

Doctrina y opinión

EL PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN EN ITALIA

Gabriella DE GIORGI CEZZI ¹

SUMARIO: I. El principio de participación en el procedimiento administrativo en virtud de la ley 241 de 1990.- II. Los institutos de participación.- III. Excepciones y limitaciones a la participación.- IV. Derechos de participación y gobiernos locales.- V. La participación en la legislación especial.- VI. Conclusiones

I. El principio de participación en el procedimiento administrativo en virtud de la ley 241 de 1990

La participación de los ciudadanos en la formación de las decisiones administrativas es un tema relacionado con la “efectiva y concreta realización de los principios constitucionales de buen funcionamiento e imparcialidad de la acción administrativa, establecidos por el artículo 97 de la Constitución Italiana” (Corte Const., 19 de julio 2000, n. 300). Por esta razón la ley sobre el procedimiento administrativo del 7 de agosto 1990, n. 241, que contiene las “Nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y de derecho de acceso a los documentos administrativos”, se considera de naturaleza constitucional pues está destinada a poner en práctica principios sobre los que durante muchos años se había dudado de su carácter preceptivo.

Los institutos de participación en particular -junto con los que disciplinan el derecho de acceso a la información, sin embargo más lentamente y con más resistencias por parte de los

¹ Prof. ordinaria de Derecho Administrativo en la Universidad del Salento (Italia). Integrante de la Asociación Ítalo-Argentina de Profesores de Derecho Administrativo.

aparatos administrativos- contribuyeron a mitigar la tradicional configuración del Derecho Administrativo como “Derecho especial” frente al Derecho de los privados (este último caracterizado por el consenso y el primero por la rígida unilateralidad de la acción administrativa).

La instrucción que precede la fase de la decisión administrativa -antes reservada o a veces secreta- ha sido abierta a la adquisición de los datos y de los intereses en juego, llegando a ser el “corazón” del procedimiento administrativo, el momento en el cual se delinearán las razones de la decisión, como se puede destacar desde el art. 3 de la ley, que pone una estrecha relación entre la motivación del acto administrativo adoptado y los “resultados de la instrucción”. En efecto, es en esta fase de adquisición/selección/organización de los hechos y de los intereses donde las razones de la decisión encuentran su fundamento, y una decisión será considerada razonable si el conjunto de los intereses que disciplina es capaz de resistir frente a hipótesis alternativas de composición. Por esto los institutos de participación tienen función de garantía y protección de las posiciones jurídicas de los sujetos directamente o indirectamente afectados por el ejercicio del poder.

La intención garantista de estos institutos es confirmada por la previsión (art. 29) que relaciona las obligaciones de participación a los “niveles esenciales de las prestaciones” (art. 117.2.m, de la Constitución de Italia), o sea a los estándares mínimos de protección del ciudadano, que también las Administraciones no estatales deben cumplir en los procedimientos de su competencia, y por lo tanto sólo pueden ampliar (pero no restringir) las formas de participación disciplinadas por la legislación estatal.

II. Los institutos de participación

La participación se lleva a cabo por medio de institutos tipificados. El art. 7 establece la “comunicación de inicio del procedimiento” dirigida, no sólo a los destinatarios del acto, sino también a los que, de cualquier modo, “puedan encontrar-

se afectados por el acto”, confirmando la máxima apertura al aporte de los intereses en la fase sustancial de formación del acto administrativo. Dicho instituto es la expresión de aquel “deber de comunicación” que caracteriza una Administración democrática, inspirada, en el modo de toma de las decisiones del modelo jurisdiccional, en el cual el contradictorio es garantía de corrección de la decisión final.

- La participación es personal (art. 9) y está permitida a cualquier sujeto, con intereses públicos o privados, que pueda verse afectado por el acto administrativo.

Los sujetos que representan intereses difusos -como los intereses en materia de protección de la salud y del medio ambiente- pueden participar sólo si están “constituidos en asociaciones o comités”. Se trata de una peligrosa limitación, relacionada con el carácter “impersonal” del interés considerado. Sin embargo ha sido destacado que, de esta manera, se termina por ignorar que las lesiones, que afectan a una multitud de sujetos, son lesiones que afectan a cada individuo componente de esa multitud.

- Los sujetos que intervienen en el procedimiento tienen derecho a examinar los actos y a presentar observaciones escritas y documentos (art. 10), que la Administración tiene el deber de evaluar si son pertinentes al objeto del procedimiento, dando cuenta en la motivación del acto administrativo finalmente adoptado.

La participación tipificada por la ley 241/90, además de ser personal, es de tipo formal y documental y no permite formas orales.

- La comunicación de los motivos que puedan obstar a la admisión de la instancia (el llamado “preaviso de rechazo”), regida por el art. 10-bis l. 241/90, es una “segunda comunicación” que se pone entre la fase de instrucción y la fase de decisión, y está destinada a desencadenar una ulterior confrontación entre el sujeto solicitante y la Administración. La norma establece, en efecto, que en los procedimientos “iniciados por solicitud de parte”, el responsable del procedimiento o la autoridad competente, *con carácter previo* a la formal adopción de

un acto que deniegue la participación, debe comunicar sin demora los motivos que impedirían la admisión de la instancia. ¿Para qué? Por un lado para recoger otros elementos útiles en la formación de la decisión administrativa, y por el otro, para evacuar en esta fase procedimental las eventuales solicitudes y quejas que podrían luego dar lugar a un posterior juicio. Todo ello, con la clara intención de disminuir la cantidad de procesos entre la Administración Pública y los privados.

III. Excepciones y limitaciones a la participación

El principio de participación sufre excepciones justificadas por la necesidad de equilibrar el principio de imparcialidad (y el de publicidad y transparencia de los cuales es una expresión) con el principio de eficiencia y celeridad de la acción administrativa.

La primera excepción es la presencia de las llamadas “*necesidades de celeridad*” que justifican la falta de notificación de comienzo del procedimiento (art. 7.1). La jurisprudencia aclaró que debe tratarse de hipótesis de impedimentos objetivos, capaces de poner en peligro el interés público en el caso concreto, y no de genéricas justificaciones de imposibilidades. Se deben referir al acto administrativo específico que se debe adoptar, y no a categorías genéricas de actos: así, por ejemplo, se podría omitir la notificación de comienzo del procedimiento en el caso de repatriación inmediata, sólo por la peligrosidad del sujeto a ser repatriado y no por la intrínseca naturaleza de esta categoría de actos.

Por lo tanto, la Administración tiene la carga de efectuar una rigurosa motivación e individualización de las razones que fundan la urgencia. Y puesto que el principio de participación es un principio general del ordenamiento jurídico, cada excepción es de interpretación restrictiva: la noción de celeridad no puede ser dilatada (por ejemplo, invocando “la urgencia para la Administración de adoptar el acto” o “sus necesidades de celeridad”).

La segunda excepción radica en la posibilidad de la Administración de adoptar *actos administrativos cautelares* incluso antes de la ejecución de la comunicación de comienzo del procedimiento (art. 7.2). En este caso, se trata también de equilibrar los derechos de participación con las necesidades de eficiencia de la acción administrativa.

En esta hipótesis, gracias a los rigurosos presupuestos que la ley establece para la adopción de actos administrativos cautelares (evitar la producción de un perjuicio irreparable) la excepción no requiere específica motivación.

Por último, el art. 13 de la ley prevé hipótesis en las cuales la disciplina de la participación no encuentra aplicación. Este límite se refiere a la *“actividad de la administración pública dirigida a la emanación de actos normativos, administrativos generales, de planificación y de programación, que se rigen por sus normas específicas de procedimiento. Estas disposiciones tampoco se aplican a los procedimientos tributarios, que se rigen por las normas particulares que los regulan”*.

La *ratio* de esta norma radica en la necesidad de sustraer actos de aplicación amplia y generalizada al riesgo de excesivas demoras procedimentales, considerado el gran número de sujetos afectados que podrían utilizar los instrumentos de la participación. Esta disposición se presta a una interpretación diversa: se excluye la aplicación de la ley 241/90 en ciertos procedimientos, no porque en ellos no se permite la participación, sino porque tales procedimientos ya cuentan con una regulación especial que prevé formas de participación de los sujetos interesados. Por lo tanto, la jurisprudencia ha interpretado el art. 13 como una norma que persigue evitar la duplicación de formas participativas ya previstas por otras leyes especiales. De allí que, si no se verifica una situación de superposición de normas, porque no hay normas especiales que prevean la participación, se debe admitir la aplicación de la ley 241/90.

Esta explicación no resulta del todo satisfactoria, pues algunos procedimientos especiales tienen formas de participación sin ninguna finalidad de garantía para los privados (como lo son las observaciones a la planificación urbana, ya presentes

en la Ley de Planificación de 1942, sobre la que nos expediremos más adelante), y porque otros (como los actos normativos y los muchos actos administrativos generales) no prevén ningún tipo de participación.

Esta limitación ha sido fuertemente criticada por el autor del proyecto de ley (NIGRO), que para este tipo de procedimientos (y para los de localización de plantas nucleares y la ejecución de obras públicas de notable impacto, identificadas por un decreto del Presidente de la República) había previsto la participación en la fase de instrucción del procedimiento.

Las grandes posibilidades de innovación y de aplicación de los principios constitucionales que posee la ley 241/90, quedan de este modo muy limitadas, al ser excluidos de sus disposiciones los segmentos más importantes de la actividad administrativa, que precisamente son aquellos en los que se adoptan las decisiones estratégicas para la vida de la colectividad.

IV. Derechos de participación y gobiernos locales

La segunda gran ley de reforma de principios de los años '90 (L. n. 142/90, ahora d.lgs. 267/2000, texto único de entes locales) amplió los derechos de participación, con nuevas formas, a municipios, provincias y regiones. Gracias a la potestad reglamentaria y estatutaria que les fue reconocida en aplicación del principio constitucional de autonomía, han desarrollado formas nuevas y diferenciadas de participación.

La experiencia de las autonomías locales es muy importante por lo que afecta a la participación institucional, orientada a la consulta de los ciudadanos y a la búsqueda de la deliberación y el consenso social respecto de las decisiones públicas, más que a la protección de los destinatarios individuales de los procedimientos administrativos.

El art. 8.1. remite a los estatutos el desarrollo de las *“formas asociativas libres”*, la promoción de *“organismos de participación popular en la administración local”* y la definición de *“formas de participación popular”* entre las cuales algunas están previstas como obligatorias (instancias, peticiones, pro-

puestas de los ciudadanos, individuales o asociados) y otras como facultativas (como el referéndum de consulta y también por solicitud de un número específico de ciudadanos).

La experiencia de la participación a nivel local ha producido resultados no siempre satisfactorios y actualmente está en marcha un proceso de revisión normativa que ha llevado a la supresión o a la reducción de algunos institutos típicos de democracia local.

Es el caso de las circunscripciones de descentralización municipal. Nacieron como instrumento para acercar a los ciudadanos a las instituciones por medio de “organismos de participación, consulta, gestión de los servicios de base y de ejercicio de las funciones delegadas” (art. 17), pero pronto se transformaron en un ulterior nivel de administración y por eso se consideraron como inútiles motivos de gasto y actualmente están limitadas sólo a los municipios con población superior a los 250.000 habitantes.

La misma finalidad de simplificación de los niveles organizativos se encuentra en la supresión de los distritos (decreto ley 2/2010, hoy l. 42/2010), originarias formas de descentralización de la provincia (entidad que, por su lado, muchas veces quieren abolir).

Más significativas y totalmente nuevas son, por otro lado, las formas de participación y de integración social de los que residen de forma estable en el territorio pero carecen del *status* de ciudadanos.

El texto único de las autonomías locales atribuye expresamente al Estatuto la tarea de “*promover formas de participación en la vida pública de los ciudadanos de la Unión Europea y de los extranjeros regularmente residentes*” (art. 8) y sobre el punto hay mucho activismo de las autonomías locales.

Véanse, por ejemplo, la institución de “consejos de los inmigrantes” como organismos representativos de los extranjeros, que tienen funciones de propuesta y de consulta frente a los órganos de gobierno local, o el nombramiento de un asesor extranjero, electo por los inmigrantes, que tiene derecho de iniciativa y de palabra en el Consejo del Municipio.

Se pueden recordar también las iniciativas dirigidas a la ampliación del derecho de voto en consultas populares, como referéndums locales o la elección de las juntas de vecinos (y a veces en la elección de los órganos de gobierno local -alcalde, junta, consejo-).

También por lo que se refiere a la participación en el procedimiento administrativo, los Estatutos tienen previsiones dirigidas a la ampliación de la “cantidad” y “calidad” de la participación.

Son significativas las formas orales de participación (como la audiencia personal de los interesados por parte del responsable del procedimiento); la posibilidad de intervención voluntaria de los que tienen interés de mero hecho; la comunicación del comienzo del procedimiento a las asociaciones y comités presentes en listas especiales o registros, en relación a actos administrativos que afectan a ámbitos que comprenden a sus finalidades.

Sobre todo, importante es la previsión de formas de participación en aquellos procedimientos de planificación y programación dirigidos a la adopción de instrumentos urbanísticos, planos comerciales, planos de paisajes y a la localización de centrales eléctricas, u obras públicas (excluidos por el art. 13 l. 241/90).

En el ámbito urbanístico, los estatutos municipales y las leyes (estatales y, sobre todo, regionales) establecen instrumentos, como las “instrucciones públicas”, las “encuestas públicas”, la “conferencia de área”, los “talleres de planificación participativa”, que constituyen formas avanzadas de participación popular directas para influir, en la fase de propuesta y de investigación, respecto de la definición de los proyectos y decisiones relevantes.

También en relación al ciudadano individual afectado por decisiones de planificación, la legislación regional ofrece formas más incisivas de protección, eliminando modalidades (como las “observaciones” sobre los “planos reguladores” previstas por la L.U 1942) que proporcionan sólo formas “de colaboración” frente a decisiones ya tomadas por la Administración, y

por lo tanto la crítica que se les puede efectuar no puede en-derezarse a proteger un interés privado, sino sólo a mejorar la atención del interés público.

El instituto de las “observaciones” sobre los “planos reguladores”, de esta manera, contribuyó a evitar la plena visibilidad y conocimiento de los intereses en conflicto, y a fortalecer el poder de decisión de la Administración -caracterizado por una amplia discrecionalidad- no siempre para el beneficio de la colectividad, cuyos intereses han sido sacrificados por los intereses privados “fuertes”.

La más reciente legislación regional (por ejemplo, la L.R. de la Puglia del 2010), por otro lado, convierte la participación en la formación de los planes urbanísticos desde “participación de colaboración” a “participación de oposición”, y utiliza la lógica del contradictorio procesal con la finalidad de permitir que -a diferencia de lo que sucedía con el sistema de 1942- emerjan todos los intereses involucrados en la transformación del territorio, y poder llegar así a definir cuáles de aquellos merecen tutela.

V. La participación en la legislación especial

Las áreas del gobierno del territorio y de la protección del medio ambiente son aquellas en las cuales el tema de la “apertura al público” de los procesos decisionales es más delicado y complejo y genera presiones contradictorias: por un lado, la necesidad de llegar a la exteriorización e individualización de los intereses heterogéneos afectados, la capacidad de proporcionar apoyos técnicos a las decisiones públicas, la necesidad de asegurarles un elevado nivel de aceptación (lo que evita o disminuye su conflictividad posterior); por otro lado, el riesgo de que la participación se reduzca a fases procedimentales con poca profundidad y que sólo resulte útil para legitimar proyectos de decisión predeterminada.

La línea divisoria entre estas implicaciones es delgada, y la experiencia muestra una gran variedad de técnicas de participación utilizadas en estos temas, signo de cierta forma de es-

cepticismo frente a la “clásica” concepción de la Administración y su capacidad de encarnar e interpretar totalmente las necesidades sociales.

En particular, en el sector de la protección del medio ambiente, el Código del Medio Ambiente (d.lgs. 152/2006), dedica disposiciones específicas a la participación, referidas sobre todo a los institutos “transversales” de la evaluación de impacto ambiental y de la evaluación estratégica ambiental (arts. 14 y 24).

Existen cargas de publicidad y de información de los proyectos de obras y de planes y programas que deben someterse a la evaluación ambiental y cualquier persona interesada puede “*presentar observaciones escritas, también proporcionando nuevos o ulteriores elementos cognitivos y de evaluación*”. En relación a la evaluación de impacto ambiental, hay dos formas peculiares de participación: la encuesta pública (similar a la audiencia pública) y la audiencia en contradictorio. En la primera, el material de investigación adquirido (estudio de impacto ambiental, opiniones proporcionadas por las Administraciones Públicas y observaciones de los ciudadanos) es objeto de un debate público que concluye con un informe sobre los estudios desarrollados y una valoración sobre los resultados destacados, los cuales son incorporados como material instructorio y evaluados en relación a la evaluación del impacto ambiental (art. 24.6 y 7). Con la audiencia en contradictorio, que se aplica en ausencia de encuesta pública, el proponente de la obra sometida a evaluación de impacto ambiental puede, incluso por su solicitud, ser llamado a un sintético contradictorio con los sujetos que han presentado opiniones u observaciones y el acta de la confrontación es incorporada y evaluada en el marco del procedimiento de evaluación del impacto ambiental (art. 24.8).

La definición de las formas de participación y la determinación de los casos en que se aplican han sido remitidas a la legislación regional y desde ese marco, se destaca un cierto dinamismo en la soluciones adoptadas que incluyen la audiencia pública y la encuesta pública “para obras de particu-

lar relevancia” que deben someterse a evaluación de impacto ambiental, y que pueden ser activadas por iniciativa de la región (l.r. Basilicata n. 47/1998), de los municipios interesados (l.r. Liguria n. 22/1994), por solicitud de ambos (l.r. Veneto n. 10/1999) o de la asociaciones ambientalistas (l.p. Bolzano n. 7/1998).

En virtud de la reciente l.r. Toscana n. 10/2010, la encuesta pública tiene como objeto “el examen del estudio de impacto ambiental, de las opiniones proporcionadas por las administraciones públicas, y de las observaciones del público” y “se desarrolla por medio de audiencias abiertas al público y puede prever consultas con los autores de las observaciones, con los proponentes y redactores del proyecto y del estudio de impacto ambiental. La encuesta termina con un informe sobre los trabajos desarrollados y con un juicio sobre los resultados destacados, que deben ser incorporados y evaluados en el acto que se expida respecto de la compatibilidad ambiental” (art. 53).

También en la temática de la protección del paisaje se reconoce la necesidad de participación colectiva, en virtud de la complejidad de las decisiones y de la conflictividad de los intereses afectados, que se refieren a “visiones” diferentes del mismo territorio y de su gestión y necesitan, por un lado, opciones de preservación de los elementos de identidad y, por otro, instancias de transformación y desarrollo (incluso económico).

La disciplina de los instrumentos de protección del paisaje, que ahora se encuentra en el Código del Patrimonio Cultural y Paisajístico (d.lgs. 42/2004), reconoce formas de participación que van más allá de las previstas típicamente para la protección de las posiciones jurídicas subjetivas; por ejemplo, en el ámbito del procedimiento administrativo de declaración de interés público, la decisión de someter o no un bien al “vínculo paisajístico” está precedida por una instrucción compleja, que implica la adquisición de elementos cognitivos y de juicio no sólo por medio de las “observaciones” permitidas a todos los sujetos interesados, sino también por medio de la “encuesta pública”, aunque ésta resulte de carácter facultativo (art. 139).

También en relación al instrumento del plano paisajístico, el d.lsg. 42/2004 establece que sea asegurada la participación tanto de la “concentración institucional” (que afecta a las Administraciones Públicas presentes en el territorio afectado por la planificación), como “de los sujetos interesados y de las asociaciones que representan intereses difusos”, dejando a la legislación regional la determinación de otras formas de participación, información y comunicación (art. 144).

En la legislación regional destacan soluciones peculiares, como las conferencias de planificación entre autonomías interesadas (provincias, ciudades, parques, superintendencia, etc.) y las formas de consulta activables por el “observatorio regional para la calidad del paisaje”, según la l.r. Emilia-Romagna n. 23/2009; la conferencia regional de la l.r. Puglia n. 20/2009, que se activa en la primera fase de la planificación (la de elaboración del esquema del plano) y se desarrolla por medio de conferencias de zonas territoriales, en las cuales participan los representantes de las entidades estatales y locales, las asociaciones, las fuerzas sociales, económicas y profesionales; y la encuesta pública obligatoria prevista por la l.r. Sardeña n. 8/2004 y elaborada como una fase de participación popular para conocer y evaluar la propuesta de plano.

El instrumento de la autorización paisajística está también rodeado por particulares cargas de conocimiento e información colectiva (trasmisión a varias entidades públicas, predisposición de registros, consultables también en formato electrónico, de la autorizaciones expedidas (art. 146) que destacan la voluntad de asegurar una especie de control social también respeto a este acto puntual.

Estas formas de participación se centran más en las fases de la información y de la consulta que en la decisión final, por lo que resta verificar su real incidencia y eficacia.

El desarrollo de los institutos de participación responde a la irreprimible y creciente demanda de “producción de conciencia social del medio ambiente” y a la necesidad de prevenir “conflictos ambientales”, fenómeno global cada vez más grave y difundido en nuestros tiempos.

VI. Conclusiones

La participación está en el centro de presiones aparentemente conflictivas: a su expansión cuantitativa corresponde una disminución de la capacidad de incidencia en el régimen del acto administrativo. Sólo la participación cualitativamente “útil” -es decir, capaz de afectar al contenido del acto con la contribución a la exacta representación de los hechos- puede determinar, en caso de incumplimiento, la nulidad del acto administrativo. Ello en virtud de que el art. 21 octies de la ley 241 de 1990, establece que no procede la nulidad del acto adoptado en violación de normas de procedimiento si, por la propia naturaleza del acto, su contenido dispositivo no pudo haber sido distinto del efectivamente adoptado.

Por último, y ante el cuadro fáctico y normativo reseñado, persiste el interrogante acerca de los verdaderos efectos y alcances de la participación ciudadana. Y, sobre todo, si en definitiva -y atento a ese estado de cosas-, no resulta menos útil para la “extensión del centro de producción del derecho a toda la sociedad” (la llamada *demarquía*), que para la creación de *consenso* en función de las necesidades del poder (HABERMAS).