad* como por la *explicitud* textual.

(54) Sobre el desafío de la «regulática» en el Estado pluralista, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, Coimbra, Livraria Almedina, 1991, págs. 784 y 785.

Efectivamente, de un lado, la *generalidad* de la dicción de la Carta de España asegura la aplicación del principio sobre *todos* los aspectos de la vida de los ciudadanos españoles: política, económica, cultural (55) y social, mientras los ciudadanos brasileños deben conformarse con la perspectiva de una garantía de participación limitada apenas a la vida *política*.

Por otro lado, la *explicitud* de la fórmula española asegura a los ciudadanos un *derecho subjetivo público constitucional* de exigir de los poderes públicos la «*promoción de las condiciones para facilitar la participación*», mientras que a los brasileños, que se quedaron con un reconocimiento implícito apenas «*en los términos de la Constitución*», no se les aseguró claramente esa *extensión infraconstitucional del principio*, que les pueda garantizar la ampliación del abanico de aquellos casos que ya están explícitos en la Constitución, aunque no sean más de media centena, dado el modelo extremadamente analítico adoptado.

En otros términos, como primera conclusión comparativa, el texto español *deja indudable la vinculación del legislador ordinario*, mientras el texto brasileño obliga a un ejercicio exegético *sistemático* para lograr el mismo efecto, necesitando la invocación de otra norma constitucional amplia, definidora de derechos y garantías:

«Art. 5.º, LXXVII, § 2.º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República federativa do Brasil seja parte.»

Así es que, al adoptar el *principio de participación*, aunque explicitado limitadamente en el artículo primero con un objetivo *político*, la declaración de derechos y garantías fundamentales, que se citan más adelante, lo ensancha para todos los fines que puedan buscar las personas en su vida en sociedad: económicos, culturales y sociales.

Por supuesto, el esfuerzo interpretativo no sería necesario si el texto brasileño, promulgado diez años después del español y veinte años después del italiano, hubiera expresado adecuadamente el principio, lo que explica, desde luego, la lentitud con que se desarrolló y la dificultad que se experimenta para darle *efectividad*.

Lo que se deduce es que no se está delante apenas de una inocua

---

(55) El aspecto *cultural* ha sido incorporado al texto que ha servido de referencia del artículo 3 de la Constitución italiana de 1947.

diferencia lógica y metodológica, pero también de una deficiencia didáctica y psicológica del texto mayor, con perjuicio de la *efectividad* del principio en la vida político-administrativa brasileña, entendido aquí el término *efectividad* como un «hecho real de (una norma) ser efectivamente aplicada y observada», o sea, la conformación última de la conducta humana al comando jurídico (56).

Desdichadamente, las tradiciones, muy ibéricas, de confusión entre lo público y lo privado —«*patrimonialismo*» (57)—, que resisten al tiempo en América, dificultan a la mayoría de los políticos el entendimiento de que la apertura de la participación ciudadana no corresponde a una «pérdida de poder» de su parte.

Como consideran que la participación va a erosionar su «poder» de decidir sobre lo que tradicionalmente se quedó en sus manos, esos políticos reciben con sospecha y con reservas los institutos que la ponen en práctica, no tanto en la vía judicial, quizás un poco más en la vía legislativa, pero decididamente se movilizan contra lo que les parezca cualquier «reducción» de poderes administrativos.

## VII. CONCLUSIONES EN LA LÍNEA DEL CONSENSO

Nada mejor para concluir una comunicación que dejar un toque optimista. Para eso, pocos temas tendrán, como la *participación*, esa calidad de *transmitir confianza* en el hombre y en la realización de sus valores culturales.

La *consensualidad*, como base de procesos sociales superior a la *imposición*, pasa de mero instrumento de gerencia privada de intereses para ser también un instrumento de manejo de los intereses públicos.

En ese proceso progresivo, la *consensualidad* pasa a ser una característica de las democracias avanzadas, contribuyendo para la *eficiencia*, por facilitar la gobernabilidad; para la *legalidad*, por multi-

---

(56) La cita se retiró de la *Teoría Pura del Derecho*, de Hans Kelsen (trad. en portugués, Río de Janeiro, 1979, pág. 30), recordada por el constitucionalista Luis Roberto BARROSO en estudio de gran densidad que le provocó, de un lado, las consideraciones doctrinales de Konrad HESSE sobre la fuerza normativa de la Constitución y, de otro, la realidad histórica brasileña, de extrema inestabilidad y falta de efectividad constitucional (*O Direito Constitucional e a Efetividade de sua Normas*, Río de Janeiro, RENOVAR, 1990, pág. 77).

(57) La palabra está aquí empleada en el sentido que Max WEBER describe como forma tradicional de organización de la sociedad inspirada directamente en la economía doméstica, generando una forma patriarcal de dominación que en los países de Latinoamérica se enraizaron y dictaron costumbres políticas oligárquicas y autoritarias, que sólo muy lentamente desaparecen del *ethos* de nuestros pueblos.

plicar los frenos contra el abuso de poder; para la *legitimidad*, por permitir una percepción más directa de los valores en juego; para la *justicia*, por permitir una atención concentrada sobre los detalles circunstanciales de los intereses en conflicto; para el *civismo*, por desarrollar una más aguda responsabilidad colectiva de las personas, y, no menos importante, para el imperio del *orden*, porque la consensualidad hace las decisiones más aceptables y fácilmente obedecidas por la sociedad.

En suma, la *consensualidad*, utilizada, siempre que sea posible, en alternativa a la vieja *imperatividad*, o sea, siempre que la Administración pueda dejar de aplicar su poder coercitivo, se presenta como un amplio camino civilizador que se reabre con el principio de participación.

Los nuevos cauces para el empleo de la consensualidad tuvieron, en esta breve exposición, algunos ejemplos relevantes, a los cuales es posible añadir su amplia utilización en las actividades *delegadas* del poder público, en las cuales la coerción, en general, no se manifiesta sino de modo incompleto, preparatorio, eventual o excepcional, sin recurrir a sanciones ejecutorias, como ya se comienza a observar en ciertos aspectos del ejercicio del poder de policía.

A partir de los datos ofrecidos, se puede llegar a establecer una tipología del avance de la consensualidad en referencia a las funciones fundamentales del Estado contemporáneo. Primero, *la consensualidad en la producción de las normas*, con el reaparecimiento de las fuentes alternativas, consensuales y extraestatales (la «*regulática*»). Segundo, *la consensualidad en la administración de los intereses públicos*, con el empleo de las formas alternativas consensuales de coordinación de acciones, por cooperación y por colaboración, notablemente en el llamado *espacio público no estatal*. Tercero, *la consensualidad en la solución de los conflictos*, con la adopción de formas alternativas para su composición, aunque fuera del Estado.

Esos avances señalan, en un futuro previsible, un Estado apto para asegurar a los ciudadanos el más amplio espacio posible para el goce de sus libertades y el pleno desarrollo de sus potencialidades individuales.

Posiblemente seguirán existiendo organizaciones estatales, por definición, concentradoras de poder, pero limitadas a actuar directamente en el ejercicio de su monopolio originario de la coerción, apenas en aquellos sectores fundamentales de la vida social políticamente organizada, como la edición de la norma jurídica, la administración de los intereses públicos y la solución definitiva de los conflictos, en los cuales su acción imparcial y neutral para la tutela

de ciertos principios y normas generales fundamentales sea de todo imprescindible.

Es posible, por postrero, que en el vértice de una trayectoria milenaria de la doma del Minotauro, que en el futuro de la *participación* esté la *subsidiariedad*, culminando el proceso, con la perfecta descentralización y la desmonopolización del poder:

