

CRISIS DE LA PARTICIPACION ADMINISTRATIVA (*)

POR

ALFONSO PÉREZ MORENO

Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de Sevilla

«Existen múltiples ejemplos concluyentes al respecto, que demuestran lo difícil que es, en la práctica, compaginar la voluntad comprometida políticamente y el juicio jurídico objetivo.»

Otto BACHOF

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SÍNTOMAS DE DECAIMIENTO DE LA EUFORIA DE PARTICIPACIÓN: 1. *Una observación de la realidad social: el incremento del distanciamiento de la Administración y el ciudadano:* A) La patología de las técnicas de información y audiencia. B) La participación paccionada o por la vía de hecho, como reacción del cuerpo social. 2. *Las nuevas tendencias centralizadoras:* A) La rebelión de las autonomías locales. B) Desarrollos desviados de Estatutos de Autonomía. 3. *La reducción del alcance del bloque de constitucionalidad sobre la participación.* 4. *Las carencias e insuficiencias del desarrollo legislativo de la participación administrativa. En especial, los estatutos del consumidor y del vecino:* A) La institucionalización de la participación de los consumidores. B) El Estatuto del Vecino.—III. INESTABILIDADES DOCTRINALES SOBRE LA TEORÍA DE LA PARTICIPACIÓN.—IV. LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO PARTICIPATIVO Y EL ALCANCE DE SUS EFECTOS: 1. *La crisis de la ley:* A) Perfiles generales de la crisis de la ley. B) Manifestaciones de la crisis de la ley. 2. *La construcción técnico-jurídica de la participación administrativa:* A) Fundamento. B) La escala de participación. C) Criterios ordenadores y funciones de la participación.—V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El texto que antecede pertenece al famoso discurso rectoral, pronunciado en 1959 —año décimo de la vigencia de la Ley Fundamental de Bonn— en la Universidad de Tübinga, y cuya idea central fue realzar el poder judicial como fuerza que se preocupe —fuera de las tensiones políticas del Parlamento que contagian las leyes que elabora— «de que al menos los valores superiores del Derecho y del orden, que la Constitución ha establecido como fundamentales, permanezcan protegidos» (1).

(*) Este trabajo se ha elaborado para el Libro-homenaje al Prof. F. GARRIDO FALLA.

(1) O. BACHOF, *Jueces y Constitución*, versión de Cuadernos Taurus, Madrid, 1963, pág. 45.

El ángulo de enfoque de dicho discurso sugiere un método de reflexión sobre el grado de plasmación real de los valores, principios y directrices incorporados por la Constitución española de 1978 ahora que está próximo a cumplirse también el décimo año de su vigencia. De esta manera nos interrogamos sobre el tema de la *participación*, uno de los que hicieron impacto en nuestra Norma Suprema acreditando su progresividad y la lealtad a las reivindicaciones sociales de su tiempo.

¿Cuál ha sido el grado de cumplimiento de la Constitución en ese bloque de sus preceptos (arts. 9, 20.3, 23, 27.5 y 7, 48, 51.2, 105, 129.1, 131.2) dirigidos a introducir y garantizar «la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» (art. 9.2), dentro de la proclamada *voluntad* de la nación española de «Establecer una sociedad democrática avanzada» (Preámbulo)? ¿Se han promulgado leyes de desarrollo, se han modificado instituciones o innovado técnicas de relación entre los ciudadanos y las Administraciones Públicas? ¿Existe una implantación social efectiva del principio participativo? ¿Se ha producido un acercamiento de las Administraciones Públicas a los ciudadanos? ¿Ha crecido la conciencia ciudadana acerca del aumento de su efectivo control sobre la gestión administrativa que modela su esfera vital? ¿Acaso ha aumentado, al menos, la transparencia del funcionamiento de las Administraciones Públicas? (2).

La presunción de respuestas negativas que se puede apreciar en la intención de estas preguntas no constituye una sorpresa para quienes nos ocupamos del tema aun antes del mayo del 68 (3).

«En el plano de la sociología política... —escribíamos— el incremento de los cometidos de la Administración Pública determina su politización, o más precisamente, el aumento —extensivo e intensivo— de su politización —supuesta la vinculación natural y permanente entre la Administración y la Política—. Tal hecho no opera

(2) M. SÁNCHEZ-MORÓN, *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980. Manifestó ya entonces la aspiración resignada a alcanzar, al menos, esa transparencia.

(3) A. PÉREZ MORENO, *La colaboración social en la gestión administrativa*, Anales de la Universidad de Sevilla, vol. XXVII, año 1967. La escasa difusión de estos Anales ha determinado el casi general desconocimiento del trabajo. Tiene para el autor la emoción de ser el primer trabajo jurídico que publicó en su vida académica. Esto puede justificar la amplitud de la cita en el texto, cita que, por cierto, terminaba con una remisión al estudio de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, «Administración y Constitución» (en torno a la «Teoría de la Constitución», de Karl LOEWENSTEIN), publicado en *Estudios en homenaje a D. Manuel Giménez Fernández* y en el núm. 53 de esta REVISTA.

solamente una ampliación de los estímulos a la colaboración social, sino que, paralelamente, hace crecer los “excitantes” administrativos para procurar la “adhesión” social, con lo cual aquella colaboración puede venir —al menos aparentemente— facilitada. Tal situación entraña un doble peligro, extremadamente grave cuando se trate de una Sociedad carente de suficientes medios directos de expresión. Por parte de los grupos sociales más habilidosos cabe temer una tergiversación política de la colaboración, desbordando así su propio sentido; y por parte de los grupos sociales menos escrupulosos, una simulación de colaboración, encubridora del designio de favorecerse. A su vez la Administración puede tender a convertir la presencia de los representantes de los grupos sociales en mera ostentación de democracia, o a utilizarlos, solapadamente, como instrumentos de control.»

Ayer —en pleno desarrollo del régimen autoritario preconstitucional— como hoy —en el décimo año de la Constitución— la cuestión de la participación ciudadana se presenta en estado carencial, tensa y difícil, adscrita a planteamientos políticos esenciales, y, en todo caso, funcionando a manera de un instrumento de medida del grado de implantación del sistema democrático. Ahora, además, las dudas, insuficiencias y retrocesos en la articulación de la participación ciudadana generan un mayor desencanto, si cabe, porque suceden a una etapa gráficamente etiquetada como de «eurofria de participación» (4).

Quizá las excesivas ilusiones puestas en la idea, su utilización como alternativa hipertrofiada en la crítica a los déficit de la democracia real, y su manipulación en función de los movimientos pendulares de las ideologías antes y después de la conquista del poder, estén determinando el eclipse de la filosofía participativa. Pero, con

(4) Cabe recordar la importante bibliografía sobre el tema de los años setenta, de entre las que destacan las obras de R. BETTINI, *La partecipazione amministrativa*, Milán, 1973; W. SCHMITT-GLAESER, *Partizipation an Verwaltungssentscheidmugen*, en «Veröffentlichungen der Vereinngeng der Deutschen Staatsrechtslehrer», Heft 31, Berlín, 1973; J. CHEVALLIER, *La participation dans l'Administration française: discours et pratique*, I y II, en «Revue d'Administration Publique», núms. 37 y 39, 1976; M. CHITTI, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa, 1977. Entre nosotros deben recordarse, de la etapa preconstitucional, R. MARTÍN MATEO, *El horizonte de la descentralización*, Madrid, 1969; G. ARIÑO, *Una reforma pendiente: participación*, «Revista Internacional de Ciencias Administrativas», núm. 3, 1978; S. MUÑOZ MACHADO, *Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración*, núm. 84 de esta REVISTA, 1977; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La participación del administrado en las funciones administrativas», en *Homenaje a D. Segismundo Rojo-Villanova*, 1977, y, posteriormente, en el *Curso de Derecho Administrativo*.

ser éste un fenómeno importante, lo que parece de más hondura es la desorientación doctrinal sobre la integración y acerca del alcance de la teoría de la participación. La sensación de estas vacilaciones doctrinales nos determina a reflexionar sobre la cuestión en esta fecha-balance de los diez primeros años de la Constitución de 1978.

II. SÍNTOMAS DE DECAÍMIENTO DE LA EUFORIA DE PARTICIPACIÓN

Bastaría remitir aquí a la experiencia no ya del experto, sino de «el hombre de la calle» o «el hombre común» —que describiera SANTI ROMANO como poseedor del *ius murmurandi* (5)—, para verificar que en estos diez años de vigencia de la Constitución no se han producido desarrollos legislativos ni transformaciones administrativas notorias con el propósito de garantizar y facilitar la participación de los ciudadanos. Un balance de resultados revelará, además, una decadencia del principio participativo en prácticamente todos los planos de su aplicación, si se exceptúa la participación política a través del estricto cauce de las elecciones (6).

En la confianza de que la propia experiencia ciudadana completará y detallará nuestras indicaciones, vamos a referirnos a algunos de los síntomas testimoniales de la denunciada decadencia participativa.

1. *Una observación de la realidad social: el incremento del distanciamiento de la Administración y el ciudadano*

A) *La patología de las técnicas de información y audiencia.*

En estos momentos varios conflictos administrativos en curso, de entre los muchos que se suscitan cada día, pueden servir como muestra ejemplificativa del incremento del distanciamiento entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos:

(5) SANTI ROMANO, *Fragmentos de un Diccionario jurídico*, traducción española, Buenos Aires, 1964, págs. 199 a 201.

(6) Aún en los procesos electorales es llamativa la evolución decreciente de las estadísticas de votantes, y dan que pensar los desiguales niveles de objetividad de discernimiento que éstos alcanzan. Hay que indagar sobre las causas de estas circunstancias tan minusvalorativas de la cantidad y calidad de la democracia y, especialmente, sobre los efectos de los procesos de desinformación y desculturización de la población.

a) En un pueblo fronterizo de escaso desarrollo el Ayuntamiento acordó modificar el Plan General de Ordenación Urbana, recientemente revisado, con el propósito de destinar el único parque público existente a un hipermercado. Dicho parque fue cedido por la Administración del Estado al Municipio con la exclusiva finalidad de servir a ese destino natural. Sin embargo, las grandes promesas de beneficios en puestos de trabajo y progreso social inducido llevaron a parte de la Corporación a la aprobación inicial de la modificación y a pedir al Ministerio correspondiente el cambio del vínculo y destino de los bienes. Sin contestar las alegaciones presentadas por la única entidad social con posibilidades de crítica y gestión —que resaltó la ilegalidad e irracionalidad del intento—, el Ayuntamiento ha acordado la aprobación provisional con transformaciones en el proyecto, pero manteniendo su lesividad colectiva y sin sometimiento previo a una nueva información pública. Los periódicos son el único conducto de información por el que conoce la población la marcha del expediente en el que ni han sido oídos ni cuentan como afectados los ciudadanos.

Se nos dirá que se trata de un supuesto más de infracción de normas administrativas que dará lugar al control de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando se produzcan actos definitivos.

Pero el caso evidencia una patología de los medios de participación ciudadana en tres aspectos:

- La falta de activa participación por indolencia, ignorancia, desconfianza o escepticismo de los vecinos. No se fomenta la necesidad de colaborar.
- La falta de atención y respuesta municipal a las alegaciones presentadas.
- La omisión de la nueva información pública ordenada por el artículo 130 del Reglamento de Planeamiento. El concepto jurídico indeterminado «cambio sustancial», al que este precepto condiciona la necesidad de la nueva información, se está concretando cada vez con alcance más restrictivo de tal manera que se exige en la jurisprudencia un cambio *excepcional del planeamiento para considerar cometida la infracción con efectos anulatorios*. Las Administraciones Públicas, sabedoras de que no será fácil la ulterior nulidad de actuaciones —que quedará además excluida en consideración a que no se produjo indefensión para quien llegue a ser recurrente, ya que

al fin está ante los Tribunales—, huyen hacia adelante introduciendo modificaciones, a veces radicales, en las aprobaciones provisionales, sin previa información pública.

En otros supuestos se archivan las sugerencias, alternativas y alegaciones a los Avances o a las Aprobaciones iniciales de los Planes y de nada sirve la participación, acaso sólo para hacer ostentación del cumplimiento formal del trámite.

b) La Ley de Carreteras y Caminos —actualmente Ley 25/1988, de 29 julio— establece en su Capítulo IV una regulación especial sobre las competencias autorizantes cuando se trate de obras o actividades ribereñas a tramos urbanos y travesías. La primacía del planeamiento urbanístico —en cuya elaboración han podido intervenir todas las Administraciones afectadas— se acompaña con la atribución de la competencia a los Ayuntamientos para otorgar las licencias. En un supuesto de acto municipal de autorización de construcción de grupo de viviendas de una Cooperativa, el Ingeniero encargado en la organización del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo entiende que la obra no debió autorizarse y, sin previa audiencia, propone que el Gobernador civil la suspenda. El grave daño al grupo social afectado determina la intensa utilización de la «reunión» y de la «visita». Se evidencia el error cometido por el Ingeniero que desconcía el régimen especial del Capítulo IV y el alcance del artículo 57.2 de la Ley del Suelo (vinculancia y primacía de los planes). Pese a ello, no se aplica el artículo 111 de la Ley de Procedimiento Administrativo para rectificar el error de no advertir que existía un «tramo urbano», es decir, trayecto de la carretera estatal que discurre «por suelo calificado de urbano por el correspondiente instrumento de planeamiento urbanístico» (art. 37 de la Ley citada). Se dice que el Plan General —aprobado y no recurrido— fue desatento con las indicaciones del Servicio de Conservación de Carreteras.

La alternativa se plantea de facto en que o la cooperativa accede a transformar el Estudio de Detalle aprobado renunciando a una franja del volumen edificable, o a que se tramite el recurso de alzada y ulterior recurso contencioso-administrativo hasta obtener sentencia definitiva (cosa que puede suceder, quizá, en cuatro o cinco años).

Se nos dirá que en el caso se concentran numerosas infracciones (e incluso una posible ilicitud penal). Pero la cruda realidad es que

el grupo social afectado no tendrá sus viviendas ni en el precio ni en el tiempo previsto, y que no ha encontrado preventivamente un cauce participativo eficaz para reducir la arbitrariedad administrativa. La traslación a los administrados de la carga de litigar no es una práctica administrativa justificable, y, sin embargo, se ha generalizado como alternativa normal en todas las esferas de la Administración Pública.

c) Uno de los conflictos que se plantea con más aparato de contestación —manifestaciones, traslados masivos a las capitales, ocupación de catedrales, etc.— es el rechazo a la instalación de vertederos de residuos sólidos, o de cementerios de desechos radioactivos.

La inexistencia de una regulación integral de la ordenación del territorio y de figuras de planes medioambientales, conlleva la frecuente gestación y expresión de estos conflictos por la rala vía de hecho. Sin haberse puesto en práctica ninguna técnica participativa, el vecindario se ve sorprendido —y por ello más legitimado— por la decisión de ubicar la actividad en el término de su Municipio. La contestación, frecuentemente violenta, se convierte de hecho en una participación invertebrada capaz de producir la inejecución de actos administrativos firmes, pese a la asistencia de los funcionarios policiales. El ejercicio de potestades administrativas discrecionales organizativas de servicios deviene carencial e insostenible cuando repercute sensiblemente en los ciudadanos y éstos no han encontrado un acceso a la participación tal que le transmita la vivencia de que están interviniendo en el control de lo que atañe a su esfera vital.

d) Un numeroso grupo de empresas suministradoras de energía eléctrica de toda España siguen un recurso contencioso-administrativo contra el RD 1075/86, de 2 de mayo, en cuyo procedimiento de elaboración no les fue concedido trámite de audiencia.

Aún persiste la tensión entre la tesis que defiende que dicho trámite del artículo 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo es de observancia discrecional —pese al refuerzo aportado por el art. 105.a de la Constitución—, y la tesis que considera que es preceptivo (7).

(7) Vid. M. REBOLLO PUIG, *La participación de las Entidades representativas de intereses en el procedimiento de elaboración de Disposiciones administrativas generales*, en el núm. 115 de esta REVISTA, enero-abril 1988. La jurisprudencia progresiva que subraya este autor en el sentido de la obligatoriedad de la audiencia —espe-

Con independencia del diagnóstico jurídico-formal —a nuestro entender claramente favorable a la obligatoriedad de la audiencia—, lo más relevante son las actitudes: de una parte, el recelo y el propósito de presionar sobre la Administración que suele animar a los grupos de intereses; de otra, el designio de los políticos y cuadros administrativos de imponer los cambios previstos en los programas sin atender a los planteamientos de los destinatarios sociales. Existe una ausencia de espíritu de colaboración, de asunción solidaria de la dificultad de definir los intereses generales y el método para servirlos objetivamente, clave de una buena administración.

e) Especialmente llamativo está siendo el conflicto jurídico originado por la legislación sobre reforma agraria producida en Andalucía a partir de la Ley 8/1984, de 3 de julio, y sus posteriores desarrollos reglamentarios. La Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 6 de marzo, no ha abordado los temas específicos en los que se manifiesta la, para nosotros clara, inconstitucionalidad de dicha ley (8).

cialmente desde la Sentencia de 29 diciembre 1986— se ha visto respaldada, poco después de la publicación del trabajo, por la Sentencia de la Sala Especial de Revisión de 19 mayo 1988, Ponente: MENDIZÁBAL ALLENDE. Vid. Revista «Actualidad Administrativa», núm. 36.

(8) Sorprende que se haya comentado dicha Sentencia como si dejara zanjada la cuestión, siendo así que —por no haberse planteado en el recurso— el Tribunal Constitucional no analiza el núcleo de la problemática. A nuestro juicio, las causas aún inéditas de inconstitucionalidad de la Ley de Reforma Agraria de Andalucía son, sintéticamente expresadas, las siguientes: 1.º) No estableció los criterios sustantivos para delimitar Comarcas de Reforma Agraria: la discrecionalidad es la regla para una inmisión tan decisiva no sólo en el derecho de propiedad, sino en importantes aspectos de la vida jurídica y socioeconómica de los pueblos afectados. Sobre este punto abundamos en el texto. 2.º) La ley opera retroactivamente, ya que exige la declaración individual sobre el rendimiento de las explotaciones en los últimos cinco años anteriores a su vigencia para dilucidar la procedencia de aplicarles sus efectos sancionadores (plan de mejora, impuesto sobre tierras infrautilizadas, expropiación del uso o del dominio). 3.º) La ley rompe las bases de legitimación de la potestad sancionadora: a) Porque suprime (derogando así a la Ley estatal de Fincas Manifiestamente Mejorables, de 16 noviembre 1979) la previa intimación con el reconocimiento de un plazo (tres años en la ley estatal) para el cumplimiento voluntario del cultivador. Esta amputación de la garantía de predeterminación del ilícito (que está en el ámbito de la tipicidad, art. 25 de la Constitución) convierte la ley en un «ajuste de cuentas» que ha contribuido innecesaria e inútilmente a incrementar la tensión social en una «cuestión agraria» con la carga heredada de su versión histórica —hoy desfasada dentro de la CEE y la Política Agraria Común (PAC)— y tan necesitada de serena reflexión y de labor de mentalización y concordia social. b) Porque deriva el incumplimiento no de las conductas individuales e imputables de cada titular de explotación agraria, sino de las conductas del extenso y variado colectivo de titulares de explotaciones integradas en cada Comarca delimitada discrecionalmente. Se infringe, pues, no sólo la adecuada tipicidad necesaria, sino también la imputabilidad concreta.

Ante estas causas de inconstitucionalidad inéditas (o inauditas) se explica que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Sevilla haya

En una materia tan necesitada de serenidad y búsqueda de cauces de concordia, la ley, entre otros puntos de tensión, introduce el mecanismo de actuación por Comarcas Reforma Agraria, pero dejando su determinación al Consejo de Gobierno de Andalucía como potestad discrecional. El artículo 17 de la Ley, en efecto, establece: «Con el fin de realizar un estudio jurídico, social y económico de la comarca en la que se pretenda actuar y para abrir el período de consultas e información a las Provinciales de Reforma Agraria por Decreto del Consejo de Gobierno se declarará la Comarca de Reforma Agraria.» El contenido del mismo —perímetro de la comarca; medidas cautelares, de efectos en el tráfico jurídico, y características de las explotaciones en que impone el deber de declarar los aprovechamientos de los cinco últimos años— se fija sin previa audiencia de las entidades, asociaciones o grupos de los territorios afectados, y sin abrir siquiera un período de información pública. Se trata de una comarcalización, a los solos efectos de reforma agraria, impuesta unilateralmente como *novum* determinante decidido por el Ejecutivo sin tener en la Ley pautas, criterios o determinaciones sustantivas. Es, pues, una penetración en la reserva de ley (arts. 33 y 53.1 de la Constitución), en la que queda preterida la participación ciudadana, y que convierte en simple cobertura formal el «*de acuerdo con las leyes*» del artículo 33.2 de la Norma Suprema (9).

Consideramos esencial matizar el alcance del referente «de acuerdo con las leyes», sobre todo a la vista de las impresionantes delimitaciones del núcleo esencial del derecho de propiedad efectuadas por los planes de urbanismo —que tallan la propiedad y funcionan de *facto* como normas supremas— y también ante habilitaciones como las del artículo 17 antes transcrito cuya teleología, aparentemente instrumental o provisional, queda desbordada no sólo en la praxis —la declaración inicial de comarca de reforma agraria *imprime carácter*—, sino en el ulterior del procedimiento establecido en la misma Ley de Reforma Agraria.

tenido que plantear una cuestión de inconstitucionalidad, con lo que el problema vuelve en su real dimensión al Tribunal Constitucional.

Vid. *La reforma Agraria*, «Cuadernos y Debates», núm. 10, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988. Especialmente destaca la aportación de F. LÓPEZ MENUDO, págs. 157 y ss.

(9) Vid. J. BARNES VÁZQUEZ, *La Propiedad Constitucional*, tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de Sevilla, 1987, actualmente en prensa.

B) *La participación paccionada o por la vía de hecho, como reacción del cuerpo social*

Del conjunto de testimonios que venimos de considerar —y que, insistimos, sería fácilmente incrementado por las propias experiencias de cualquier ciudadano— se deduce la existencia de una patología en los mecanismos participativos, ciertamente, pero también es posible concluir que no se suprime despóticamente la participación social, sino que se canaliza, se reconduce o se desborda por otros vericuetos no formalizados. De tal manera que, aunque no se someta a información pública el Plan de Urbanismo en el que se introducen cambios sustanciales, si se producirán diálogos intensos entre los políticos o los cuadros burocráticos y los interesados; aunque no hubiera previa audiencia y se desvíe a la vía lenta burocrática el recurso administrativo de la Cooperativa de viviendas —al que, posiblemente, *se le aplicará* el silencio administrativo— seguramente el Ingeniero de la Administración recibirá múltiples visitas de los interesados y buscarán fórmulas de aproximación de soluciones; los manifestantes u ocupantes de catedrales terminarán siendo recibidos por el político o alto funcionario que hará cesiones o promesas; los empresarios no oídos intentarán llevar sus reivindicaciones a la mesa del órgano decisorio por otras vías fuera del expediente; y las asociaciones agrarias, además de las numerosas acciones judiciales, procurarán quizá obtener un acuerdo para racionalizar las medidas.

La reacción social se manifiesta, pues, en la búsqueda por vías de hecho de una solución paccionada o convenida. La participación invertebrada se produce con intensidad, pero sin extensión, ya que frecuentemente la colectividad seguirá preterida, mientras que el titular interesado pacta con la Administración.

La «visita» y la «reunión» en la vida administrativa actual son instrumentos de gestión más activos que las publicaciones en boletines de anuncios de información pública o las notificaciones de los trámites de audiencia. La regulación de la reunión está básicamente incorporada en el artículo 82 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

La celebración de pactos y convenios como si se actuara bajo el dogma de la autonomía de la voluntad no encuentra en cambio un respaldo en el ordenamiento jurídico-administrativo. Entre el

artículo 1255 del Código civil y el artículo 3 de la Ley de Contratos existen importantes diferencias, sobre todo por el diverso régimen jurídico en el que cada uno de ellos queda articulado: todas las prerrogativas «en más» o «en menos» —en la clásica apreciación de J. RIVERO—, y el ámbito del objeto lícito del contrato, propios de las Administraciones Públicas. En este punto hay que referirse a la práctica generalizada de los convenios urbanísticos y las aporias que se manifiestan en los frecuentes supuestos de conflictos sobre su cumplimiento.

2. *Las nuevas tendencias centralizadoras*

El desarrollo del Estado de las Autonomías, en el actual momento de su evolución, no está propiciando, a nuestro juicio, la implantación de técnicas de descentralización administrativa ni está consolidando un sistema de Administraciones descentralizadas. Ha avanzado la descentralización política en el conjunto del Estado, pero no ha progresado la descentralización administrativa ni dentro de cada Administración ni en el conjunto coordinado de todas las Administraciones Públicas. Las Comunidades Autónomas están produciendo la descentralización política del Estado, pero creemos que en gran escala se está engendrando una mayor centralización administrativa. Los modelos administrativos puestos en funcionamiento en las Administraciones autonómicas han introducido más centralización. No es objeto de este trabajo el análisis detenido de la vertebración postconstitucional de las Administraciones Públicas. Nos limitaremos, a los solos efectos de valorarlos como síntomas del decaimiento de la participación, a hacer algunas reflexiones sobre esa pieza clave que es la Ley sobre Bases del Régimen Local, y algunas consideraciones sobre desarrollos desviados de Estatutos de Autonomía.

A) *La rebelión de las autonomías locales.*

Al comienzo de la década de los setenta se publicó en Francia un libro cuyo título, *¿El Estado contra los Municipios?*, fue como un grito cuyos ecos aún no se han apagado. Mientras se preparaba en Inglaterra la reforma del régimen local —implantada en 1974

por, nótese, un gobierno conservador sobre la base de los impulsos del informe de la Comisión Redcliffe-Maud elaborado bajo el mandato del anterior gobierno laborista—, en Francia aquel «grito» era la más exigente reivindicación de una descentralización que potenciara la atomizada y mortecina vida local.

En la España de aquellos años crecía la bibliografía en defensa de las autonomías locales y se editaba incluso un anteproyecto para la reforma del Régimen local, que en pocos años redujo sus cotas desembocando en la Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local de 1975, cuya postumidad y desfase con la nueva Constitución determinaron su derogación.

La materialización de la reforma del Régimen local español ha pasado de ser una crónica cuestión pendiente a una cuestión aplazada. Superada por la urgencia política del ingente acontecimiento histórico de la construcción del Estado de las Autonomías, la retrasada aparición de la nueva Ley reguladora de las Bases del Régimen Local de 1985 ha teñido la evolución de la autonomía local con los colores de las diversas Comunidades Autónomas: buena parte del contenido real de las competencias municipales y provinciales dependerá de las leyes que promulguen sus parlamentos.

La nueva Ley incorpora un mecanismo técnico-jurídico —importado de puntuales autores científicos alemanes (10)—, en virtud del cual se delimita un «círculo de intereses» de los entes locales que habrá de nutrirse con las competencias que en cada materia les vaya reconociendo la futura legislación estatal y de las Comunidades Autónomas.

Ciertamente la Constitución consagra las autonomías de Municipios y Provincias sólo «para la gestión de sus respectivos intereses». Pero, ¿a quién corresponde definir cuáles son esos intereses? Ya en 1907 discutían en el Congreso Maura y Moret sobre la mejor respuesta a esa pregunta. A la propuesta del segundo de que se suprimiera en la Ley la concreta determinación de las competencias de los entes locales, respondía el primero:

(10) A. EMBID IRUJO, *Autonomía municipal y Constitución: Aproximación al concepto y significado de la declaración constitucional de autonomía municipal*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 30; L. PAREJO ALFONSO, *Garantía Institucional y autonomías locales*, Madrid, 1981. Ambos estudios reciben las ideas de las obras de J. BURMEISTER, *Veerfassungstheoretische Neukonzeption der Kommunes Selbstverwaltungsgarantie*, Munich, 1977, y de E. SCHMIDT-JORTZIG, *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung. Dogmatischer Gehalt und Sicherungskraft einer umstrittenen Figur*, Göttingen, 1979.

«Evidentemente alguien yerra, pero alguien ha de decidir, y ¿qué autoridad más plena, ni más santa que la de la Ley para decidir? Y ¿cuándo mejor lo hará la Ley? ¿Cuándo *a priori*, orgánicamente, sistematizando, fríamente, imparcialmente, fuera de todo accidente, traza la línea, o cuándo ya sobre una porfía y una batalla empeñada tenga que dictar una sentencia el Poder legislativo? Es éste para mí el nudo de la dificultad, ésa es para mí la contraposición esencial del concepto de S.S. y del mío, y ya ve que ni la contraposición estriba, como decía muy bien S.S., en que tengamos noción diferente de la órbita de la vida local, ni tampoco en que a mí no me gusten más los textos sencillos, sino en que me parece que el texto sencillo es en este caso suprimir los inconvenientes de la sastrería yendo en cueros (*Risas.*), porque es evitarse la dificultad de legislar sobre lo que necesitamos legislar» (11).

Nunca han faltado razones para justificar los ímpetus de la centralización administrativa, que a mediados del XIX se celebró como verdadero motor del progreso de las naciones.

El caciquismo, la ineptitud, la falta de medios en los Municipios, los excesos del pluralismo político reductores de la eficacia administrativa, etc., son motivos sucesivamente esgrimidos para explicar la conveniencia de la centralización y la desconfianza en la potenciación de las autonomías locales.

En el sistema del *local government*, sin embargo, el Estado se fía de los Municipios, y considera que atribuirles importantes competencias, con la consiguiente financiación, es la clave para la implantación de la democracia sustantiva, en la que el ciudadano no sólo participa como votante.

El desarrollo del nuevo Régimen Local español tendrá que responder a las demandas participativas de los entes locales. Es necesario retomar la cuestión pendiente y aplazada de buscar el horizonte adecuado para el funcionamiento de las autonomías locales. El aplazamiento de la solución puede incrementar un proceso de reivindicaciones difusas no siempre guiadas por la racionalidad.

(11) «Diario de Sesiones del Congreso», Legislatura 1907, págs. 6294 y ss. Vid., también, *Ideario de Don Antonio Maura sobre la vida local*, Instituto de Estudios de Administración Local, 1954, págs. 134 y ss.

dad, y, en suma, puede originar la rebelión de las autonomías locales (12).

Una de las perspectivas más creativas de la nueva situación es la aceptación generalizada de la natural comunicación de los «respectivos intereses» de los entes públicos. La exclusividad de las competencias, generadora de un cantonalismo administrativo, es difícilmente sostenible en gran parte de los asuntos públicos. Hay intereses locales que son también regionales y nacionales, y a la inversa. La nueva regulación básica del Régimen Local ha abierto cauces (véase, por ejemplo, el art. 10) para la viabilidad de la necesaria solidaridad entre las Administraciones Públicas. Y, además de otras fórmulas, llega incluso a potenciar una especie de autonomía de la voluntad para la celebración de convenios entre Administraciones en el artículo 57 de la citada Ley básica.

Sin embargo, el confiar la porción sustantiva real de autonomía local a las leyes estatales o autonómicas —según sea la competencia— pone en riesgo el sistema al propiciar las tentaciones centralizadora, como la realidad legislativa posterior a 1985 viene demostrando (13).

B) *Desarrollos desviados de Estatutos de Autonomía.*

Pese a ser tan escasa la regulación de los entes locales en la Constitución —quizá porque los trató como «valor entendido», remitiendo al legislador el desarrollo de esas autonomías «para la gestión de sus respectivos intereses» (art. 137)—, todavía ha llegado a ser un estorbo para el proceso de estructuración de las nacientes Comunidades Autónomas. Si no se hubieran garantizado las provincias como elementos arquitecturales de la organización del Estado, el Tribunal Constitucional no hubiera impedido —al menos en

(12) J. R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo (Organización y empleo público)*, 2.ª ed. revisada, Madrid, 1987, pone de relieve la diferencia del tratamiento con la doctrina alemana al no estar permitido en España que las Corporaciones Locales impugnen directamente las leyes desconocedoras de sus cuotas de competencia (pág. 167). R. ENTRENA CUESTA advierte —*Curso de Derecho Administrativo*, 9.ª ed., vol. 1/2— que la ley infractora sólo podría ser atacada no por contradecir el artículo 2.º de la Ley Básica R. L., de su mismo rango, «sino en la medida en que incorpora el principio de autonomía que la Constitución consagra».

(13) Proponemos el ejercicio práctico de consultar leyes posteriores a la Reguladora de las Bases del Régimen Local, 7/85, de 2 abril, en materias incluidas en el «círculo de intereses» de las Corporaciones Locales y ponderar las competencias que atribuyen a éstas. Así, por ejemplo, las Leyes de Sanidad, Patrimonio Histórico Español, Costas, etc., por no referirnos más que a las estatales.

el inicio— la reforma catalana de vaciamiento de sus provincias (Sent. 28 julio 1981). No obstante, el manejo táctico de la técnica jurídica se está aplicando para la consecución del mismo objetivo por otra vía.

La efervescencia del principio de la discrecionalidad organizativa, traspasando los límites de la ordenación intraorgánica para aplicarlo en el plano intersubjetivo, es una de las secuelas características del proceso constructivo de las Comunidades Autónomas. En este aspecto, como en otros sustantivos, el Derecho Administrativo está perdiendo la función de pulso crítico y ordenador de la política para convertirse en un dócil servidor de la misma. Sin embargo, la disponibilidad sin base óptica de las instituciones administrativas acrecienta un positivismo voluntarista disolvente para el que no existe ningún deber ser, y ni siquiera las instituciones garantizadas por la Constitución puede aspirar a mantenerse indisponibles por los legisladores ordinarios, tentados a estirar al máximo su elasticidad. Especial significación tiene, en este sentido, las paradojas que envuelve a la Provincia: defendida por la doctrina, garantizada por la Constitución, propulsada por el informe de la Comisión de expertos, articulada en la Ley del Proceso Autonómico y, con matices diversos, en los Estatutos de Autonomía; sin embargo, los desarrollos legislativos (especialmente la Ley Básica de Régimen Local) y la praxis concreta aceleran la conversión fáctica de las menciones constitucionales y estatutarias en epitafios.

Singular interés tiene para ilustrar la cuestión la experiencia de Andalucía. Desde el, tan difícilmente alumbrado, artículo 4 de su Estatuto —que imperativamente ordenó que la Comunidad Autónoma «articulará la gestión ordinaria de sus servicios periféricos propios a través de las Diputaciones Provinciales»— hasta la Ley 11/1987, de 27 de diciembre, de Diputaciones, se transita el camino de desuso consumado de la norma y su virtual derogación, mientras que se ha montado la red periférica de la Administración autonómica sobre el modelo estructural heredado del anterior régimen. La extensión de Andalucía (87.300 Km²) y su escasa institucionalización administrativa, exige otra solución que, además, sea fiel a la regla descentralizadora (14). La centralización actual hace nacer tensiones interterritoriales sin precedentes.

(14) Para una completa y actual información, vid. J. BARNES VÁZQUEZ, *Descentralización y desconcentración en Andalucía*, «Documentación Administrativa», núm. 210, en prensa.

3. *La reducción del alcance del bloque de constitucionalidad sobre la participación*

El denso contenido constitucional sobre la participación debe ser analizado, en la perspectiva del decenio de vigencia, desde el cumplimiento del principio de su plasmación real y efectiva. Desde esta óptica los parámetros a considerar son, al menos, tres: hasta donde se ha desarrollado la Constitución en este punto, cómo se han interpretado sus preceptos y cuál sea el grado de vigencia efectiva con posible distinción entre las cuotas de imputación del mismo a la actuación de los poderes públicos y a la de los propios ciudadanos.

Si adelantamos una síntesis de los resultados de la observación, a nuestro juicio hay que concluir en que la Constitución se ha desarrollado escasamente todavía en la regulación de la participación ciudadana; se han interpretado desigualmente sus preceptos sobre dicha materia, y en la praxis social no se manifiesta predominante un impulso de los poderes públicos para facilitar la participación ni un estímulo ciudadano para crear un tejido institucional social con fines participativos.

En mayo de 1985, LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, tras exponer la amplitud de los registros participativos en la Constitución y verificar un muestreo sobre la legislación reciente (iniciativa legislativa popular, enseñanza, aguas, defensa de los consumidores y usuarios, régimen local, etc.), ya se preguntaba sobre la firmeza de esas normas, advirtiendo que «estamos en un espacio en el que son especialmente sensibles vaivenes y altibajos» (15). En las mismas Jornadas ya SÁNCHEZ BLANCO denunciaba la recortada interpretación del artículo 23 de la Constitución realizada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 23/1984, de 20 de febrero —al referirlo sólo a la participación política— y proponía que sea «corregida la polarización hacia lo político de lo que fue concebido como consistente mecanismo para el complemento de lo político...» (16).

(15) LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, «La participación en la Administración Pública. Principios y límites», en el volumen que recoge los trabajos de las III Jornadas Jurídicas, 9 y 10 mayo 1985, *La Participación*, Anuario de la Facultad de Derecho del Estudi General de Lleida.

(16) A. SÁNCHEZ BLANCO, «Los derechos de participación, representación y de acceso a funciones y cargos públicos; la corrección de la unilateral perspectiva política», en el volumen colectivo *La Participación*, cit., págs. 227 y ss.

Ciertamente el artículo 23 no puede reducirse al campo de la participación política. Sería redundante (art. 6) e incongruente (las expresiones «asuntos públicos» y «directamente» apuntan a la amplitud de la participación) una reducción del derecho fundamental que consagra a tan sólo la actuación política. Su amplia fórmula hay que entenderla en concordancia con el artículo 9.2. Si bien el desarrollo de la participación administrativa en el resto de la Constitución esté menos consumado (17).

Es un hecho notable que se esté demorando el desarrollo general de normas constitucionales sobre participación administrativa. Singularmente es injustificable que el artículo 105 tenga que seguir implantándose por la vía aplicativa (jurisprudencia, principalmente) de la interpretación más favorable a la Constitución del Derecho preconstitucional. Esto hace penosa, a veces, la conquista de las garantías que consagra sobre la intervención en la elaboración de reglamentos, el acceso a archivos y la audiencia del interesado, cuando el Derecho persistente establece discrecionalidades, distingos y condicionamientos. El propósito quizá de integrar el desarrollo del artículo 105 en el texto legal común general sobre procedimiento administrativo está llevando al legislador ordinario a soslayar una regulación anticipada, remitiéndose a lo «que disponga la legislación de desarrollo del artículo 105, letra b) de la Constitución», como expresamente establece el artículo 70.3 de la Ley Básica del Régimen Local. Mientras tanto todavía se invocan en informes administrativos y en escritos procesales argumentos reductores de la participación basados en que no se ha dictado aún la nueva ley a que remite el artículo 105. Sin embargo, ya tempranamente la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1981 apuntó la vinculancia inmediata del precepto sin que quedara en pendencia en espera de dicha nueva ley.

Este conjunto de circunstancias revelan que no sólo en la praxis sociopolítica, sino también en la interpretación y en el desarrollo técnico-jurídico se acusa una reducción del alcance del bloque de

(17) J. A. SANTAMARÍA PASTOR, en *Comentarios a la Constitución*, dirigidos por F. GARRIDO FALLA, 2.ª ed. ampliada, Madrid, 1985, pág. 445, considera sorprendente «que la Constitución no se haga eco explícito de la temática de la participación administrativa, punto éste capital en la configuración de la Administración pública y aun del propio Estado contemporáneo...». Sin embargo, admite que el artículo 23.1 comprende en su ámbito a la participación administrativa y que los cauces legalmente previstos para dicha participación se hallan, pues, bajo la protección de la garantía jurisdiccional privilegiada del derecho fundamental. Más adelante veremos un posterior posicionamiento de este autor.

constitucionalidad sobre participación. Síntoma éste de alta significación en la crisis que analizamos.

4. *Las carencias e insuficiencias del desarrollo legislativo de la participación administrativa.*
En especial los estatutos del consumidor y del vecino

Inmediatamente vinculado a lo anterior, queremos ahora abundar en las carencias e insuficiencias de desarrollos legislativos ya producidos. Para ello vamos a fijarnos en dos innovaciones introducidas en nuestro Derecho en materias intensamente imantadas desde los estímulos políticos a la participación como son el estatuto del consumidor y el del vecino, circunstancias en que se encuentran prácticamente todos los ciudadanos.

A) *La institucionalización de la participación de los consumidores.*

Es antigua ya la idea de identificar trabajadores y consumidores y propugnar una acción sindical común; por ello la participación de los consumidores se incorpora a las reivindicaciones más fervientes de los partidos políticos. Sin embargo, las dificultades generales de diseñar métodos participativos eficaces se acrecientan en este área debido a la inexistencia de una representación común del «consumidor colectivo», por lo cual hay que reflexionar como cuestión previa cómo institucionalizarlo (18).

La importancia y auge del tema de la protección de los consumidores y usuarios —relacionado también con el derecho a la salud

(18) En el VII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo (Perugia, septiembre 1981) nos ocupamos de este tema. Vid. nuestra comunicación, *La institucionalización de la participación de los consumidores en el control de la calidad de los alimentos*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 31. En la doctrina italiana, F. GALGANO resumió el estado de la cuestión en *La democrazia dei consumatori*, «Rivista di Diritto Procedure Civile», 1981, núm. 1, págs. 38 y ss. Entre nosotros, vid. Revista «Estudios sobre Consumo», número monográfico sobre la nueva Ley de 1984, especialmente los trabajos de J. BERMEJO VERA, *El derecho a la información de los consumidores y usuarios*, pág. 83, y ENRIQUE RIVERO YSERN, *Los derechos de representación, consulta y participación de consumidores y usuarios*, pág. 107. Vid., también, el trabajo de José Luis RIVERO YSERN y J. I. FONT GALÁN, *Materiales normativos para la Ley de defensa de consumidores y usuarios de Andalucía*, en la misma Revista, núm. 6, diciembre 1985.

(art. 43 de la Constitución) y la protección del medio ambiente (art. 45)— quedan realzados en el artículo 51 de la Constitución, que vincula a los poderes públicos ordenándoles garantizar su defensa, que promuevan la información y la educación, fomenten *sus organizaciones* y que las oigan en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca. A nivel de Estado dicha Ley es la 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (19).

Un breve recorrido por el articulado de la ley —que entre sus objetivos confesados (Exposición de Motivos) está «disponer el marco legal adecuado para favorecer un desarrollo óptimo del movimiento asociativo en este campo»— nos permite descubrir que no aporta innovaciones propiamente en las formas de institucionalización de la participación; sólo reúne, reafirma y estimula técnicas e instituciones ya existentes. Así, el artículo 2.º declara como derechos básicos de los consumidores y usuarios: «La audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, todo ello a través de las asociaciones, agrupaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas», por cierto, con arreglo a la Legislación de Asociaciones (art. 20); el artículo 22 regula la audiencia en consulta, y los supuestos en que será preceptiva; pero si se mantiene la doctrina de la Sentencia de la Sala de Revisión de 19 de mayo de 1988, sobre el carácter preceptivo de la audiencia en el procedimiento de elaboración de reglamentos, ¿qué apoyatura adicional encuentran en ese precepto los consumidores? Aun el Consejo que a nivel nacional ordena el párrafo 5 de ese artículo no viene dotado de otros medios de intervención. Más interés puede alcanzar el sistema arbitral diseñado en el artículo 31 para dirimir quejas o reclamaciones, por órganos de estructura tripartita: representantes de los sectores interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones Públicas dentro del ámbito de sus competencias. Finalmente, las funciones de apoyo y fomento indi-

(19) El Estatuto del Consumidor del País Vasco se aprobó por Ley 10/1981, de 18 noviembre, declarada puntualmente inconstitucional por Sentencia TC 71/82, de 30 noviembre. La Ley 5/1985, de 8 julio, de los Consumidores y Usuarios de Andalucía, contiene una ardorosa proclama en su Exposición de Motivos, en la que la *autodefensa* de los consumidores, a través de la *autoorganización de la sociedad civil* en torno al tema, se presenta como el pilar central de las concepciones que conforman la ley.

cadadas en los artículos 39, 40 y 41 para la Administración del Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones locales, respectivamente, están más en dimensión programática y en la preocupación por el reparto competencial que en la asunción rigurosa de una estrategia organizativa.

El protagonismo de los consumidores, en la proporción razonable a las necesidades impuestas por la complejidad de su defensa, podría haber encontrado mejor cauce en unas fórmulas de autoadministración colaboradora con las Administraciones públicas. En el trabajo antes citado sugeríamos la creación de una especie de «Consejos reguladoras de denominaciones de consumo», que hubieran potenciado la institucionalización de la demanda de forma más equilibrada con la solidez de la organización de la oferta.

El sistema de la ley, tan escasamente innovador, no es suficiente para rescatar al consumidor común —adoctrinado por la publicidad y los cantos de sirena de las nuevas catedrales del consumo (los grandes almacenes)— del acoso de los «mercaderes de la ignorancia» que irrumpen sin escrúpulos en los mercados, perturbando además a las empresas honestas.

B) *El Estatuto del Vecino.*

En la vida local, como terminal administrativo más directamente conectado con la población, se manifiesta un abundante despliegue de técnicas de participación que vienen enfatizadas en el nuevo Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales en su Título VII bajo el epígrafe «Estatuto del Vecino». Hay que advertir inmediatamente que, como puntualizó la Resolución de la Dirección General de Administración Local de 27 enero 1987, ese Título VII —en cuanto la participación ciudadana se considere como parte de la potestad de autoorganización— es aplicable «sólo en ausencia de reglamentación específica adoptada por la corporación en su Reglamento orgánico o en normas sobre información y participación ciudadana».

El esquema estructural de las relaciones del ciudadano con la Administración Local, según la Ley sobre Bases de Régimen Local 1985, y el aludido desarrollo reglamentario, puede trazarse distinguiendo los siguientes planos:

1) La redefinición institucional, contenida en el artículo 1.º de dicha Ley, presenta a los Municipios como «entidades básicas de la organización territorial de Estado y cauces inmediatos de participación ciudadana en los asuntos públicos». Como ha notado FONT I LLOVET (20), se evidencia la sustitución del concepto de *competencia* por el de *participación* para enmarcar la institución garantizada de la autonomía local.

2) La determinación de las respectivas posiciones jurídicas de los vecinos y de las Corporaciones locales. A los primeros, el artículo 18 de la Ley Básica dedica un catálogo —aunque abierto— de derechos y deberes, debiendo destacarse que los derechos de participación en la gestión, de información y de petición de consulta popular, se refieren siempre a los términos previstos en las Leyes. La propia Ley Básica desarrolla posteriormente estos derechos (arts. 69, 70, 71).

El artículo 69 de la misma Ley Básica, luego de reiterar que las Corporaciones Locales «facilitarán la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local», establece una norma sustantiva esencial: «Las formas, medios y procedimientos de participación que las Corporaciones establezcan en ejercicio de su potestad de autoorganización no podrán en ningún caso menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos regulados por la Ley.»

3) El instrumento que encauza la participación vecinal como «estructura mediadora fundamental» a la que la Ley «entrega el campo no cubierto al que no llegan los partidos políticos» (21) es, principalmente, que las Corporaciones locales —como expresa el art. 72 de la Ley Básica— «favorecen el desarrollo de las asociaciones para la defensa de los intereses generales o sectoriales de los vecinos, les facilitan la más amplia información sobre sus actividades y dentro de sus posibilidades, el uso de medios públicos y el acceso a las ayudas económicas para la realización de sus actividades e impulsan su participación en la gestión de la Corporación en los términos del

(20) T. FONT I LLOVET, «Algunas funciones de la idea de participación», en *La Participación*, ob. cit., pág. 259. También, en «REDA», núm. 45.

(21) L. MORELL OCAÑA, *El Régimen Local español*, Madrid, 1988. Destacan las apreciaciones sociológicas sobre las dificultades de la participación ciudadana en la gran ciudad (págs. 641 y ss.) y la síntesis sobre la significación y modalidades de participación, con la llamada a una superación del urbanismo concebido como actividad de construcción de viviendas, para evolucionarlo al área en que se dilucide la controversia sobre un modo distinto de organización social (págs. 650 y ss.).

número 2 del artículo 69. A tales efectos pueden ser declaradas de utilidad pública». La citada Resolución de la Dirección General de Administración Local de 1987 establece unos criterios interpretativos en atención a que el artículo 235 del Reglamento de Organización, F. y R. J. ordena que se determine el grado de participación de cada una de las asociaciones teniendo en cuenta «tanto la especialización sectorial de su objetivo social como su representatividad», aclarando que corresponderá a la Corporación el establecimiento de los requisitos que deben reunir las asociaciones para acceder a los instrumentos de participación previstos en los artículos 227 a 236 de dicho Reglamento (intervenciones en las Comisiones Informativas, exposición ante el Pleno, obtención de subvenciones, uso de locales y medios de comunicación municipales, recepción de convocatorias de los órganos colegiados y boletines municipales, participación de vecinos en los Consejos Sectoriales, órganos colegiados de gestión descentrada y órganos colegiados de los entes de gestión descentralizada de servicios municipales, según sus reglamentaciones); y que también fijará la Corporación los criterios que, en función de su representatividad, faciliten la ordenación de la participación de las diversas asociaciones, con exclusión de «todo aquello que pueda menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos regulados por la Ley (art. 69.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril)». El ejercicio de los derechos más intensos —los antes resumidos, a excepción de los tres primeros— se reserva a las asociaciones que estén inscritas en el Registro Municipal de Asociaciones Vecinales (22).

Finalizando aquí esta extracción de datos testimoniales del nuevo ordenamiento local (23), queda patente, a nuestros efectos, la subordinación en gran medida de las oportunidades y técnicas de participación a las decisiones y actuaciones de cada una de las Corporaciones locales. La legitimación de origen del acceso al poder local (resultados electorales) prima sobre toda posibilidad de introducir controles concomitantes de sustancia participativa que garanticen la

(22) El Registro está abierto a «todas aquellas asociaciones cuyo objeto sea la defensa, fomento o mejora de los intereses generales o sectoriales de los vecinos del Municipio y, en particular, las asociaciones de vecinos de un barrio o distrito, las de padres de alumnos, las entidades culturales, deportivas, recreativas, juveniles, sindicales, empresariales, profesionales y cualesquiera otras similares» (artículo 236.3 del Reglamento de Organización, F. y R. J. de 1986).

(23) Vid. el estudio más general de J. PEMÁN GAVIN, «La población local: la vecindad administrativa», en *Tratado de Derecho Municipal*, tomo I, dirigido por S. MUÑOZ MACHADO, Madrid, 1988, págs. 1076 y ss.

legitimidad de ejercicio de dicho poder. Las técnicas de participación vecinal difícilmente podrán lograr resultados preventivos de las infracciones, desviaciones, inoportunidades o excesos en el ejercicio de las potestades, en el servicio objetivos a los intereses generales. ¿Será, acaso, un desenfoque perturbador pensar que la participación ciudadana administrativa pueda estar legitimada para pretender unos efectos tan determinantes?

III. INESTABILIDADES DOCTRINALES SOBRE LA TEORÍA DE LA PARTICIPACIÓN

La doctrina viene expresando no sólo las dudas sobre la docilidad de las Administraciones Públicas a facilitar los cambios necesarios para hacer efectiva la participación ciudadana, sino últimamente incluso la incertidumbre sobre el sentido, significación y alcance de esta participación. Entre nosotros es notoria la transformación de los posicionamientos sobre la cuestión en el breve plazo que va desde la promulgación de la Norma Suprema.

Inicialmente, aun antes de la Constitución, partiendo del planteamiento cabal y actualizado del asunto, se mantuvo la extraordinaria importancia de articular la participación ciudadana como nuevo ingrediente en la construcción técnica de las instituciones jurídico-administrativas. Con expresiones condensadas, ya formuladas entonces por MUÑOZ MACHADO (24), se patentizaba que la Administración moderna, por su absorbente crecimiento y penetrante determinación en la definición del interés público, sufre una «crisis de legitimación democrática»; y que lo que se «busca fundamentalmente con la participación ciudadana en las funciones administrativas 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».

Porque, evidentemente, no se trata de suplantar la mecánica de la representación política y la primacía de la ley como expresión de

(24) S. MUÑOZ MACHADO, *Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración*, núm. 84 de esta REVISTA, 1977, págs. 528 y ss. Vid. A. NIETO, *La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo*, núm. 76 de esta REVISTA.

(25) En ello insiste E. GARCÍA DE ENTERRÍA —*La participación del administrado en las funciones administrativas y Curso...*, citados—, concluyendo: «No podría por ello legitimarse una decisión ciudadana, aun unánime, como prevalente a la ley general.» Ya en prensa este trabajo, hemos visto otro trabajo de dicho autor sobre el tema en el Libro-homenaje a VILLAR PALASÍ.

la voluntad general soberana (25), «sino que el ciudadano que, en definitiva, es depositario del derecho originario de la soberanía ya no está dispuesto a dejar en las exclusivas manos de la Administración la definición del interés general, sobre todo cuando las decisiones se resuelven en puros criterios de oportunidad».

... Este planteamiento (26) se ha ido difuminando al transitar por la experiencia postconstitucional. SANTAMARÍA PASTOR (27), que al comentar el artículo 23 de la Constitución consideró que también garantiza la participación administrativa y que «la instauración de cauces participativos es una directiva constitucional vinculante para todos los poderes»; sin embargo, posteriormente (28) desarrolla el tema bajo el epígrafe «El controvertido principio de participación», expone los rasgos esenciales en los que hay acuerdo —la irremisible irrupción del *autoritarismo burocrático* por la *complejidad tecnológica de las sociedades industriales avanzadas*, y que «la realización efectiva del principio democrático pasa necesariamente por una prolongación de la representación popular al ámbito administrativo»—, pero entiende que «toda la restante problemática del principio de participación resulta considerablemente heterogénea y difusa»; señala la diversidad de técnicas que se engloban bajo el principio de participación; y termina negando que tenga el carácter de directiva constitucional que le atribuyera SÁNCHEZ MORÓN a la vista del artículo 9.2 (29).

Estas contrastadas posiciones doctrinales pueden servir para enmarcar una gama de criterios diversos entre los que creemos suficiente destacar (30) los enfoques sociológicos de BAENA DEL ALCÁZAR (31), las prevenciones técnico-jurídicas de MARTÍN-RETORTILLO,

(26) En nuestro trabajo de 1967, recordado en nota 3, hacíamos el siguiente comentario: «Es la libertad entendida como "participar-en" y no, al modo liberal, como "defenderse-de"», según la gráfica precisión de Jean LACROIX en su análisis del liberalismo, en *Crisis de la democracia, crisis de la civilización*, Editorial Popular, Madrid, 1966, pág. 21.

(27) J. A. SANTAMARÍA PASTOR, en *Comentarios a la Constitución*, cit., pág. 445.

(28) J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, págs. 247 y ss. de la edición de 1988. «Se ha podido hablar, así —expresa este autor—, de la dialéctica entre una concepción tecnocrática y una alternativa de izquierdas en torno a la participación, de contenidos y finalidades radicalmente diversos.»

(29) M. SÁNCHEZ MORÓN, *La Participación...*, ob. cit., págs. 93 y ss.

(30) En la apreciación del principio participativo consagrado en la Constitución tienen una significación instrumental los estudios clásicos sobre la colaboración de los administrados en las funciones administrativas. Vid., por todos, la síntesis de F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, 10.^o ed., Madrid, 1987, págs. 336 y ss. y bibliografía allí citada.

(31) M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Curso de Ciencia de la Administración*, Madrid, 1985, págs. 391 y ss.

Lorenzo (32), y los planteamientos dogmáticos de PAREJO ALFONSO (33).

Para BAENA DEL ALCÁZAR el nuevo planteamiento de la participación «consiste en que se participe habitualmente en la decisión y no en la ejecución y, principalmente, en que los sujetos participantes sean el común de los ciudadanos». La etiología del recrudecimiento de la reivindicación participativa la encuentra en: 1) «la creciente hostilidad de los administrados durante las últimas décadas frente a un poder del Estado cuya capacidad de opresión es ahora mucho mayor que en épocas pasadas»; 2) la inexistencia de razón para que las grandes decisiones que afectan a la comunidad sean fraguadas «en la práctica entre bastidores por pequeños grupos de burócratas, sin que en ellas tengan algo que decir los ciudadanos, cuando en el mundo actual existen sobrados medios técnicos para darles acceso a la información y a las decisiones»; 3) y en el hecho de que los políticos reclaman la utilización de los cauces participativos «mientras se encuentran en la oposición, pero pierden todo interés en ellos cuando llegan al poder». Pone como ejemplo, las asociaciones de vecinos en España, politizadas en el régimen anterior y abandonadas después por la clase política.

En definitiva, a juicio de este autor, el problema es, pues, de carácter político y organizativo, dada la dificultad de articular la participación de las pequeñas organizaciones y asociaciones privadas y de los ciudadanos individuales en unas estructuras administrativas no preparadas para ello. Por lo que concluye que, a excepción de los grupos o sectores poderosos de la sociedad, que sí intervienen, los individuos aislados y aquellas pequeñas entidades «no tienen en la democracia pluralista otro cauce de participación que el de las elecciones».

Desde una perspectiva técnico-jurídica, señala Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO tres principios constitucionales que sirven de orientación y límite a la participación: el principio de legalidad, el carácter servicial de la Administración Pública y el principio de eficacia. La primacía de la ley y el obligado sometimiento pleno a ella de la Administración impide o dificulta articular una participación administrativa ulterior del cuerpo de ciudadanos. Recordando un tex-

(32) Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *La participación en la Administración Pública. Principios y límites*, ob. cit.

(33) L. PAREJO ALFONSO, *El concepto del Derecho Administrativo*, Caracas, 1984, reproducido en parte en *Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, 1983.

to de MERKL (34), pone el énfasis en la idea de que la Administración autocrática es la garantía de la realización de la democracia en cuanto actúa sin interferir la legítima representación popular en el Parlamento y su expresión en la ley. Asimismo se garantiza el carácter servicial de la Administración, idea de servicio que «es también una idea de subordinación a algo que está fuera», y que no debe perturbar la participación ciudadana. En todo caso el normal funcionamiento de los servicios, sustentado en el principio constitucional de eficacia, debe ser un imperativo prioritario e incondicionado ante las pretensiones de participación, cualquiera que sean sus modalidades.

Terminaremos esta muestra de posiciones de la doctrina sobre la participación administrativa con la referencia a la sostenida por PAREJO ALFONSO desde la perspectiva radical de responder al permanente reto científico de delimitar el concepto de Derecho Administrativo. A propósito de refutar las críticas a la tesis estatutaria de este Derecho —cuyas bases sintetiza en «el enfoque institucional y ordinamentalista y la visión subjetiva del fenómeno administrativo»— (35), se plantea la repercusión del fenómeno de participación ciudadana en la Administración montado sobre las bases de la insuficiencia del mecanismo de la representación política en elecciones periódicas y consiguiente demanda de control social directo de la actividad administrativa («cuestionamiento de la legitimidad de la definición burocrático-administrativa del interés general»). A su juicio el problema no está tanto en alumbrar una «Administración participada» —que podría originar un «nuevo corporativismo» disfuncional— como en introducir un cambio profundo en el Derecho público interno para adecuarlo a las exigencias del Estado «social», lo cual pasa por dar una solución a la tensión de esa adjetivación con la simultánea de Estado «de Derecho», cuyas categorías y técnicas heredadas son insuficientes para encauzar el nuevo contenido del «Estado social de Derecho». «Este desfase entre contenido y

(34) El texto fue recordado por GARCÍA DE ENTERRÍA en *La ejecución autonómica de la legislación del Estado*, Madrid, 1983, nota 16. Pertenece a *La Teoría General del Derecho Administrativo*, traducción española de 1935. La idea que refleja fue desarrollada por MERKL en *Demokratie und Verwaltung*, que PAREJO ALFONSO cita en *El concepto...*, ob. cit., pág. 269, como editado en Wien y Leipzig, 1923. El texto, en sus términos más expresivos, afirma: «la organización administrativa es tanto más democrática cuanto mejor asegure la ejecución de la Ley, como forma suprema de expresión de la voluntad popular, debiendo calificarse de antidemocrática a una organización propicia a realizar en los actos administrativos la voluntad de los individuos frente a la voluntad general que se manifiesta en la Ley».

(35) Vid. *El concepto...*, ob. cit., especialmente págs. 147 a 153 y 269 a 271.

continente —precisa PAREJO— es el que explica la tendencia a su corrección mediante la participación social directa —orgánica o procedimental— en los procesos administrativos. Pero, a su vez, esta compensación a través de la participación, lejos de solucionar el problema, provoca una nueva y no menos grave disfunción...: la apropiación «pseudocorporativa» de las decisiones administrativas por las fuerzas sociales, organizadas o no, que se adueñan o prevalecen en la participación». En consecuencia, tras asumir las preveniciones de KELSEN, MERKL y ULE sobre el riesgo de que las decisiones administrativas devengan infieles por ser interferidas por la participación —«Esas decisiones diluirían al Estado y su Administración en anarquía», en expresión de este último autor— llega PAREJO a la síntesis de su posición en estos términos: «Por tanto, la construcción de la Administración pública sobre la base de la participación, no ya procedimental, sino orgánica, descansa en un análisis erróneo y supone una propuesta equivocada. Ciertamente que la participación es una técnica deseable, dados el crecimiento y la complejidad de las tareas administrativas, pero se tratará siempre de una técnica correctora del distanciamiento de la organización administrativa respecto del ciudadano y de la realidad que no puede pretender erigirse en pivote de la construcción misma del fenómeno administrativo a través de una suerte de “socialización” (por incorporación de los ciudadanos, organizados o no, a los órganos decisores) de la organización administrativa.»

En definitiva, lo que se niega es que el fenómeno participativo deba tener tanta repercusión como para remodelar la Administración, y alterar sus estructuras y su instrumentación autocrática en el conjunto del Estado. PAREJO estima que «el modelo de gestión objetivo-jurídica» que cristaliza y permanece en la Administración actual —personificada y servicialmente vinculada a la dirección del Gobierno (art. 97 de la Constitución)— no debe ser sustituido: «La Administración debe continuar estando construida sobre él, sin perjuicio de la utilización de la técnica de la participación como mecanismo idóneo para corregir las inevitables disfunciones de ese modelo hoy —en el Estado social de Derecho— más que nunca vigente.»

En las sucesivas expresiones que, por fidelidad a los matices, hemos transcrito, se aprecia una indeterminación en lo relativo a la dosis admisible de participación.

IV. LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO PARTICIPATIVO Y EL ALCANCE DE SUS EFECTOS

Ante el estado, en parte, de incertidumbre y en parte de prevención y de prudencia de la doctrina parece necesario replantear la cuestión empezando, obligadamente, por afirmar lo que aparece con una certeza indiscutible; esto es, a nuestro juicio: 1) la vigencia de los preceptos constitucionales y ordinarios que consagran y aplican el principio participativo mediante diversas técnicas; y 2) la permanencia, y, en gran medida también, la acentuación de las circunstancias que sirvieron de reto para provocar como respuesta la «euforia de participación». Este factor sustantivo es de la máxima significación porque cualifica intensamente la naturaleza de la crisis. Habitualmente los estados carenciales en la plenitud de la juridicidad de las instituciones se agudizan cuando las normas positivas disponibles no responden ya con la amplitud precisa a las necesidades sociales. Pero en este caso ocurre en buena medida lo contrario: los preceptos constitucionales tienen potencialidad suficiente para responder a las circunstancias objetivas que reclaman la participación administrativa, pero su plasmación legislativa y, sobre todo, en la actividad administrativa es deficitaria.

En un esquema ideal —al que remiten los revividos textos de MERKL de los años veinte—, la suficiencia ordenadora de la ley permitía defender una Administración autocrática, distante y preservada del asalto de grupos y del tráfico de influencias, sólo vinculada a las determinaciones de la voluntad popular expresada cumplidamente en la ley. Pero, cabalmente, la quiebra de la complitud de la ley modifica la premisa de aquella construcción. Es la crisis de la ley una de las hondas causas esenciales de la formulación del principio de participación administrativa. La alternativa, pues, no está entre una «Administración autocrática» y una «Administración democrática», sino entre una «Administración despótica» y una Administración de Derecho». Importa, pues, abundar en las consecuencias que para la actual Administración pública de un Estado Social tiene la crisis de la ley como esencial instrumento técnico del Estado de Derecho. La construcción técnico-jurídica del principio participativo debe arrancar de las conclusiones a que se llegue en la tarea de medir las dimensiones de aquel conflicto.

1. *La crisis de la ley*

En esta segunda mitad del siglo XX se han recruido los hechos determinantes de la toma de conciencia social y científica de la crisis de la ley. El maestro COSSÍO Y CORRAL con este mismo título (36) sintetizó la hondura del fenómeno con ocasión de un discurso memorable. Recordaba cómo ya MONTESQUIEU concebía la desaparición del Estado que describía como los anteriores: «Perecerá cuando el poder legislativo esté más corrompido que el ejecutivo» (Libro XI, VI, de *El espíritu de las leyes*).

A) *Perfiles generales de la crisis de la ley.*

La muerte del mito de la ley se precipita cuando se convierte en mercancía precedera a consecuencias de estas circunstancias:

a) La vida se impone a las previsiones de la razón; la ley se consume cada día, nace condenada a muerte: la de ayer puede no ser apta o justa hoy. La ley no es un ídolo consistente.

b) La ley es hija de las circunstancias geográficas, económicas, políticas. No es ordenación superior, sino exponente de concreta situación social; carece de principios de permanente validez.

c) Quiebran los elementos clásicos de la ley, entre ellos la racionalidad, tanto en la «vis directiva» (bondad intrínseca del precepto), como en la «vis coactiva» (a veces es un acto de voluntad arbitraria distante de la participación social y que invita a la desobediencia).

d) Los pactos de grupos son más vinculantes que la ley, y anteceden a su creación y modificación.

e) Quiebra la razón legitimadora, y se da paso a una racionalización pragmática (mediante planes, programas, medidas concretas).

f) El poder legislativo se desnaturaleza: el acto-ley se resume en soluciones concretas a semejanza de los actos del ejecutivo y del judicial (actos, sentencias), los cuales gozan de más cotización social por sus efectos prácticamente operantes, más atendidos que las leyes.

(36) A. DE COSSÍO Y CORRAL, *La crisis de la ley*, discurso de apertura del Curso Académico de 1954-55 en la Universidad de Sevilla.

g) Existe una infravaloración de lo jurídico en la Administración; tiende a introducir interpretaciones y modificaciones «siempre que tropieza con cualquier dificultad legal para el logro del fin concreto que en cada caso se propone conseguir. Pero obsérvese —concluía COSSÍO Y CORRAL— que... al proceder de esta manera no creen cometer infracción alguna, sino que, por el contrario, estiman que su resolución es la más conforme a los supremos imperativos de la justicia, en cuanto se adapta mejor a las exigencias del caso particular que las normas generales por el legislador establecidas».

B) *Manifestaciones de la crisis de la ley.*

Junto a los referidos factores generales, la decadencia de la ley se muestra técnicamente, también, como una impotencia del instrumento para soportar la alta presión a que le somete la compleja función que se le atribuye con el advenimiento del Estado social. El ordenamiento jurídico-administrativo reduce en este contexto su potencialidad tipificadora. Ni puede haber ley para todo lo que tengan que afrontar y decidir las Administraciones al realizar el compromiso de efectividad («que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas» sirviendo «con objetividad los intereses generales» conforme al *principio de eficacia*, arts. 9.2 y 103.1 de la Constitución), ni todo el *factum* a tener en cuenta para la decisión administrativa puede ser previsto y ordenado en sus matices desde los preceptos legales.

No pretendemos derivar aquí al análisis de la cuestión sobre la opción entre los regímenes de vinculación positiva (necesidad de habilitación legal previa para que la Administración realice cualquier tipo de actividad) o de vinculación negativa (posibilidad de actuar en todo lo que no esté prohibido por la ley). De la tesis generalizada entre nosotros —inducida por GARCÍA DE ENTERRÍA (37)— se aparta SANTAMARÍA PASTOR, que sólo admite el régimen de vinculación positiva para las actuaciones de la Administración de eficacia ablatoria, es decir, que limiten o extingan situaciones jurídicas de los sujetos afectados. En las actuaciones sin eficacia ablatorias —aunque deban determinarse según los casos y dejando a salvo las habilitaciones financieras— considera aplicable la vinculación

(37) E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo*, I, ed. 1983, páginas 409 y ss.

negativa a la ley; posición que entiende mayoritaria en la doctrina europea (38). Por supuesto, entre la vinculación positiva pura y tipificadora de actuaciones administrativas y la vinculante negativa, cabe aislar un espacio difuso en el que opera la vinculación positiva con una cobertura inacabada. No se produce, por tanto, sólo una reducción cuantitativa del previo apoderamiento legal de la acción administrativa, sino reducción cualitativa al faltarle predeterminación completa a la actividad habilitada.

En este sentido, la crisis de la ley se manifiesta o en una ausencia de ley o en una ley inacabada.

a) La ausencia de ley concreta, si no tiene que ser considerada como laguna, puede resolverse o en la admisión de la vinculación negativa, dentro siempre, naturalmente, de la plena juridicidad de la Administración; o en la prolongación concretizada por vía reglamentaria de una Ley general habilitante. Esta es la dinámica de la implantación de los planes y programas de ordenación.

b) La ley inacabada, en el sentido de que tiene reducido su alcance tipificador de la actividad administrativa habilitada, puede originarse por imperfección técnica, por conveniencia o por necesidad.

b.1) *La imperfección técnica*, a su vez, puede ser congénita o sobrevenida. En el primer caso, consciente o inconscientemente —que será lo más común—, el legislador no ha incorporado la mejor técnica jurídica conocida o posible para la regulación de la materia. En el segundo caso, o la ley no se ha actualizado técnicamente, o ha quedado superada por una nueva ordenación superior, ordinariamente constitucional, a la que no contradice —razón por la que no puede estimarse la existencia de «inconstitucionalidad sobrevenida» (Sent. Tribunal Constitucional 2 febrero 1981)—, pero a la que no acierta a desarrollar en toda su plenitud. En este sentido el Tribunal Constitucional viene reiterando que no es su misión suplir al legislador elaborando una mejor ley, sino controlar la

(38) J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1988, págs. 199 y ss.: «... no hay Parlamento en el mundo capaz de abordar el fenómeno de producción normativa en masa que requiere la sociedad actual con el ritmo que un régimen puro de vinculación positiva exigiría (a menos de convertir el poder legislativo en un puro órgano emisor de autorizaciones prácticamente en blanco, lo que tampoco se compadecería con la finalidad institucional del principio).

constitucionalidad de las que el legislador promulga. En ese caso la escasez de la ley no inconstitucional suscitará los esfuerzos interpretativos para extraer de ella las mejores consecuencias. Por ejemplo, el «estiramiento» o el «atirantamiento» de la Ley de Suelo son expresiones de arquitectos que aluden a los excesos de innovaciones interpretativas con las que se han querido extraer del texto refundido de 9 abril 1976 habilitaciones inexistentes en el mismo (39).

b.2) La ley inacabada *por conveniencia* se refleja en la utilización de la atribución de potestades discrecionales. Conviene al servicio objetivo a los intereses generales que el legislador habilite a la Administración para decidir lo que, en una concreta circunstancia, sea más garantizador del resultado de una *buena administración* (en la expresión incorporada al artículo 3 de la Ley de Contratos del Estado). Las atribuciones de dichas potestades se ajustan plenamente al principio de legalidad (40). Pero su ejercicio obliga a la toma de decisiones no meramente ejecutivas, sino de alcance puntualmente normativo para elaborar el núcleo del contenido esencial del acto administrativo discrecional.

b.3) La ley inacabada *por necesidad* sitúa, ciertamente, en el marco de las potestades regladas la toma de decisiones administrativas en las que instrumentalmente es obligado comprobar objetivamente:

— O un factor determinante, sea técnico, económico, cultural, social, ético... Son los *conceptos jurídicos indeterminados*, institucionalmente diferenciados de la discrecionalidad, que actúan como elementos reglados donde la norma remite a una realidad objetivamente verificable en cada momento (41).

(39) Por su extraordinaria importancia y gravedad, hay que citar aquí la declaración de nulidad de los mecanismos de reparcelación discontinua coactiva, extendidos como práctica generalizada en las adaptaciones y revisiones de numerosos Planes Generales de Ordenación Urbana. Sentencia del TS de 21 diciembre 1987 (Aranz. 9677), Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio BRUGUERA MANTE, y Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Sevilla de 26 octubre 1988, Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA. A dicha conclusión llegábamos en *Curso de Gestión Urbanística*. A. PÉREZ MORENO, *La revisión y modificación de los planes de urbanismo*, conferencia de clausura, Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Sevilla, 1985, págs. 103 y ss.

(40) Sobre la distinción entre laguna de la ley y discrecionalidad, vid. M. F. CLAVERO ARÉVALO, *La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo*, núm. 7 de esta REVISTA.

(41) F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976.

— O un conjunto complejo de circunstancias reales de la vida colectiva que, aun no estando completamente descrito en el lenguaje de la ley, cuenta ésta con su existencia para desplegar sus consecuencias jurídicas, y cuya apreciación requiere juicios de oportunidad y estimación de reglas de proporcionalidad. Nos referimos en este caso no ya a conceptos jurídicos indeterminados —porque éstos sí están insertos en el lenguaje de la ley—, sino a estimaciones globales de oportunidad que anteceden o acompañan a la decisión de ejercicio de potestades habilitadas por la ley. Así, por ejemplo, el acuerdo de revisar planes de urbanismo, la delimitación de una comarca de reforma agraria en la ley andaluza antes citada, la declaración de una zona regable, la determinación de la ubicación de un vertedero de residuos, etc.

El desarrollo de la jurisprudencia francesa mediante el balance de las ventajas y desventajas (*bilan-coût-Avantages*) de la operación administrativa contemplada ilustra acerca de esos supuestos de tan amplios márgenes de apreciación que deja la ley a las Administraciones (42).

Una de las características de las nuevas disposiciones es que las manifestaciones de las imprevisiones o faltas de complitud de la ley no aparecen ya ocasionalmente o en escasa medida, sino que su presencia aumenta incesantemente. Más aún: de la consagración constitucional de la cláusula de Estado social y sus principios rectores se quiere extraer la consecuencia de una especie de presunción de apoderamiento general de la Administración dirigido al cumplimiento del mandato constitucional.

La descripción de los poros del conjunto de la legalidad por los que, sin embargo, ha de fluir también legitimidad para la actividad administrativa, nos permite pasar ya a la incardinación y construcción del principio participativo en la versión que encarna en nuestra Constitución.

2. *La construcción técnico-jurídica de la participación administrativa*

Cualquiera que sea el concepto que se asuma del Estado social puede afirmarse como denominador común que el adjetivo «social»

(42) Vid., entre nosotros, J. I. LÓPEZ GONZÁLEZ, *El principio de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1988.

no legitima otra cosa que la acción del Estado sobre la sociedad, y, por consiguiente, no permite que el Estado prescinda de la sociedad para la toma de sus decisiones. Tampoco sería constitucional una versión del adjetivo «social» que tuviera el efecto de secuestrar al Estado para ponerlo al servicio de una ideología. Con independencia del origen y desarrollo histórico de los acontecimientos políticos que han llevado a adicionar el adjetivo «social» al «Estado Democrático de Derecho», la fórmula integrada no se ha de polarizar en un sentido, por el contrario tiene que nutrirse del arsenal técnico-jurídico que la explicita en el conjunto de la Constitución. Las «lecturas» políticas de los preceptos constitucionales sobre la participación ciudadana incurrirán en manipulación si contradicen esos contenidos. De aquí la necesidad de realizar una construcción técnico-jurídica del principio participativo con lealtad a la Constitución, en la justa medida que evite el juego de máximos y de mínimos. Así vamos a considerar el fundamento, la escala de participación, los criterios ordenadores y las funciones de la participación.

A) *Fundamento.*

Porque no cabe poder del Estado que no emane del pueblo, en el que reside la soberanía (art. 2.2 de la Constitución), no es posible el ejercicio de poderes de otra procedencia ni la legitimación de decisiones públicas que no se elaboren por los canales establecidos. Corresponde a las Administraciones «servir con objetividad los intereses generales... con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho». El ciudadano no es, pues, un destinatario del poder; está en el origen del poder. No cabe la adopción de decisiones administrativas contrarias al servicio objetivo a los intereses generales, ni corresponde a las Administraciones una autonormación de las condiciones objetivas del servicio que, como su único fin esencial, deben cumplir. El servicio que presten será con objetividad si se ajusta al «bloque de la legalidad». Pero en los supuestos de atribución de poderes discrecionales, normación con utilización de conceptos jurídicos indeterminados, o actuaciones determinadas por apreciaciones de la oportunidad objetiva, aunque no existan lagunas de la ley porque cuentan con previsiones del legislador, sí aparece la necesidad de complementar la legitimación de las decisiones administrativas cumpliendo la carga de la participación ciudadana. De esta manera se puede satisfacer el derecho fundamental de los ciudada-

nos a participar en los asuntos públicos (art. 23). Y, además, cuando se trate de un procedimiento administrativo bien de elaboración de reglamentos, bien de preparación de un acto administrativo de gestión, de revisión o de sanción, la participación de los intereses vendrá específicamente basada en el derecho fundamental a la defensa, que consagra el artículo 24.2 de la Constitución. El fundamento de la participación administrativa no es otro que la primacía de la realidad y efectividad de los derechos fundamentales y, concretamente, se refuerza desde el derecho a participar en los asuntos públicos y desde el derecho a no ser condenado (limitado o gravado) sin ser oído.

Las cláusulas de Estado Democrático y de Estado Social reclaman la participación ciudadana legitimadora para adecuarse a las exigencias del Estado de Derecho. De esta manera la participación ciudadana administrativa no supe a la ley sino que coopera, desde la eficacia directa de los preceptos de la Constitución que la consagran, en la forma, modalidades y efectos que precise la ley. Esta variedad de posibilidades viene determinada por la diversidad de funciones de la participación.

B) *La escala de participación.*

Por sus propios fundamentos no es posible canalizar la participación administrativa por conductos rígidos y uniformes. El principio de proporcionalidad ha de producir una modulación de intensidades y una variedad de técnicas. La proclividad de la doctrina a aplicar la imagen de la «escala» («escala de demanialidad», «escala de personificación jurídica», etc.) invita a referirse también a una «escala de participación administrativa». En la fórmula del artículo 9.2 de la Constitución —«facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social»— quedan vinculados todos los *poderes públicos*. En consecuencia, cada uno de ellos deberá cumplir el mandato constitucional de la forma más adecuada, distribuyendo con fundada estrategia los niveles de participación que alcancen a complementar sobre todos los tramos no normativizados con complitud. El derecho fundamental «a participar en los asuntos públicos», el mandato de «eficacia» y la garantía de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos» (arts. 9.3, 23 y 103 de la Constitución) concurren como pautas de referencia para modular aquella estrategia de niveles de par-

ticipación. Por ello el desarrollo natural se manifiesta en una variedad de técnicas participativas. No creemos que esta obligada consecuencia rompa el concepto unitario de participación o lo convierta, como entiende SANTAMARÍA, en sólo «un principio o tendencia política general de contornos abiertos y difuminados» (43).

La diversidad de técnicas es una secuela de la «escala de participación» que debe ordenarse desde los fundamentos comunes en atención a las necesarias funciones atribuibles en cada caso a la activa presencia de la sociedad en la determinación o en la gestión de los asuntos públicos. Desde esta perspectiva es posible un intento de clasificación de los campos de participación social, de las técnicas mediante las que se articula y de los efectos proporcionados que se le asignen. Importa subrayar, además, que la flexibilidad en la ordenación de las formas participativas debe llegar incluso al apoderamiento para que las Administraciones públicas puedan optar por aquellas que sean más garantizadoras del cumplimiento de la función para la que en aquel concreto supuesto se ha establecido la necesidad de la participación (información, opción, control o defensa).

C) *Criterios ordenadores y funciones de la participación*

El criterio sustancial de la proporcionalidad en la ordenación de la participación puede enunciarse, como máxima para el legislador, como guía legitimadora para la acción administrativa y como perspectiva para el control jurisdiccional, en estos términos: que

(43) SANTAMARÍA PASTOR, *ob. cit.*, pág. 248: «el concepto de participación sirve para encuadrar las técnicas más variadas: bajo el mismo se engloban todos los supuestos de colaboración de particulares en el ejercicio de funciones públicas (ejercicio privado de funciones públicas: autoadministración a través de corporaciones sectoriales de base privada, colaboración pericial de expertos en órganos administrativos, etc.), las fórmulas de participación en el procedimiento administrativo (principio de contradicción, audiencia, información pública, legitimación de los titulares de intereses difusos, etc.), la inserción de representantes de organizaciones de intereses (sindicatos, asociaciones) en los órganos consultivos o activos de la Administración, y todo un sinfín de técnicas inclasificables (cauces de negociación o concertación colectiva; fórmulas de democracia directa; la propia descentralización territorial se estudia bajo el prisma de la participación). Ante esta heterogeneidad de contenidos materiales, parece claro que la participación no puede entenderse como un concepto unitario, sino como un principio o tendencia política general de contornos abiertos y difuminados».

Ya M. SÁNCHEZ MORÓN, en *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, cit., págs. 103 y ss., había presentado, en «un escarceo aclaratorio», la variedad de tipos y modalidades de participación administrativa, constatando la heterogeneidad natural de técnicas participativas.

en todo asunto en el que deba elaborarse una decisión administrativa previa comprobación de elementos fácticos indeterminados, mediante indagación sobre tendencias, necesidades o preferencias sociales, o antecedido por una estimación determinante de las circunstancias personales o sociales existentes al tiempo en que han de ser aplicadas las normas, se abra una posibilidad gradual de eficaz participación de las personas, grupos o comunidades que han de resultar afectadas por la decisión.

Desde otra perspectiva: toda decisión administrativa que se adopte valorando elementos fácticos indeterminados en las normas, tendencias, necesidades o preferencias sociales, o estimando circunstancias personales o sociales orientadoras de la interpretación actualizadora de las normas, sin que haya una posibilidad de previa participación ciudadana o de los sectores sociales afectados, no cumple con las exigencias de la Constitución en cuanto al funcionamiento de la Administración, derivadas de la fórmula Estado Democrático y Social de Derecho.

Bajo la cúpula de estos principios ordenadores es posible replantearse alguna líneas delimitadoras de las funciones de la participación.

- a) La primacía de la función administrativa como servicio objetivo y eficaz a los intereses generales.—El principio de congruencia participativa.

Ante todo hay que rechazar cualquier intento de configurar la participación como la práctica de una nueva dimensión del «sistema del botín». El asalto a la Administración desde el partido dominante situando a sus leales en el tejido burocrático (*spoils system*), puede verse multiplicado cuando, alternativamente o a la vez, se articula por los cauces participativos una acción social de grupos sociales nutridos de clientela política de aquel partido, con el efecto que definió BOBBIO de «privatización de lo público» (44). Tan rechazable sería también el efecto contradictorio de asalto a la Administración por grupos sociopolíticos de la oposición al partido dominante. En general cualquier forma de incidencia de un «sistema de administración paralela» (45) pugnaría contra la concepción cons-

(44) N. BOBBIO y otros, *Crisis de la democracia*, Barcelona, 1985, págs. 17 y ss.

(45) A. GORDILLO, *La administración paralela*, Madrid, 1985.

titucional de la Administración como servicio objetivo a los intereses generales.

Ni el neocorporativismo, ni el clientelismo, ni el secuestro burocrático —sea mediante prácticas del sistema del botín o de conquistas fácticas de poderes materiales— pueden admitirse bajo la idea de participación.

Por la propia teleología de la Administración toda fórmula de participación social en sus funciones no debe legitimarse como prolongación de la manifestación del pluralismo político. En la esfera administrativa la objetividad del fin y el principio de eficacia son reductores naturales de la incidencia del pluralismo político, incluso en las Corporaciones Locales que se estructuran a base de representantes elegidos entre candidaturas de partidos políticos.

Junto a la «escala de participación» tenemos que afirmar la operancia de un *principio de congruencia participativa*. La participación es un complemento de acción social legalmente limitado en fines, formas, medios y efectos. La pérdida de esta perspectiva de variedad de ámbitos participativos legitimables viene produciendo la ruptura de la congruencia en instituciones necesariamente arquetizadas desde la propia naturaleza de sus funciones. En este sentido el caso más ejemplificador es la Universidad. El uniformismo generalizado en la intensidad de la participación en todas las materias de los distintos estamentos universitarios está rompiendo entre nosotros el principio de congruencia participativa en las funciones de dicha secular institución, a diferencia de lo que sucede en otros países de alta radición universitaria de Europa.

- b) La reducción de los conflictos fácticos y de los litigios mediante las técnicas de participación.—La función del Defensor del Pueblo.

El déficit real del sistema de garantías jurídico-administrativas no nace solamente de la tardanza de los procesos, también depende del distanciamiento de los órganos administrativos o, en su caso, de los Tribunales, de la realidad concreta, del conjunto de circunstancias que dimensionan los conflictos. La participación puede tender un puente entre los expedientes administrativos e, indirectamente, también entre los autos judiciales y la realidad. La institución de los jurados administrativos debe ser más utilizada para calificar,

intermediar y filtrar las cuestiones fácticas, con la intervención de representantes sociales.

La escasa aplicación de los Jurados —recordando materias generales; sólo quedan los de Expropiación, se extinguieron los Jurados Tributarios— se deja sentir sobre todo en asuntos como el urbanismo y el medio ambiente. Muchos litigios tienen su núcleo en la diversidad de enfoques de cuestiones fácticas cuyo sometimiento directo a los Tribunales impone una excesiva carga de decisión política a los jueces. La función jurisdiccional tiene así unos efectos dirimentes que podrían haberse liberado de las cortapisas procesales —especialmente de las dificultades de la prueba en el contencioso-administrativo— si se hubieran previamente conocido por un Jurado en el que se integraran expertos y representantes sociales. E incluso este mayor acercamiento a la realidad podría haber evitado el litigio.

Con excesiva frecuencia la Administración contempla impasible —cuando no colabora o la intenta positivamente— la provocación de litigios. Que un administrado tenga que optar por la lenta vía contencioso-administrativa dejando de momento las manos libres a la Administración, es ya en sí mismo una amenaza que hace inhibirse a muchos ciudadanos de la vía judicial. Toda la grave tensión jurídica, económica y política del urbanismo, por ejemplo, se canaliza en gran medida fuera de los cauces procesales mediante convenios, según destacamos *supra* al analizar algunos supuestos vivos.

La vinculación positiva de la Administración a la Ley llega al punto de que no debe ser indiferente al nacimiento de litigios. Más aún: el principio de legalidad impone a la Administración el deber de no provocar litigios, y de realizar activamente cuanto le sea posible para evitarlos, incluso naturalmente agotando todos los mecanismos participativos.

He aquí un campo donde la función del Defensor del Pueblo puede producir importantes efectos sin una gran exigencia de gestión; quizá tan sólo comprobar que las quejas de los ciudadanos responden a una real falta de participación de conformidad con lo establecido en la ordenación de la materia. En el informe anual debería constar al menos una referencia al nivel de desarrollo de la participación administrativa.

- c) El sometimiento al control judicial del cumplimiento de la participación administrativa.

El mandato constitucional y las normas de desarrollo sobre participación no pueden quedar al arbitrio de la Administración. Por sus mismos fundamentos en los derechos fundamentales, la participación ha de estar bajo la salvaguarda de los Tribunales de tal manera que su omisión, insuficiencia o tergiversación puede ser controlada por éstos llegando no sólo a la declaración de nulidad con retroacción de actuaciones procedimentales para cumplimentar o complementar la participación omitida o limitada, sino incluso propugnamos que, en la reforma pendiente del proceso contencioso-administrativo, se incluya entre las medidas subsanatorias y cautelares —de las varias que habría que introducir— la posibilidad de que el Tribunal, con suspensión del procedimiento, ordene a la Administración que cumpla el trámite participativo de interesados que eludió, con la adopción de una decisión definitiva sobre el asunto, en plazos determinados según la materia. Se trataría de una técnica similar a la del artículo 129 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para la subsanación del recurso de reposición. Asimismo, como medida cautelar, debería incorporarse que a instancias de ciudadanos individuales o de grupos preteridos por la Administración se realice una constatación judicial de hechos, según técnicas ya conocidas de otros ordenamientos europeos.

En definitiva, al Tribunal corresponde aplicar las técnicas del control de los hechos determinantes de la decisión administrativa y la revisión de la oportunidad técnica de la misma, para comprobar si el cumplimiento en cada expediente de la participación administrativas ha sido suficiente y congruente. Por esta vía es, pues, posible discernir sobre las corruptelas en la participación (simulada, discriminada, condicionada o dificultada, interferida, eliminada materialmente cuando ni se leen ni se estudian las alegaciones, abusiva, etc.).

La Ley Orgánica del Poder Judicial realiza los cauces procesales para la defensa de los intereses colectivos. En este sentido, el artículo 7.3 ordena: «Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asocia-

ciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción.» Así como la falta de emplazamiento de interesados puede originar una retroacción de actuaciones, es también posible ordenarla si se comprueba la omisión o limitación de las técnicas de participación ciudadana en el expediente.

Junto a esta apertura de cauces procesales, hay que destacar el avance de una institución prácticamente limitada, hasta fecha cercana, al campo del urbanismo: se trata de la acción popular, que se reitera en otras leyes recientes (por ej., sobre patrimonio histórico, costas) y que encuentra su base reguladora en los artículos 19 y 20.3 de la misma Ley Orgánica del Poder Judicial.

V. CONCLUSIONES

La participación administrativa en la primera década de vigencia de la Constitución española de 1978 ha atravesado por una etapa de desorientación, es decir, de crisis. Todas las complejas causas determinantes de tan súbito decaimiento de la filosofía participativa pueden concentrarse en un núcleo: el exceso de politización de la vida social. Para algunos autores la conquista del poder por ideologías que utilizaron la reivindicación participativa como instrumento ha determinado que se atrofien sus mecanismos. Sin embargo, es indudable la vigencia formal de los mandatos constitucionales y de sus desarrollos legislativos, si bien éstos no hayan alcanzado altas cotas de creatividad y plenitud. Lejos, pues, de una moda o reacción sensiblera como euforia de temporada enarbolada mediante resortes de políticos, la participación social en la gestión administrativa debe considerarse en el plano técnico-jurídico derivado de la condición de normas directamente aplicables que caracteriza a las que la consagran, y con sometimiento al control jurisdiccional.

Lo que la participación administrativa viene, en definitiva, a significar es la primacía de la realidad y efectividad de los derechos fundamentales de la persona sobre el poder administrativo; primacía que es un efecto directo impuesto también por la cláusula de Estado *Social y Democrático*, y no sólo por las exigencias del Estado de *Derecho*. Que el Estado sea *Social* legitima su acción en la

vida social, pero no que prescindiera de la sociedad para la toma de las decisiones que le afecten. Esto sería antidemocrático. La ley, como esencial instrumento técnico del Estado de Derecho, sigue siendo la medida de la función administrativa determinada por la voluntad popular en los parlamentos. Pero las penetraciones de la Administración pública de un Estado Social determinan una crisis de incomplitud en la ley que se resuelve en un mayor apoderamiento para que la Administración adopte decisiones de amplio efecto comunitario mediante el discernimiento en función de circunstancias coyunturales o cambiantes. De ahí que, sin mengua de la primacía de la ley, y sin que se opere una sustitución en la posición constitucional de la Administración Pública, la propia Norma Suprema establezca también la participación ciudadana en la gestión administrativa como un complemento garantizador, sobre todo en virtud de los derechos fundamentales a participar en los asuntos públicos y a la defensa en todas sus dimensiones (arts. 23 y 24).

Con ello no se pretende llegar a una mutación del «modelo de gestión objetivo-jurídica». Que la Administración sea un instrumento objetivo de acción no viene contradicho porque la Constitución llame también como complemento para la buena administración a la participación ciudadana con un alcance proporcional según fines, medios y efectos.

Para conseguir revitalizar la participación en las justas proporciones en la que la Constitución la establece hay que retomar de nuevo, aquí y ahora, el discurso de BACHOF y buscar las garantías en un poder judicial independiente con un complemento de técnicas que articulen un fuerte principio inquisitivo. De esta manera quizá pueda devolverse al ciudadano la fe en su compromiso con la vida comunitaria y la esperanza de que de verdad su dignidad personal es un fundamento del orden político y de la paz social.