

# **ALGUNAS PERSPECTIVAS HUMANISTAS Y DEMOCRÁTICAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÁNEO \***

por el DR. ALBERTO RAMÓN REAL \*\*

He querido dedicarles el fruto de mis últimos estudios y meditaciones, que se dirigen a destacar los rasgos y perspectivas de humanismo democrático que caracterizan al derecho administrativo del Estado de derecho, democrático y social, de estos fines del siglo XX y que perfilan fórmulas perfeccionadas y ejemplares de convivencia humana, apropiadas para la problemática de nuestro tiempo.

Así como los fundadores de nuestro constitucionalismo recurrieron a los modelos de los países más desarrollados de su tiempo, en materia política, ejemplares por el respeto de los derechos individuales, por la organización garantista de la separación de poderes y por el juego limpio democrático, para la elección y cambio de gobernantes, hoy debemos estar atentos a las nuevas conquistas del derecho público —superadoras de tales esquemas—, que se mantienen en lo esencial. Estas conquistas superadoras se han vuelto necesarias por los cambios, de todo orden, producidos en la sociedad contemporánea, en los dos últimos siglos y en especial en el presente, en virtud de una aceleración de la historia sin igual en el pasado.

\* Conferencia pronunciada en el Departamento de Ciencia Política de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, el 26 de mayo de 1981.

\*\* Ex Decano y Ex Profesor Titular de Ciencia Política, Derecho Constitucional y Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

Los rápidos y asombrosos cambios producidos en la ciencia y en la tecnología, la universal urbanización, el aumento de la población, la elevación de los niveles de vida (materiales y culturales) de las masas y sus aspiraciones crecientes de bienestar, fomentadas por la sociedad masificada de consumo, la extensión del sufragio universal y del voto femenino, las reivindicaciones participacionistas de diversos grupos sociales (de las minorías, de los jóvenes, de los ecologistas, de los trabajadores, etc., etc.), no podían dejar de tener, y han tenido, repercusiones profundas en el derecho público (constitucional y administrativos, vivientes), de nuestra época, agitada, convulsionada, a veces confusa pero llena de potencialidades creadoras.

Considero que los ejemplos plausibles para canalizar esta nueva vida social —a veces turbulenta, pero fecunda— nos vienen, de nuevo, de los países democráticos desarrollados de Occidente, de Estados Unidos y de la Comunidad Europea, cuyas raíces filosóficas y cuya concepción esencial del mundo y de la vida nos son comunes. El espíritu de Occidente se manifiesta en el contenido progresista del nuevo derecho público, que acompaña al presente desarrollo de la civilización.

Desde luego, no pretendo inventariar ni exponer todas las innovaciones dignas de mención. Sólo quiero destacar algunas perspectivas humanistas y democráticas del derecho público del presente, que son el desenvolvimiento y la extensión naturales —adaptados a la nueva sociedad— del derecho público clásico, inspirado, precisamente, por el espíritu de Occidente, creador y progresista.

A partir de la primera postguerra se desarrolló el llamado constitucionalismo social, que proclamó, en normas programáticas, nuevos derechos económicos y sociales, al trabajo, a la seguridad social, a la educación, a la salud, etcétera, ampliando, a la vez, los fines y cometidos del Estado y ensanchando sus estructuras y poderes para la prestación de nuevos y numerosos servicios.

Se dio la paradoja, señalada por Burdeau, de que los nuevos derechos, concebidos para liberar al hombre, al imponer al Estado prestaciones positivas y no ya meras abstenciones como bajo el individualismo liberal, determinaron un gigantesco desarrollo de aparatos burocráticos, capaces de nuevas opresiones, o posibilidades de opresión, al volver al administrado más dependiente del Estado, de la cuna a la tumba, en su educación o su ignorancia, en

su trabajo o en su desempleo, en su jubilación o en su desamparo, en su enfermedad o en su asistencia, en su miseria o en su ayuda social, y aun en el goce o carencia de servicios públicos esenciales, de agua, energía eléctrica, teléfono, vivienda o crédito para obtenerla, etc., etc.

La familia, las asociaciones, los sindicatos y cuerpos intermedios en general, desconocidos por el individualismo liberal, ocupan, en las nuevas constituciones, el lugar que naturalmente les corresponde, en la estructura social. Son nuevos factores de tensión presentes en la escena pública, donde el individuo aislado ya casi no puede nada.

Se proclama, desde distintas fuentes doctrinarias (solidaristas, cristianas, etc.) la función social del derecho de propiedad y se la consagra en las nuevas constituciones, dando así un mayor fundamentación a la intensificación del llamado "poder de policía", limitador de los derechos económicos individuales (de dominio y de industria y comercio) en favor del interés general, interpretado por legisladores en competencia por el voto popular, o por las dictaduras populistas que proliferan después de la gran depresión.

La gran crisis económica de 1929 provocó la aceleración de estos procesos: se generalizaron el proteccionismo, los subsidios, la economía dirigida y la planificación, en unos casos más o menos indicativa y en otros autoritaria. Esto abre al Estado y al derecho público nuevos ámbitos de acción y aplicación, mayores posibilidades de favoritismo, preferencias y persecuciones, y se amplían los riesgos de corrupción, por las conexiones de los grupos de presión con burócratas y gobernantes. La tecnoburocracia, la era tecnocrática, el complejo militar-industrial, aparecen descriptos como realidades en las más sólidas democracias. Estos riesgos de opresión se dan bajo cualquier régimen político. Las posibilidades demagógicas se acentúan con el Estado intervencionista de bienestar. Pero el problema se vuelve trágico bajo las dictaduras, ya sean autoritarias o totalitarias, dado el inmenso poder que les confieren las posibilidades de dominación que tiene la tecnoburocracia de hoy, los medios actuales de comunicación, de espionaje de la intimidad y de coacción y manipulación de las conciencias, que brindan la electrónica, la informática y la propaganda.

Las dictaduras, ya sean totalitarias o autoritarias, gozan de poderes de hecho que jamás tuvieron los monarcas

absolutos, contenidos por arraigadas costumbres y leyes fundamentales, por el feudalismo, por las comunas, por la religión, por el respeto al derecho natural y por la precariedad técnica de los instrumentos estatales de dominación, casi igualados por las posibilidades de resistencia popular. La resistencia a la opresión es, hoy, prácticamente mítica, imposible, desde hace más de un siglo y medio, por la posesión exclusiva por el Estado de medios de represión sin igual en la historia. Por eso, el nazi-fascismo se impuso durante largos años, sobre cultos pueblos europeos y sólo pudo ser extirpado por una sangrienta guerra exterior y al precio de decenas de millones de víctimas. Y las dictaduras comunistas permanecen indefinidamente. La prometida extinción marxista del derecho y del Estado queda postergada para una utópica edad de oro futura, cada vez más alejada en un porvenir imprevisible. Cuando esas dictaduras se conmueven, por factores nacionales y religiosos muy especiales, y por presiones internacionales, como en Polonia, se cierne la amenaza del poder militar de la superpotencia soviética y de sus satélites ortodoxos, suscitando el recuerdo de las ominosas experiencias húngara y checoslovaca.

Estos cambios históricos no pueden ser ignorados ni evitados por el derecho. Es ilusorio soñar en retornos imposibles a una plácida vida pastoril, del pasado. Pero es menester tener conciencia de estos peligros y de lo que ellos significan como amenaza para los valores humanistas, que son, a la vez, el cimiento y los más altos fines de la civilización occidental. El derecho puede tratar de atenuar los riesgos, creando contenciones al poder, límites y garantías, que reduzcan las tensiones sociales y aseguren un mínimo de justicia y dé consenso de los pueblos, por lo menos en épocas de normalidad institucional y de paz. Porque cuando se pierden las libertades públicas, casi todo está perdido, y hoy más que nunca. Y cuando se desencadenan las barbaries del terrorismo y del antiterrorismo, los juegos de la violencia y la contraviolencia, el derecho enmudece, está de luto y regresamos a la edad de piedra. El hombre se vuelve lobo del hombre. Por tanto, debemos siempre preservar y mejorar, jurídicamente, las libertades y la paz que tengamos, que siempre son valores inapreciables y siempre son superiores a las violencias que prometen liberación y casi siempre traen mayores y nuevas opresiones.

El poder sindical, a su vez, se sale de su órbita natural, se politiza y aparece como un verdadero poder político, paralelo u opuesto al poder del Estado, o aliado con el partido o fuerza política dominante, en compleja relación de variable dependencia recíproca.

El derecho gremial de huelga, manejado a veces por oligarquías sindicales, suele desafiar al poder público, emanado de la soberanía nacional, paralizando servicios esenciales y obligándolo a tomar medidas excepcionales de orden público, para restablecer una normalidad cada vez más precaria. Es necesario inventar nuevos mecanismos de conciliación y arbitraje en el sector público y se deben adoptar mecanismos de reajustes salariales automáticos que impidan a las meras reivindicaciones económicas legítimas asumir caracteres de violencia revolucionaria.

En el Uruguay se ha facultado por leyes al Poder Ejecutivo, a disponer el aumento nominal de los sueldos presupuestales para reajustarlos a las variaciones estadísticas del costo de vida. El hecho de la inflación tampoco puede ser desconocido por el derecho público en aras a mitos nominalistas sobre el valor constante de la moneda, desmentidos por la realidad. El derecho público presupuestal de tiempos de moneda estable, regulado por leyes periódicas parlamentarias, no se aviene con los tiempos de crisis, de inflaciones endémicas o aceleradas. El reajuste se vuelve una operación aritmética, técnica, que enriquece las competencias administrativas en detrimento de las legislativas. Hay precedentes fundados de esta solución en regímenes democráticos de separación de poderes, especialmente en municipios norteamericanos.

El desarrollo de los partidos políticos, deliberadamente ignorados por el constitucionalismo clásico, por temor a la lucha de las facciones, crea mecanismos burocráticos, extraconstitucionales, que limitan la independencia real de los órganos de gobierno y a veces los dominan, falseando la democracia, sustituida por la partitocracia o Estado de partidos.

La ley de hierro de la oligarquía, formulada por el sociólogo político Roberto Michels, a principios de siglo, es una peligrosa realidad que se incrusta en todas las organizaciones democráticas y las desnaturaliza.

El desarrollo de la ciencia política, realista y sociológica, pone al descubierto estos fenómenos y demuestra la mitología de ciertos supuestos básicos del derecho tradicio-

nal, como la soberanía nacional, el principio representativo, el interés general (por encima de clases, partidos y gobernantes, etc.).

El pueblo no se contenta ya con elegir a los mandatarios que lo gobernarán por varios años. Institutos de democracia directa (iniciativa popular, referéndum, recursos de deposición de los electos y otros recursos objetivos, interpuestos por meros ciudadanos y no ya por titulares de derechos subjetivos o intereses personales y directos) se agregan a las soluciones representativas tradicionales. Pero además el pueblo interviene continuamente en la vida pública, en un diálogo permanente con los gobernantes, expresa sus opiniones a través de encuestas cotidianas. Los índices de popularidad de los gobernantes determinan la legitimación cotidiana de su poder. Por ello la mayoría de los actos de los gobernantes se dirigen más al efecto psicológico, que producen en las multitudes, que a los fines proclamados.

Y, por otra parte, en esta democracia gobernante (propia de pueblos mayores de edad) el pueblo, cada vez más desconfiado de sus representantes, quiere participar y participa, en múltiples formas, en la formación de la voluntad estatal y en el control de la actividad gubernativa, mediante reuniones, manifestaciones, peticiones, cartas dirigidas a la prensa, manifiestos de agrupaciones, pedidos de informes requeridos por intermedio de los legisladores electos y su divulgación por los medios masivos de comunicación social, etc., etc. Todos estos componentes de la democracia moderna, del actual Estado constitucional democrático de derecho. Gobernar hoy es tarea muy difícil, porque el Estado toma a su cargo la creación del orden social deseable.

La administración experimenta transformaciones orgánicas, estructurales, correlativas a estos cambios políticos. Aparece una descentralización amplia, por servicios y territorial, para descongestionar al Ejecutivo y para otorgar participación a los interesados en los servicios especiales, o a las comunidades territoriales, en la gestión autónoma de los asuntos locales.

Se crean, al margen de los poderes clásicos, nuevos órganos del Estado, dotados de autonomía funcional, como las Cortes o Tribunales de Cuentas, los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo (ya sean especializados dentro del orden judicial o separados de él), las Procuradu-

rias, Contralorías u Ombudsmen, las Cortes Electorales, etcétera.

La multiplicación de entidades públicas complica su coordinación mediante la tutela administrativa y otros medios de control. Las relaciones interadministrativas y el contencioso interadministrativo se desarrollan, como consecuencia de la multiplicación de las personas públicas.

Aparece la nueva categoría de las personas de derecho público no estatales, fórmula híbrida que aúna los poderes de derecho público del Estado con la eficacia propia de la iniciativa y el control de los interesados. Fórmulas tripartitas de gestión aparecen en la seguridad social, donde el Estado, en minoría, supervisa la administración social, hecha por representantes de trabajadores y empleadores (esto se practicó un cuarto de siglo en el Uruguay).

Otras veces, como en las nacionalizaciones francesas, el Estado renuncia a sus privilegios autoritarios y adopta la fórmula del derecho comercial privado (la sociedad anónima) para obtener una gestión más eficiente y, a pesar de ser el único propietario, recurre al saber y al interés de los técnicos y demás trabajadores de la empresa y a los representantes de los usuarios de los servicios, para dirigir las industrias nacionalizadas.

El derecho administrativo resultante de estos cambios, sociopolíticos y constitucionales, no puede ser ya el clásico derecho administrativo, autoritario, napoleónico, del sencillo Estado "juez y gendarme", basado en las prerrogativas del poder público, en el secreto de los documentos y actuaciones, en la unilateralidad de la elaboración de los actos administrativos, individuales o reglamentarios, cuyo fundamento no era necesario expresar, salvo norma que lo impusiera por excepción. Francia vivió mucho tiempo el contraste de sus instituciones políticas democráticas y su derecho administrativo autoritario, de origen napoleónico, donde la ejecutoriedad es la regla y los recursos no producen efecto suspensivo, porque los actos recurridos emanan de la *puissance publique*. Estas ideas francesas se expandieron por el mundo, incluso en nuestros países, cuyas constituciones judicialistas se inspiraban en el modelo norteamericano, que ha tenido diferentes desarrollos en el país de origen, por una diversa interpretación de la separación de poderes, que allí no privilegia al Ejecutivo, so pretexto de su independencia frente al Judicial, como pasó en Francia.

Una de las manifestaciones destacadas del nuevo estado de conciencia jurídica es la idea de que el imperio del derecho es de interés general y no puede dejarse librado a la sola iniciativa contenciosa de los individuos. Mucho se ha escrito (y muy bien) en Francia, últimamente, sobre el mito de lo contencioso-administrativo, por los muchos casos en que no se recurre, por diversos motivos, por la tardanza de los juicios y las artimañas de la administración para eludir la ejecución de sentencias: la administración gaullista, con sólidas mayorías legislativas, muchas veces recurrió a la validación retroactiva, por ley, de los actos administrativos ilegales, frustrando así a los litigantes. Véase cómo la democracia, por sí sola, no basta para garantizar los derechos; también pueden haber mayorías despóticas.

La institución del ombudman, primero sueco, luego escandinavo, extendido al mundo anglosajón, halló su copia en Francia en el Mediador, funcionario de gran jerarquía e independencia que vela por el imperio de la legalidad objetiva, mediante la tramitación de denuncias, recibidas por intermedio de los parlamentarios. Sus memorias anuales se publican y su presencia y acción favorecen la efectividad del Estado de derecho. Algunos profesores se oponían a la institución del Mediador porque decían que en Francia alcanzaba con la jurisdicción administrativa para asegurar la legalidad. Esto es un paralogismo de falsa oposición. Ambas instituciones son necesarias y complementarias.

Este delegado o comisionado parlamentario ejerce una especie de ministerio público favorable a la protección de los derechos y al reinado de la razonabilidad y moralidad administrativas. Es un ejemplo a tener en cuenta, que conviene adoptar. Quizás se le pueda conectar, ideológica o funcionalmente, con instituciones hispánicas ilustres, como el Justicia de Aragón.

Para finalizar, quiero destacar algunos aspectos —de los más significativos y progresistas— del derecho público de nuestros días, de los que ya me he ocupado en recientes libros, cursos, conferencias y publicaciones. Me refiero a la creciente juridización del procedimiento administrativo y su codificación, con la consiguiente expansión del derecho de defensa de los administrados; al deber de fundamentar, explícitamente, los actos administrativos; a la publicidad de la gestión, documentos, archivos y ficheros.

públicos, que caracteriza a la administración transparente; a la progresiva participación de los interesados y administrados, en general, en consultas, encuestas y audiencias públicas, previas a la adopción de normas o de actos de efectos generales, en interés tanto de la buena administración como de los intereses grupales y aun difusos, de sujetos indeterminados.

La legislación norteamericana, la alemana occidental y la francesa, de los últimos tiempos, junto con la nueva Constitución española, la doctrina y la jurisprudencia que comentan a tan autorizadas fuentes, me parecen ejemplos del derecho administrativo comparado de hoy, a los que debemos prestar creciente atención, sobre los temas indicados, entre otros de los que no podemos ocuparnos aquí. No es casual, sino natural, que este ejemplar desarrollo jurídico provenga de naciones organizadas como democracias constitucionales, con gran desarrollo económico, social y cultural. Creo que es en esas legislaciones y prácticas que hay que escoger los modelos de desarrollo del derecho público del futuro.

La juridización del procedimiento administrativo consiste en la sumisión a reglas de derecho —preferentemente codificadas— de procedimientos administrativos (antes unilaterales, discrecionales y secretos) que prevén ahora la intervención de los interesados, como parte o terceros, preventivamente, antes de emitirse el acto culminante y no sólo por vía de recursos a posteriori, como antes. La posibilidad de los administrados de comparecer, producir y requerir pruebas y alegar, antes de que la administración resuelva, les permite hacer valer oportunamente sus razones y prevenir errores que, después de cometidos, suelen causar perjuicios irreparables, generan intereses creados o se vuelven de corrección difícil por amor propio de los jefes. De este modo se evita también la imposición al administrado de la posición involuntaria de recurrente o de actor, contra la administración, a costa de gastos, temores de represalias, demoras e incertidumbres propias de los pleitos y sobre la ejecución de sentencias.

La legislación española de 1958, la ley federal argentina de 1972 y el reglamento uruguayo de 1973, de procedimiento administrativo, contienen buenas soluciones, lo mismo que la gran ley federal alemana de codificación del derecho administrativo de 1976 (vigente desde el 1° de enero de 1977), de la que me he ocupado en recientes estudios.

Todas estas legislaciones satisfacen las exigencias formales del debido proceso, en la vía administrativa, con adecuada extensión del derecho de defensa, cuyo ejercicio cabe ante toda posible afectación de un derecho o interés, aun de terceros, y no sólo, como en la jurisprudencia francesa, que critiqué por estrecha en 1957, en los casos disciplinarios o represivos, en que se imputa la comisión de una falta o hecho reprochable, al eventual afectado. Si un funcionario reclama porque se violó su derecho al ascenso, por un nombramiento, es justo que el beneficiario de la designación tenga oportunidad de demostrar su mejor derecho. Y lo mismo si se reclama contra el otorgamiento de una patente de invención o de una marca de fábrica, etc. La instrucción de un expediente administrativo, dotado de garantías procesales, en principio facilita la adopción de la decisión más acertada y prepara elementos de juicio invalorables para una eventual vía judicial. Esto no quiere decir que el procedimiento administrativo se jurisdiccionalice, se vuelva jurisdiccional, como puede decirse, porque no cambia la función en él ejercida, que sigue siendo la administrativa. Yo siempre entendí que el ejercicio de función jurisdiccional por órganos administrativos es un sacrilegio contra la separación de poderes, lo mismo que la cosa juzgada administrativa. Pero se juridiza, esto es, se sujeta a reglas fijas de derecho y deja de estar sujeta al arbitrio circunstancial de los jerarcas. Nada más podemos decir aquí de este tema que ustedes conocen bien por los tratados de Escola y de Gordillo sobre procedimiento administrativo y por los innumerables y buenos estudios que motivó la respectiva ley federal y los que han motivado los códigos y leyes provinciales.

El deber de fundamentar, explícitamente, los actos administrativos, consagrado en la legislación argentina, uruguayá y alemana, entre otras, me parece un principio general de derecho, de los que se deben aplicar, aun en ausencia de texto, en virtud de estar implícitos entre los derechos inherentes a la personalidad humana o que se derivan de la forma republicana de gobierno, sostuve en 1979, en conferencia dictada en la Universidad del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario de Bogotá. Aquí también influye el ejemplo del derecho procesal, que desde la Revolución Francesa, obliga a fundar los fallos, para explicar y justificar su legalidad. La Constitución italiana previó expresamente este deber de los jueces. Las mismas

razones justifican la misma solución en el procedimiento administrativo, como lo han entendido nuestras legislaciones.

La ley francesa de 11 de julio de 1979 varió también el panorama tradicional del derecho administrativo francés en la materia, pues impuso la fundamentación para una serie muy amplia de categorías de decisiones. El progreso es sensible, aun cuando la enumeración casuista no sea el sistema ideal: decisiones restrictivas de libertades públicas, medidas de policía, sancionadoras, que revocan una decisión creadora de derechos, negativas de una ventaja constitutiva de un derecho para el que llena las condiciones legales, decisiones individuales que derogan las reglas generales fijadas por los textos, etc. Si la urgencia absoluta impide motivar, no hay nulidad, pero el interesado tiene derecho a que se le comuniquen los motivos dentro de un mes, si lo pide.

Una reciente crónica del profesor de Marsella Didier Linotte en el último número (6º) de la *Revue du Droit Public* de 1980, destaca la importancia de esta ley y de sus circulares de aplicación. La señala como expresiva de la tendencia a la codificación legislativa. La solución legal debió imponerse porque el Consejo de Estado sostenía que ningún principio general de derecho aplicable en ausencia de texto obligaba a la administración a motivar sus decisiones, aun en materia disciplinaria (caso Rischmann de 10 de febrero de 1978). Linotte entiende que éste es un progreso hacia la democracia administrativa, que facilitará el control de los motivos, una de las principales armas contenciosas. La criticada regla tradicional francesa del secreto administrativo ha debido ceder, por lo menos, en los casos más graves y eventualmente lesivos, de decisiones individuales desfavorables.

La *administración transparente* tiende a configurarse no sólo por la motivación obligatoria de ciertos actos administrativos, sino también por leyes relativas a la informática y las libertades y al acceso de los ciudadanos a los documentos y archivos administrativos, leyes sancionadas recientemente en Francia y en Alemania, bajo la inspiración de la excelente legislación estadounidense de la materia. Jeanne Lemasurier, de la Universidad de París, destinó al tema en conjunto un sustancioso artículo en la *Revue du Droit Public* (Nº 5 de 1980), cuyo título expresa el sentido de esta evolución: "*Hacia una democracia admi-*

nistrativa: de la negativa a informar al derecho de ser informado". Por mi parte, di una breve noticia de algunos de estos progresos en mi artículo de la Revista Archivos del Ministerio de Justicia, de Brasil (Nº 150, abril-junio de 1979, págs. 20-23): "*Publicidad de los archivos administrativos en la legislación norteamericana y francesa*".

Es oportuna una breve referencia a las leyes norteamericanas y francesas que —si bien regulan aspectos parciales de los procedimientos administrativos— son expresivas de las tendencias garantistas imperantes en la materia en países democráticos ejemplares y tradicionales.

Dos leyes de los Estados Unidos de América están poniendo a disposición del público los archivos del gobierno: son la Ley sobre Libertad de Información (L.L.I.) de 1966 y la Ley sobre lo Confidencial (L.C.) de 1974.

La L.L.I., de 1966, establece el principio general de que cualquier dato que se encuentre en los archivos de cualquiera de las dependencias federales se debe proporcionar a quien los desee, sin inquirir nada al respecto, salvo que la información corresponda a ciertas escasas excepciones en que cabe mantener la reserva.

Anteriormente tales informes sólo se podían revelar a personas debida y directamente interesadas. La solución actual se basa en el concepto de que "*el gobierno y la información que éste posee pertenece al pueblo*"; conforme a la Ley de Libertad de Información se proporciona la que está a disposición de todos, del público.

En cambio, por respeto al derecho a la intimidad, al secreto de los negocios, etc., no pueden divulgarse a terceros "*los archivos personales y médicos, así como otros semejantes, la revelación de los cuales constituiría claramente una injustificada intromisión en la vida privada*". Pero en cambio estos datos están (solamente) disponibles para los interesados, según la Ley sobre lo Confidencial, de 1974. El Congreso rechazó un veto del presidente Ford y mantuvo el proyecto respectivo. Las negativas están sujetas a control judicial. Se hace amplio uso del derecho y se han promovido centenares de gestiones judiciales sobre tales asuntos. La administración es cada vez más amplia en la aplicación de estas leyes.

Los interesados pueden solicitar rectificaciones sobre informes policiales erróneos contenidos en sus expedientes del F.B.I., por ejemplo, para restablecer la verdad.

Los archivos públicos se han usado en defensa de los consumidores, en interés de las empresas que aspiran a contratar con el gobierno y se interesan por la regularidad de las licitaciones y también como instrumento de investigaciones periodísticas sobre irregularidades administrativas.

Como puede apreciarse, estas leyes tienen gran trascendencia democrática y protegen el interés público, además del particular.

En Francia regula el tema que nos ocupa la ley número 78.753, del 17 de julio de 1978, sobre la libertad de acceso a los documentos administrativos, que procuró extender las prácticas democráticas al ámbito administrativo.

Anteriormente, sólo las decisiones que causaban agravio ("*faissant grief*"), generales o particulares, eran llevadas a conocimiento de los interesados, fuera de los casos limitativamente enumerados.

Otros documentos, estudios e informes, escapaban al posible conocimiento de quien los deseara conocer, pues el principio general, anteriormente vigente, era el de que no existe derecho a la comunicación de documentos administrativos, salvo texto que la prevea expresamente o cuando está en juego el principio de los derechos de la defensa, es decir, tratándose de medidas tomadas en consideración a la persona.

La ley francesa procuró dar amplitud al principio y definir estrechamente las excepciones.

Principio: "*los documentos administrativos son comunicables de pleno derecho a las personas que lo soliciten*".

Titular del derecho es tanto el individuo como la persona jurídica.

Documentos administrativos, con amplio criterio orgánico, son los que "*emanan de las administraciones del Estado, de las colectividades territoriales, de los establecimientos públicos y de los organismos aun de derecho privado encargados de la gestión de un servicio público*". Se agrega una lista no exhaustiva, que incluye expedientes, informes, rendiciones de cuentas, actas y estadísticas directivas, circulares, notas y respuestas ministeriales que importan interpretación del derecho positivo o descripción de procedimientos administrativos, opiniones, previsiones y decisiones escritas, registros sonoros o visuales, tratamientos automatizados, informaciones no nominativas, etc.

Se consagra el derecho de los interesados de conocer los informes o anotaciones que sobre las personas posee la administración en sus ficheros, archivos, etc., cuyas conclusiones se les oponen y un derecho de respuesta generalizada, que extiende el principio general de los derechos de la defensa: *"a su pedido sus observaciones con respecto a dichas conclusiones son obligatoriamente consignadas en anexo al documento en cuestión"*.

La publicación obligada de directivas, instrucciones, circulares, etc., y de un repertorio de los documentos administrativos existentes, procuran informar de la existencia de tales elementos de información a quienes los deseen conocer.

Excepciones al principio general son los secretos protegidos en interés de los terceros, de la vida privada, expedientes personales y médicos y de la vida comercial e industrial y en general los secretos protegidos por las leyes.

Otras excepciones son los secretos protegidos en interés público.

Previo recurso administrativo, el solicitante desatendido puede promover el respectivo contencioso jurisdiccional.

Estas plausibles innovaciones contribuirán, sin duda, a democratizar la administración francesa, cuyo tradicionalismo napoleónico se ha refugiado a menudo en el secreto administrativo, en cuya virtud aún no se implantó la obligación de motivar con carácter general las decisiones que afectan al público o a personas determinadas. Se extiende así, en parte, el ámbito protector del Estado de derecho.

Anotamos ahora un nuevo progreso del Estado de derecho en Francia: la ley de 16 de julio de 1980 relativa a las *"astreintes"* en materia administrativa y a la ejecución de los fallos por el poder público (ver artículo sobre el tema en el N° 1 de 1981 de la *Revue du droit public*, por Pierre Bon). De esta manera se procura resolver una de las mayores deficiencias de la protección jurídica del administrado: las resistencias y artimañas de la administración para incumplir o volver frustráneos los fallos de condena contra entes estatales, lo que vuelve en gran parte mítico al contencioso-administrativo francés, como lo demostró Rivero en las *Mélanges Dabin*, entre otros. La democracia política favorece estas soluciones, que no se conciben en los Estados autoritarios y totalitarios, donde litigar contra el Estado se suele considerar subversivo desacato y la exigencia del cumplimiento de las sentencias

suele exponer a los letrados y sus clientes a las persecuciones que recuerdan las épocas en que existían delitos elásticos y vagos de lesa majestad. Con democracia política es posible el Estado de derecho. Sin democracia, fatalmente son un mito el principio de legalidad y su control judicial. La ley uruguaya N° 14.978, de 14/XII/1979, sobre *astreintes* exceptúa de su aplicación los procesos en que sean partes las personas de derecho público. El ejemplo francés debería ser aleccionador.

La ley alemana de 21 de enero de 1977 sobre la protección de los individuos contra el abuso de los ficheros relativos a las personas regula también la materia con criterio garantista, con notables semejanzas con la ley francesa. Consagra el derecho del individuo a informarse de la información que le concierne, a oponerse al uso de informes cuya exactitud o inexactitud no se pueda establecer y de hacer eliminar los informes que no debieron recogerse o cuya exactitud o inexactitud no se pueda establecer. De esta ley dio noticia Fromont, *Revue du Droit Public*, 1978, páginas 1551-1552.

La participación ciudadana, meramente cívica, y de interesados (aun titulares de intereses difusos) y concedores, previamente a la aprobación de los diversos actos normativos que emanan, actualmente, de la administración, y también de actos que sin ser normativos afectan a una comunidad de sujetos indeterminados, como el establecimiento o ampliación de un aeropuerto o de una usina atómica y ciertos planes de creación de autopistas, u otras obras públicas, es una de las preocupaciones destacables del actual derecho administrativo-democrático. La participación se realiza mediante la oportunidad de presentar escritos, pareceres o dictámenes consultivos (consultas) o por la intervención en audiencias, públicas o no, con pruebas y alegatos, que deben ser considerados por los órganos de decisión.

Este tema es vital en la actualidad, cuando el Poder Ejecutivo de hecho legisla en todos los países del mundo, ya sea de facto o por delegación legislativa, constitucional o inconstitucional, por ampliación de la esfera del poder reglamentario, por su institución como legislador (en sentido material) de principio, frente al Parlamento, que lo es de excepción (Constitución degaullista de 1958), por decretos-leyes de urgencia constitucionales o no, por abuso de medidas de excepción, previstas para otros fines, como

ocurrió en el Uruguay a partir de 1968, debido a la carencia de mayoría parlamentaria del gobierno de la época, etc. Se llegó a legislar hasta sobre alquileres, desalojos e hipotecas, materias típicas del Código Civil por decretos de emergencia rotulados, como "*medidas prontas de seguridad*", insusceptibles de control de constitucionalidad por no ser leyes, e inimpugnables ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, en virtud de la teoría absolutista del "*acto de gobierno*".

Si a eso se agregan las infinitas reglamentaciones legales de ejecución de leyes autorizantes del ejercicio de poderes discrecionales e imprecisos, vemos la razón que asistió al Parlamento inglés de tiempos de la reina Victoria, en 1893, para requerir la publicación, previa a su entrada en vigencia de las regulaciones ministeriales delegadas (publicidad y examen "*prenatales*", al decir de Carr), debiéndose considerar las excepciones opuestas dentro del plazo de cuarenta días.

Estados Unidos adoptó con éxito dicho sistema ("*rule-making*") en 1946, lo recoge para los planes y proyectos de grandes obras públicas la ley alemana de procedimiento administrativo y se practica en diversos países del mundo (España, Costa Rica, etc.) como regulación razonable de la información a la opinión pública interesada y de su intervención oportuna en procedimientos que no cuentan ni pueden contar, hoy, con las garantías de publicidad y debate contradictorio, propios de la sanción de la ley parlamentaria, de épocas menos turbulentas y de mucho menor producción normativa. Se trata, pues, de un sustitutivo conveniente del procedimiento parlamentario.

No puedo entrar aquí en los detalles de este tema, que estudié con algún detenimiento el año pasado en Tucumán en mi trabajo sobre Procedimiento Administrativo Comparado, presentado al curso realizado en setiembre de 1980 en la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino, Católica de Tucumán. Este tema está prácticamente virgen en la legislación y en la literatura del derecho administrativo latinoamericano.

Repito, sí, mis conclusiones, que siguen siendo las mismas:

1º) Es general y plausible la tendencia a la juridización del procedimiento administrativo.

2º) Es recomendable la codificación de modelos generales de procedimiento administrativo. Es deseable que los procedimientos especiales, de excepción, se reduzcan al mínimo indispensable.

3º) Es conveniente que las garantías fundamentales del procedimiento administrativo tengan su base en las constituciones rígidas.

4º) Es recomendable la publicidad previa de las iniciativas de reglamentos y otros actos de efectos generales, para que los individuos, grupos sociales y entidades públicas, interesados, puedan emitir su opinión, oponer objeciones, sugerir enmiendas o propiciar el rechazo de esas iniciativas, mediante la emisión de pareceres o dictámenes consultivos o por su participación en audiencias, preferiblemente públicas, con toda clase de pruebas y alegatos.

5º) La planificación económica y la realización de grandes obras públicas, capaces de alterar las condiciones de vida de las poblaciones, requieren, en las democracias contemporáneas, la obtención del consenso popular mediante la libre y pública discusión previa a la toma de decisiones. Los órganos de decisión deben considerar todos los pareceres emitidos y fundar sus opciones.

6º) Los diversos institutos de participación, ciudadana y social, en la toma de decisiones generales, o de efectos generalizados, son formas de ejercicio democrático de la soberanía popular, en las democracias pluralistas desarrolladas. Dicha participación corrige las imperfecciones de la representatividad política clásica.

7º) La legitimación para participar en el perfeccionamiento de las iniciativas de creación normativa debe ser amplia, comprensiva de los intereses generales, morales y cívicos, como la preservación del medio ambiente, del paisaje y de la calidad de la vida.

8º) Deben organizarse medios de control administrativo, político y jurisdiccional, de las decisiones generales, que se muevan de oficio o mediante denuncias de interesados (defensor del pueblo, mediador, delegado parlamentario, *ombudsman*, etc.) o mediante acciones populares ante órganos jurisdiccionales independientes, de gran especialización y autoridad.

9º) La iniciativa popular y el recurso de referéndum, en el ámbito municipal, constituyen formas de participación cívica, educadoras de la ciudadanía, limitantes del autoritarismo burocrático y del arbitrio gubernativo tradicional.

10) El perfeccionamiento de los mecanismos administrativos que se relacionan con la vida cotidiana de los vecinos, usuarios de servicios públicos, contribuyentes y consumidores, funcionarios y trabajadores, en general, es un imperativo ineludible del Estado de derecho democrático y social, del presente y del futuro.