

Lei de Procedemento Administrativo italiana do 9 de Agosto de 1990.

A Secretaría Técnica da REGAP, seguindo coa liña de documentación iniciada no número 3 da mesma, dálle entrada no seu número 4 á Lei de Procedemento Administrativo italiana de 1990.

O texto da Lei vai precedido dunha introducción que, como colaboración espontánea do seu autor, o maxistrado italiano Dr. Castiello, lle foi remitida á Dirección da revista para a súa publicación na mesma. Ofrécese en lingua galega, a partir dun orixinal en castelán que a Secretaría Técnica da revista tivo que adaptar convenientemente para a súa acomodación gramatical idónea, seguindo o rogo formulado polo propio autor, que se fixo baixo o respecto en todo caso á concepción das ideas expresadas e á estrutura formal do documento orixinal.

Introducción

1. A Lei italiana do 9 de agosto de 1990, lei xeral sobre o Procedemento Administrativo, reflecte a evolución do procedemento que non é só a simple manifestación dunha función pública, senón o lugar onde se confrontan os intereses públicos, os intereses colectivos e os intereses individuais na perspectiva da súa coordinación e da súa síntese.

Antes da lei de 1990 díxose na doutrina italiana, o procedemento constituía a estrutura formal da actividade administrativa que se desenvolve en tres fases subseguintes: a primeira, é a da iniciación; a segunda é aquela na que se concreta o acto conclusivo; a terceira, a de terminación, onde se efectúa a valoración definitiva do acto e se concretan as súas condicións de eficacia.

Tras esta concepción dos anos corenta e cincuenta, asentouse na doutrina italiana do procedemento outro concepto do mesmo como manifestación do desenvolvemento da función pública, é dicir como materialización do poder en acto.

Seguindo esta postura doutrinal díxose que "...o procedemento é manifestación da función pública, do mesmo xeito que o acto é a manifestación do resultado daquela función". No procedemento atopárase "a historia da transformación do poder en acto, historia determinada por toda a serie de actos necesarios para que o poder se manifeste nunha realización concreta".

A Lei de 1990 incorporou sen embargo outra postura doutrinal máis nova: o procedemento constitúe unha *canle* de encontro e unha síntese de tódolos intereses en xogo: públicos, colectivos e particulares. Na devandita lei refléctese o artigo 97 da Constitución que establece a idea fundamental da imparcialidade; esta regra vincula ó lexislador e tamén á Administración e que se concreta na ordenación, graduación e síntese de tódolos intereses en xogo.

Por exemplo, nos *procedementos de procedementos*, é dicir, nos procedementos integrados por outros procedementos, como é o de autorización dun complexo industrial, hai un potencial conflito de varios intereses: o da empresa, o da tutela ambiental, o da ocupación de traballadores, e o dos propietarios de fincas próximas á nova estrutura.

Hai que valoralas diferentes situacións e facer que conclúa o procedemento cun acto que teña como finalidade represen-

ta-la síntese racional de tódolos intereses en xogo. En definitiva, a esencia do procedemento identifícase cunha regra de síntese dos intereses concorrentes que poden ser máis ou menos numerosos e diversos, segundo a complexidade do procedemento.

2. A Lei de 1990 valora a participación dos particulares no procedemento. Este é o punto máis perceptible de desconformidade coa teoría tradicional. A fase máis importante do procedemento é hoxe a de *instrucción* que será determinante xeralmente cara á conclusión do propio procedemento.

A presenza dos particulares, que pode supor unha importante contribución na parte *preliminar* do procedemento, aca-da pois unha importante significación na produción legal do acto administrativo.

En dereito público, por outra banda, moitos intereses recoñecidos e tutelados como dereitos subxectivos, atópanse condicionados á súa compatibilidade co interese público: en canto poida xerar unha incompatibilidade entre o interese individual do seu titular e o interese xeral da colectividade, o dereito subxectivo está chamado a desaparecer. Así, por exemplo, o dereito de propiedade pode perder fronte á Administración pública a súa consistencia cando razóns de utilidade pública esixan a expropiación e a transferencia da propiedade a outro suxeito. Dado que é posible xuridicamente o seu sacrificio, estes dereitos son xeralmente designados como “dereitos condicionados”.

A intervención dos particulares mellora a acción administrativa que pode favorecer unha redución do recurso á vía xudicial, na medida en que os poderes públicos fan operativa de acordo cos ditos particulares a función administrativa, con motivo da persecución de fins de interese xeral e tamén mentres os intereses individuais resulten *compatibles* con aquel.

O novo *enfoque* doutrinal –que reflicte a profunda *evolución* da Administración pública– exprésase agora nas ideas de “*administrar por consenso*” ou por acordos, no lugar de “*administrar por ordes*”.

A parte do procedemento que se sitúa entre a iniciación e a terminación é a fase máis importante: a da *instrucción*. Neste momento realízase o encontro dos particulares cos poderes públicos e a confrontación dialéctica dos intereses xerais, colectivos e individuais.

Os particulares están facultados para introducir ou achegar ó procedemento datos *fácticos* ou *xurídicos* que poden servir de fundamento á resolución que, no seu día, poña fin ó procedemento.

Segundo esta achega teña por finalidade introducir simplemente o dato no procedemento, fixalo definitivamente, ou valoralo criticamente falarase de alegacións de introducción, de alegacións de fixación e de alegacións conclusivas.

A Lei de 1990 ocúpase moito máis da instrucción do procedemento administrativo. En consecuencia, dedícalle ó acto menos importancia que antes. A intervención dos particulares constitúe agora, sen ningunha dúbida, a actuación máis importante do procedemento, por canto tenden a proporcionarlle ó órgano decisor os elementos de feito e de xuízo necesarios para unha idónea resolución.

Dese xeito, a instrucción do procedemento administrativo xoga un importante papel de creación de alternativas fronte á unilateral proposta de resolución administrativa.

3. Unha vez verificada a condición de que falamos (compatibilidade do interese público co privado), o interese que xa era tutelado como dereito non deixa de ser dalgún xeito recoñecido e protexido. O seu titular pode controlar que a existencia do interese público prevalece realmente, que este se materialice na forma establecida pola lei, que o acto de resolución do dereito se dicte conforme ó procedemento legalmente establecido, que haxa conformidade co suposto legal. O que era un dereito subxectivo transfórmase nun interese lexítimo. Ese proceso de transformación acaba por configuralo como un "*dereito debilitado*". Ou dito noutros termos é un proceso no que os participantes interveñen en *calidade* de titulares dunha *espectativa* tutelada: a do correcto exercicio da función administrativa.

Os particulares que sufran algún dano pola violación das normas que regulan o procedemento, a competencia ou calquera dos aspectos da acción administrativa, poden obter protección xurídica dentro do procedemento, antes do proceso.

A lei de 1990 atribúelle ós titulares de dereitos subxectivos en canto partes do procedemento, a facultade de intervención que se materializa en *memorias, documentos e instancias*.

A Constitución italiana, como a Constitución española, a primeira no artigo 113, e a segunda no artigo 24, din que tódalas persoas teñen dereito a obter a tutela efectiva dos xuíces e tribunais no exercicio dos seus dereitos e intereses lexítimos sen que, en ningún caso, se poida producir indefensión.

Esta tutela pódese realizar antes do proceso ou dentro do procedemento por medio da intervención dos particulares, titulares de dereitos subxectivos ou de intereses lexítimos.

4. A intervención dos particulares no procedemento debe atopar reflexo na motivación do acto final.

A lei de 1990 inclúe a obriga xeral de motivación; cada acto irá acompañado de exposición dos supostos de feito e das razóns xurídicas que o inspiran e expresará o desenvolvemento do *proceso decisorio* desde a instrucción ata a resolución final.

O interese público determínase a través da confrontación entre os intereses particulares e o interese xeral representado

polo órgano público. Este confronto deberá terse en conta ó dicta-la resolución e tamén na motivación do acto final.

Xorde unha nova perspectiva para a administración: a mesma xoga un papel que non é xa –coma antes– o de avalia-lo interese público unilateralmente, senón tamén aprecia-lo mesmo baixo o control dos particulares e contando coa súa colaboración.

A motivación aparece como unha garantía *polifuncional*: serve ós particulares para controla-lo correcto exercicio da función pública; serve ó órgano revisor para controlar que non hai infracción do ordenamento no exercicio da devandita función; serve ó xuíz para verifica-la *legalidade* da mesma; serve á opinión pública para controla-los actos *de autoridade* e supoñan sacrificio dos dereitos que a Constitución tutela e salvagarda.

Nesta última perspectiva, a motivación dos actos administrativos constitúe un importante suposto de exercicio da autoridade, que sempre necesita o *consenso das masas* (non se esqueza a ensinanza de Ortega e Gasset en *La rebelión de las masas* que nos dixo que a lei da opinión pública é a lei da gravitación histórica).

A regra da motivación obrigatoria para cada acto non sofre excelción pola admisión da motivación *ob relationem*, é dicir, non contextual.

A Lei de 1990, art.3, permite a motivación unicamente cando concorren as dúas condicións seguintes:

- a) que o acto ó que se refire a motivación estea perfectamente individualizado e
- b) que este sexa *accesible*.

5. Así como a función administrativa deixou de ser *monopolio* do poder burocrático e debe ser exercida xunto cos particulares tamén o acto unilateral perdeu a súa característica de elemento necesario do procedemento.

A Lei de 1990 introduciu dúas categorías de acordos: a) *substitutivos* dos actos e b) *preliminares* ós actos. Os primeiros utilizaranse como medio alternativo, e os segundos como integrante dos actos.

O carácter innovador da Lei de 1990 maniféstase sobre todo na segunda categoría de acordos, xa que os primeiros non se poden recorrer senón de non existir unha lei especial que os prevea.

A lei italiana –baixo este perfil– afástase da lei alemana de 1976 que no parágrafo 54 prevé o acordo substitutivo como medio *ordinario* (e non excepcional) de acción administrativa.

Pero aínda que sexa simplemente programática no que se refire ós acordos substitutivos, a lei italiana determina efectos máis importantes en materia da *administración por consenso*, xa que mellora a importancia dos acordos preliminares que hoxe

van máis aló do seu significado estrictamente contractual. Antes desta lei os acordos cos particulares non vinculaban á Administración que estaba obrigada unicamente á motivación do acordo unilateral resolutorio. Agora, se a Administración resolve afastándose do vínculo ten que xustificarse alegando razóns de interese público sobrevidas. Non é posible que se refira a razóns de interese público orixinarias.

Ademais ten que indemniza-los particulares que sufrisen as consecuencias resolución do acordo. A indemnización terá o carácter dunha verdadeira reparación do dano que se produciu.

Toda a materia dos acordos nas fases de estipulación, de conclusión e de execución dos mesmos pertence á xurisdicción exclusiva do xuíz administrativo, e polo tanto non hai diferenza entre dereitos subxectivos e intereses lexítimos.

6. A Lei italiana de 1990 establece un prazo para a conclusión do procedemento que debe rematar sempre cun acto (ou cun acordo) expreso.

Este prazo determinarásese de xeito autónomo por cada Administración, mais se o mesmo non se establece expresamente de maneira singular, queda fixado en trinta días por expresa previsión da lei.

A previsión normativa dun término final obedece á esixencia de que o procedemento se desenvolva nun tempo determinado. A fixación do término ten moita relevancia, xa que a omisión do acto ou o infracción sen ningunha xustificación do prazo dos trinta días posteriores á instancia determinará a aplicación de sancións penais.

Antes da lei de 1990 había que provoca-lo efecto do silencio por medio dunha instancia do interesado e só despois era posible postula-la tutela xurídica a través do mecanismo do proceso. Agora a tutela pode ser máis *inmediata* solicitando ó órgano xurisdiccional a mesma sen necesidade de acudir previamente o mecanismo do silencio.

7. A Lei de 1990 permite ademais o acceso ós documentos da Administración.

Antes desta lei, o ordenamento administrativo italiano non coñecía un verdadeiro dereito de información administrativa. Esta lei, por razóns de claridade e transparencia e por esixencias de garantía dos administrados, introduciu este dereito.

Cada administración, cando dea comezo a un procedemento, ten que comunicarllelo ós interesados, coa única excepción de que motivos de urxencia o impidan.

Dese xeito, os particulares saben que está aberto un procedemento, saben quen é o responsable, coñecen o seu obxecto e ademais a oficina na que están os documentos que se refiren ó mesmo; e poderán pedir copia deles.

A lei é moi innovadora. Antes aplicábase a regra xeral de que todo era materia reservada agás o que podía comunicarse. Agora a regra invértese: todo é público, a excepción do que queda reservado (segredo de Estado e poucas excepcións máis).

A lei prevé tamén un eficaz remedio contra a oposición da Administración. E posible postula-la tutela xurídica ó xuíz nun proceso rápido.

O réxime impugnatorio que a lei de 1990 introduciu dálle a oportunidade ó interesado para dirimir axiña os seus contrastes coa Administración. Os prazos procesuais son moi breves e a decisión adóptase sen atraso.

Nesa clase de xuízos, o xuíz non coñece simplemente a validez da oposición da Administración á instancia do interesado, pero pode condenar á mesma a que lle entregue o documento ó solicitante de non mediar ningunha das prohibicións dictadas pola mesma lei.

8. Outra novidade de moita relevancia introducida pola lei de 1990 é a xeneralización do *silencio-positivo*.

Moitos procedementos permisivos, que se concluían antes por acto expreso de concesión ou de autorización, agora poden concluírse polo silencio positivo da Administración. A lei de 1990 favorece a utilización destas modalidades de actos *implícitos* ou *tácitos* na perspectiva da *simplificación da función pública e tamén da valoración da liberdade de empresa*.

A lei de 1990 inspírase no *liberalismo da orixe comunitaria* e favorece no ordenamento administrativo italiano a *desregulación*.

A partir de agora os controles *preventivos* van ser substituídos por controles *sucesivos*.

Os particulares poden inicia-la súa propia actividade se dentro do prazo de resolución do procedemento a Administración non se opón. O silencio, que se produza despois dese prazo, será positivo. Mais a Administración pode invalidalo por acto expreso, xa que non perde o seu poder de controla-lo exercicio destas actividades.

Iso ocorre por canto hai un interese público *subxacente* na intervención autorizante da Administración, e que actuará cando o interesado infrinxa o acordo do órgano público que dispoñía a mellora ou modificación da actividade comezada, excluíndose os vicios que a afectan.

9. En conclusión pode dicirse que a lei de 1990 se caracteriza por estes *trazos*:

- 1) pola perda da posición central do acto;
- 2) pola relevancia da instrución así como da fase inicial do procedemento;
- 3) pola intervención dos particulares ;
- 4) pola fixación do interese público por medio da mesma intervención;

- 5) pola comunicación do comezo do procedemento a tódolos interesados e contrainteresados ;
- 6) pola creación do dereito subxectivo de *información administrativa*;
- 7) pola introducción dunha forma de tutela xurisdiccional rápida para garanti-lo dereito de información administrativa;
- 8) pola fixación do prazo final do procedemento, con tutela das expectativas xeradas para a súa conclusión dentro do mesmo;
- 9) pola transformación de varias autorizacións expresas en actos positivos implícitos;
- 10) pola evolución da función pública, determinante da substitución da administración por acordos consensuados pola administración por ordes ou mandatos.

Francesco Castiello