

LOS DERECHOS EN ESPERA

INTERVENCIÓN O ABSTENCIÓN ESTATAL Y ANHELOS DE BUENA ADMINISTRACIÓN

Isaac Augusto DAMSKY

*Todo el pensamiento moderno es permeado
por la idea de pensar lo imposible*

Michel Foucault

SUMARIO: I. Exordio. II. La promesa democrática. II.1. Derechos débiles. II.2. Recuperar el diálogo. III. Aproximaciones de contexto sobre la doctrina de la buena administración. IV. El entorno tecnológico de la buena administración. V. Epílogo.

I. EXORDIO.

En tiempos en que el diálogo en derecho público corre el riesgo de retrogradar sin percibir los matices de la novedad y de quedar atrapado dentro de otra dicotomía sesgada sobre estado máximo o estado mínimo, intento mostrar que es posible ensayar un camino superador de las contradicciones, describiendo solo algunas e insistiendo en la importancia de que las personas ansíen ejercitar un redescubrimiento activo de su centralidad en el devenir del derecho público.

Propongo ensayar una lectura de la realidad del quehacer público que logre superar, ir más allá y evitar quedar nuevamente encorsetada en una renovada presentación de supuestas dicotomías y promesas incumplidas. Intento mostrar un instante en la actualidad del errático derrotero evolutivo del derecho público a través de la opinión de varios autores y la percepción de otros, en sus conexiones con algunos fundamentos de categorías principistas extendidamente en boga como la buena administración, sobre la que tanto se ha dicho. Lo hago mediante breves apelaciones

al espíritu de esta época para invitar al lector a reflexionar sobre el contexto de la subjetividad colectiva de la cual depende el tiempo de unos derechos que podrán o no permanecer eternamente en espera de la efectividad de una tutela que no llegará sola ni le será concedida a cambio de nada.

En lo que sigue, te invitaré lector a que resistas la tentación de los reduccionismos, la opacidad de las polaridades y las lecturas mononivel para intentar ir más allá de las supuestas dicotomías que verás que no son tales. En mis proposiciones y a través de las opiniones recolectadas procuraré exhortarte a pensar tus elaboraciones singulares a partir de la colorida y sonora complejidad multinivel de nuestros tiempos públicos.

II. LA PROMESA DEMOCRÁTICA.

En mi opinión, la actual centralidad de la acalorada discusión por las formas de intervención o abstención del estado en la sociedad y la economía, sus diversas manifestaciones públicas y los esgrimidos fundamentos de legitimidad -dentro del actual contexto que pareciera trascender las fronteras nacionales y exhibir con tono denunciante los pendientes de la democracias continentales- pareciera nuevamente darle la espalda -de forma peligrosa- a las necesidades y preferencias de las personas y la sociedad civil, para volver a reducirse a una suerte de reedición -aunque adjetivada- de aquella discusión largamente sostenida 30 años atrás sobre la dicotomía estado máximo y estado mínimo, subsidiariedad e intervención, iniciativa privada o gestión estatal¹.

¹ Excede en mucho presentar un listado exhaustivo de las principales aportaciones sobre el muy nutrido diálogo jurídico sostenido en nuestro país acerca del principio de subsidiariedad, los fundamentos y ratios de la intervención o abstención del estado en la economía. Solo a título meramente preliminar y en homenaje a quienes han alumbrado este camino, evocaré las siguientes obras: Ariño Ortiz, Gaspar, "Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público", Madrid, Marcial Pons, 1993; "La regulación económica. Teoría y práctica de la regulación para la competencia -estudio preliminar de Juan Carlos Cassagne", BA, Abaco, 1996, entre otros; Barra, Rodolfo Carlos, "Principios de Derecho Administrativo", BA, Ed. Abaco, 1980 y reeditado en 2007, "Tratado de Derecho Administrativo", BA, Abaco, 2002, "Capitalismo de rostro humano", BA, Ed. RAP, 2022, entre muchas otros; Bianchi, Alberto, "La regulación económica", BA, Abaco, 2001, entre otros, Cassagne, Juan Carlos, "La intervención administrativa", BA, Abeledo Perrot, 1992 y reeditado en 1994, "Los grandes principios del derecho público", Thomson Reuters, BA, La Ley, 2015, entre otros, Coviello, Pedro J.J., "Del Estado limitado al estado garante (¿O subsidiario y solidario?), en VVAA "Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Augusto Durán Martínez, Montevideo, Fundación Cultura Universitaria, 2023, Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, BA, FDA, sucesivas reediciones, Salomoni, Jorge Luis, "Teoría General de los Servicios Públicos. Su reconstrucción histórica y conceptual. La Constitución, el derecho supranacional y el orden jurídico administrativo. La intervención del Estado en la Economía. Actualidad y perspectivas", B.A., Ed. Ad-Hoc, 1999, entre muchos otros autores. Asimismo,

Esto opera un reduccionismo que oculta una realidad explosiva: cuál la Versalles de Luis XVI, el poder real y el poder formal sigue concertando para concentrarse en su núcleo, dándole la espalda a las acuciantes necesidades colectivas de una población hambrienta y desesperada, que son personas humanas a las que el *golem* de la política les arrebató su dignidad, que no logran ser ni oídas ni escuchadas, pero que –sin embargo– aún logran ser, en gran medida, conducidas y manipuladas gracias a esa suerte de neolengua o “newspeak” orwelliano, hoy en manos de la subliminalidad digital.

Sin embargo, los alarmantes indicadores del mayoritario descontento social con la política y con la democracia que toman cuerpo en el grito silencioso que se expresa en la creciente –y también preocupante– mengua de la participación electoral y repulsa a las formas de la representación política tradicional, operan asimismo como una advertencia urgente sobre el riesgo cierto de debilitamiento de una democracia que si bien tiene logros para celebrar en sus 40 años –en términos de continuidad institucional y su reflejo en la expansión formal del ciclo de los derechos– sin embargo aún tiene un largo camino por andar en su misma razón de ser como vehículo concreto de expresión de las voluntades de todo el tejido humano integralmente considerado y no solo el de las mayorías y las primeras minorías.

Y es que como ha dicho el Profesor Guillermo Mizraji, el balance de estos 40 años muestra a nuestro país en un estado de reversión democrática, inestabilidad política y un acrecentamiento -como nunca hemos vivido- de la corrupción pública. Asistimos a la demolición de los partidos políticos, que se nos muestran hechos jirones y sin conductores que prioricen programas de gobierno por encima de sus intereses personales. Así, la institucionalidad ganada en 1983 se revela, hasta ahora, insuficiente².

Pero lo cierto es que vivimos en una sociedad distinta a la que era 40 años atrás. Con necesidades distintas a las que enmarcaron la discusión por el estado

recomiendo el análisis sobre esta problemática concretado en: Carbajales, Mariano, “El Estado regulador”, BA, Abaco, 2005.

² Mizraji, Guillermo, “Palabras del Presidente de Profesores Republicanos, 1983-2023”, en V.V.A.A., “Democracia Argentina, 40 Años”, B.A., Ed. DyD, 2023, ps. 11 a 15. Señala: “Para que nuestra democracia se afirme en el tiempo y genere la confianza necesaria de los ciudadanos, debe erradicarse el embate constante que sufren nuestras instituciones (...). Llevamos 40 años de democracia con un claro desgobierno en materia de educación en todos los niveles; un fracaso económico colectivo con altos grados de regresión, con una crónica inflación que conlleva altísimos índices de pobreza e indigencia agravadas; una justicia cercada por las fuerzas políticas que pretenden sumirla bajo su poder; falta absoluta de seguridad jurídica que impide organizar nuestras vidas sobre la base de dos presupuestos: a) previsibilidad y b) protección. Las relaciones internacionales no tienen un rumbo estable”.

máximo o por el estado mínimo. Y lo que es más grave, vivimos dentro de una sociedad fatalmente herida por las sucesivas malas administraciones y, por ello, funestamente descreída, desesperada al límite y extremadamente enardecida contra toda manifestación de las instituciones democráticas. Este dato es globalmente predicable. No es solo local ni fruto exclusivo de nuestra realidad de contexto porque se verifica extendidamente en las democracias de occidente un agotamiento de las potencialidades transformadoras de las democracias modernas. Una crisis de y en sus fundamentos éticos, representados por el “problema moral” de la democracia que se expresa en la separación entre lo que la democracia proyecta hoy y el conjunto de ideales que la caracterizaron originariamente. Son las fracturas de la democracia frente a sus enemigos externos e internos que buscan permanentemente reducirla, limitarla y vaciarla de contenidos³.

Es inevitable no recrear las palabras de Zagrebelsky cuando citando a Bobbio decía: “Hemos recordado ya las ‘promesas incumplidas’ de la democracia⁴. La lista de las desilusiones es larga [...] la revancha de los intereses corporativos; la persistencia de plutocracias; el espacio limitado que la democracia ocupa no habiendo conseguido penetrar en todos los ámbitos de la sociedad; el poder oculto que contradice la exigencia primordial de que el poder público se muestre completamente en público y que ha llevado a hablar incluso de un ‘doble Estado’, uno visible y otro invisible”⁵.

Quienes adscriben a estas ideas aprecian que la persistencia de las “promesas no mantenidas” en las sociedades de nuestro tiempo hacen inconcluso el proyecto

3 Cfr. Cisneros, Isidoro, “Norberto Bobbio. De la razón de Estado al gobierno democrático”, Ed. Instituto Electoral del Estado de Jalisco, México, 2015, p. 274.

⁴ Si bien excede en mucho ahondar en esta noción “Bobbiana” de las “promesas incumplidas de la democracia” sobre la que se ha escrito en demasía, sirva mencionarla a modo de invitación a su lectura por la vigencia de su pensamiento y su pluma clara. Se refiere a la diferencia entre los ideales democráticos y la democracia real, el contraste a la cruda realidad entre lo que se había prometido y lo que se realizó efectivamente (Ampliar en: Cisneros, Isidro, “Norberto Bobbio. De la razón del Estado al gobierno democrático”, Ed. Instituto Electoral del Estado de Jalisco, México, 2015). Ver: Bobbio, Norberto, El futuro de la democracia, México, Fondo de Cultura Económica, 1986. Como largamente trata la profesora mexicana Corina Yturbe, es ineludible el abordaje de Bobbio para comprender algunos de los problemas de las democracias contemporáneas: las llamadas “paradojas”, es decir, las tensiones o contradicciones internas de la propia democracia y las “promesas incumplidas”, es decir, las fallas de la democracia debidas a obstáculos imprevistos o a procesos históricos específicos sobre los que es necesario reflexionar en extenso (Ampliar en: Yturbe, Corina, “Pensar la democracia. Norberto Bobbio”, México, D.F.: UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2007).

⁵ Ampliar en: Zagrebelsky, Gustavo, “Derechos a la fuerza”, Madrid, Ed. Trotta, 2017. Ver también: Zagrebelsky, Gustavo, “Bobbio e il diritto”, en Norberto Bobbio tra diritto e politica, Roma, Laterza, 2005.

democrático y obstaculizan alcanzar los objetivos que este sistema se planteó. Advierten que persisten los intereses de grupo sobre la representación política, el poder invisible sobre la transparencia, los ciudadanos mal educados, apolíticos y desinteresados sobre la cultura cívica y de la legalidad, las élites imponen sus concepciones sociales y políticas frente al interés colectivo, la participación es limitada y la democracia política no logra expandirse al ámbito social, parece irreversible la burocratización del Estado democrático y el gobierno de la tecnocracia. Por si fuera poco hay una disminución del rendimiento y la efectividad del sistema político⁶.

Y sucede que las técnicas de intervención del estado en la sociedad y la economía implican manifestaciones de la democracia y por eso están alcanzadas por este clima de crispación y desconfianza que es necesario conjurar desde el derecho y desde los derechos. Precisamente, porque la pérdida de legitimidad de las instituciones democráticas enfrenta, hoy, niveles extremos que son objeto de extendida atención doctrinaria y de opinión⁷.

En nuestro país es de público y notorio el singular grave daño social e institucional que han infligido no solo las sucesivas malas administraciones económicas y las desviaciones ora al fragor del “mercadocentrismo” ora del estatismo, sino, igual de grave, las malas prácticas que han incluso minado la credibilidad en los derechos como centralidad del sistema democrático.

II.1.- DERECHOS DÉBILES.

Acaso a modo de premonición viene largamente advirtiéndose que el nuestro es un tiempo crepuscular, de despedida de la modernidad, de decoloración y extenuación de sus características fundamentales: de debilidad de los derechos y de fragilidad y deterioro de la democracia⁸. Sin embargo, aún dentro de corrientes afines se ha operado un viraje en la percepción de sus causas. Por esto es que interesará concretar

⁶ Cisneros, Isidoro, ob. cit., p. 275. Agrega: “Actualmente la política, sobre todo la política democrática, enfrenta problemáticas que no pueden ser resueltas con los esquemas tradicionales. Se requieren nuevos horizontes interpretativos que permitan enfrentar los enormes desafíos emergentes. La democratización plantea la necesidad de innovar a la política y sus actores, procesos e instituciones. (...)”

⁷ Ver: Mizraji, Guillermo, Ob. Cit., al decir: “La democracia por la que hoy transitamos se ha quedado sin república. La sociedad argentina asiste desencantada al deterioro irreversible de la democracia republicana” (...) La tradición republicana que nos hizo un gran país en el concierto de las naciones nos marcará el futuro”.

⁸ Bovero, Michelangelo, “Derechos débiles, democracias frágiles. Sobre el espíritu de nuestro tiempo”, Serie: Conferencias Magistrales N° 24, México, Instituto Nacional Electoral, 2020, p. 13.

algunas aproximaciones respecto de otras corrientes de pensamiento para intentar una breve presentación de sus razones y coincidencias.

El punto de partida afina en que mucho se dice sobre las funestas consecuencias de las maniobras de apropiación política de los derechos para legitimar construcciones de poder y cómo éstas han operado como forjadores de una sociedad del engaño en la cual los derechos fueron muchas veces utilizados para discutir política y desarrollar un discurso de construcción amoral de poder en lugar de abordar cuestiones que tengan, realmente, que ver con los derechos del hombre⁹. La opinión pública ha sido pródiga en opiniones orientadas a sostener que éste cúmulo de circunstancias resultaron especialmente graves en nuestro país porque erosionaron la credibilidad de un extendido arco de representantes exteriorizando, como largamente también se ha dicho –especialmente Tomás Abraham, una fuerte crisis cultural y educativa. No económica, ni política. Por eso, sostiene el autor mencionado, es que en tiempos recientes ha emergido con fuerza una necesidad social de tipo sustantiva de transformación y ampliación del postulado representativo porque ya no es ninguna novedad que nuestra sociedad ha sufrido tantas crisis que exhibe anomia institucional en un grado no del todo predicable en otras latitudes –inclusive cercanas¹⁰.

En su dimensión continental el cuadro se complejiza por la trascendencia de los conflictos sociales desarrollados al interior del régimen democrático que toman lugar entre la llamada dicotomía ciudadanos y “no-ciudadanos”, expresándose en términos de inclusión y exclusión, todo lo cual ha dado lugar a la re edición de categorías tales como “el derecho a la ciudad” proyectadas en la formulación de diversas políticas públicas urbanas de contención¹¹. Así se ha dicho que esta “nueva” conflictividad social proyecta distintas formas de discriminación y que la ciudadanía democrática comporta la creación de nuevos derechos pero también presupone la expansión de los viejos derechos a nuevos estratos de la sociedad antes excluidos o discriminados, engendrándose una paradoja: el modelo democrático liberal ha reducido al mínimo del papel de control político que debe ejercer la ciudadanía creando, paradójicamente, sociedades caracterizadas por ciudadanos sin democracia¹².

9 Ampliar en: Abraham, Tomás, “La lechuza y el caracol. Contrarrelato político”, B.A, Ed. Sudamericana, 2012, entre varios otros trabajos. Ver antecedentes en la entrevista en Suplemento Cultural ADN-Diario La Nación del 1ro de junio de 2008.

¹⁰ Ampliar en la prolífica obra y numerosas entrevistas de Tomás Abraham, especialmente los trabajos citados.

¹¹ Me remito a lo dicho en: Damsky, Isaac, “Desde los derechos. Aproximaciones a un derecho administrativo de las personas y la sociedad civil”, B.A., Ed. RAP, 2019, Cap. VI “Ciudad y Derechos”, ps. 395-459.

¹² Cfr. Cisneros, Isidoro, “Norberto Bobbio. De la razón de Estado al gobierno democrático”, Ed. Instituto Electoral del Estado de Jalisco, México, 2015, ps. 276 y 277. Expresa el autor:

Todo lo dicho encuentra eco en el giro operado en el pensamiento de Zagrebelsky a partir de su obra de 2017, *Derechos a la fuerza*. Como explica en un muy sugestivo trabajo la Profesora Tecla Mazzarese, en abierto contraste con lo que siempre ha mantenido, el autor del derecho dúctil propone un análisis drásticamente crítico de los derechos fundamentales, no para identificar y detener los desafíos cada vez más complejos con los que se confrontan su tutela y su implementación, sino para cuestionar la razón de ser de su propia afirmación. Es decir, para insinuar la duda de qué puedan ser un instrumento adecuado para la protección de los más débiles. De allí el señalamiento de que la nuestra es la era de los “derechos violados” no apuntará a proponer caminos de búsqueda de técnicas de contrastación de la crisis de “la era de los derechos”, sino más bien la resignación a “la derrota de un ideal noble, frente a la dureza de las relaciones reales que se establecen entre los seres humanos”¹³.

Siguiendo a Ansuátegui Roig, la autora citada busca así especificar el alcance de la posición denunciante asumida por Zagrebelsky para advertir la necesidad de distinguir la retórica abusiva de los derechos del discurso de los derechos porque “no cualquier alusión a los derechos puede ser identificado con el discurso de los derechos”¹⁴. Precisamente porque una cosa es el “discurso que usa o abusa del

“En muchas sociedades democráticas o en vías de democratización se ha desarrollado una gran diferencia entre ciudadanos de primera que ejercen plenamente sus derechos y que participan activamente en la vida pública, así como en la renovación periódica del consenso, y ciudadanos de segunda, los cuales aún no logran hacer efectivos sus derechos y se encuentran discriminados, excluidos y marginados de la comunidad política y del espacio público”.

13 Cfr. Mazzarese, Tecla, “La justicia del derecho según el constitucionalismo (inter)nacional frente a una pregunta desorientadora”, en: *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N°51, 116-142, I.T.A.M.- Ciudad de México, Octubre de 2019. Explica la autora: “Así, quizás sintiéndose incomodo, Zagrebelsky sintetiza el sentido de su análisis, afirmando que los derechos como una retórica de los derechos los encontramos a menudo en la boca de aquellos que los usan como pantalla para cubrir su poder, imponiéndolos a los demás. [...] Peor aún: ¿cuántas violaciones de derechos (de los otros) ocurren en nombre de los derechos (propios)? Aquí está la cuestión: los derechos no como protección contra la injusticia, sino, por el contrario, como la legitimación de las injusticias”.

¹⁴ Agrega Tecla Mazzarese que “Este ataque de Zagrebelsky no solo es ampliamente compartido por Rímoli sino que también se enriquece, en su argumentación, por los *topoi* recurrentes en la “retórica de la antirretórica de los derechos fundamentales” como, por ejemplo, cuando, con una afirmación que recuerda el minimalismo de los derechos teorizado por Ignatieff se lee que lo que es de interés hoy en día es “un perfil muy concreto, aunque a menudo oculto por la retórica de los derechos fundamentales, a saber, el de la sostenibilidad efectiva de una extensión universalizante del paradigma de los derechos (y especialmente de los derechos sociales) en el marco de la complejidad sistémica de las sociedades avanzadas” (ver nota n° 5 de su trabajo citado y sus referencias a: Rimoli, Francesco, 2017: “Retorica dei diritti e retorica dei doveri: qualche considerazione “scomoda””. *Lo Stato*, vol. 5, núm. 9, pp.

argumento de los derechos” y otra muy distinta son los “discursos basados en las exigencias morales de los derechos”¹⁵.

La posición asumida por Zagrebelsky conecta con un debate de larga data en los Estados Unidos sobre la promesa, y peligros, de los discursos de derechos como una herramienta para la transformación social y política¹⁶.

La tesis sostiene el riesgo de que las especificaciones o reconocimientos de nuevos derechos encierren presumibles sobornos. En el muy difundido trabajo de Rosalind Dixon titulado “Los derechos constitucionales como sobornos”, extensamente tratado por Roberto Gargarella¹⁷, se señala que si bien la mayoría de las constituciones

71-95 e Ignatieff, Michael, 2001: *Human Rights as Politics and Idolatry*. Princeton, Princeton University Press.).

¹⁵ Ampliar en Mazzarese, Tecla, ob cit: “A partir de aquí, también, y no sólo como reacción a este aparente giro de Zagrebelsky y a su provocación de una evaluación drásticamente negativa de los derechos fundamentales y su inadecuada protección de los más débiles, la decisión de acoger, en estas páginas, la solicitación de “una jurisprudencia que relacione las pretensiones de los derechos con el problema de la justicia: problema que debe estar primero”. Es decir, la decisión de compartir esta admonición volviendo a examinar rasgos distintivos y dificultades específicas que hoy condicionan la conjugación de derecho y justicia dentro de las coordenadas, bien definidas incluso en su flexibilidad dinámica, de los principios del constitucionalismo (inter)nacional y, en particular, de su principio fundante de la tutela e implementación de los derechos fundamentales”.

¹⁶ Ver: Dixon, Rosalind, “Los derechos constitucionales como sobornos”, *Derecho & Sociedad*, ISSN 2079-3634, N° 51, 2018, págs. 233-263, 15/07/2018, p. 262, especialmente nota al pie n° 268: Gerarld N. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, 2da edición (Cambridge: Harvard University Press, 2008); Duncan Kennedy, “The Critique of Rights in Critical Legal Studies”, *Left Legalism/Left Critique*, 178 (2002); David Kennedy, “The International Human Rights Movement: Part of the Problem?”, *Harvard Human Rights Journal*, 15 (2002), Kimberlé Crenshaw, “Race, Reform, and Entrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law”, *Harvard Law Review*, 101 (1988), entre otros trabajos citados por la autora.

¹⁷ Ver la posición del destacado autor citado en, al menos, los siguientes trabajos desde: Gargarella, Roberto, “30 años de derechos humanos en la Argentina (1983-2013)” (*Revista SAAP*. Vol. 7, N° 2, Noviembre 2013, ps. 289-296), oportunidad en que dijo: “En definitiva — y contra la extendida idea que considera a los derechos como “cartas de triunfo”, con la potencia necesaria para vencer y ordenar las políticas mayoritarias— aquí los derechos fueron puestos al servicio de las decisiones políticas del momento: sólo en la medida en que existieron los recursos suficientes, el respeto de los derechos se fortaleció y el abanico de los derechos satisfechos tendió a expandirse (Dworkin, 1978). Lo dicho no niega, de todos modos, los significativos avances que pudieron hacerse en la materia (...) La vida de los derechos constitucionales, en este momento, sigue mostrándose demasiado pendiente de las urgencias de la política. No ha llegado a nuestra historia, todavía, el momento inverso, en que la política reconozca su límite en la prioridad de asegurar los derechos humanos más

alrededor del mundo contienen ahora una larga y generosa lista de derechos, verificando una postura relativamente optimista sobre esta tendencia de incremento de la protección de los derechos, que nos ha movido desde hace tiempo a celebrar la creciente conexión entre el derecho internacional de los derechos humanos y los derechos constitucionales, sin embargo cuestiona esta tendencia e invita a ser escépticos respecto al proceso de expansión de los derechos constitucionales. Señala que en algunos casos, el proceso de constitucionalización de derechos puede estar vinculado a formas más amplias de reforma constitucional estructural basadas en una expansión de mecanismos de ejercicio del poder que son en esencia antidemocráticos. Este proceso de expansión aparente y débil de derechos genéricamente trazados –bajo fórmulas tan genéricas que resultan casi programáticas- exhibe a contracara una expansión tangible, sólida –y por ende operativas per se- de los resortes del poder¹⁸.

Desde esta perspectiva la autora parte del ineludible aunque limitado reconocimiento de que la expansión de derechos constitucionales inevitablemente tiene alguna capacidad de crear un cambio social y político positivo y de que las garantías constitucionales crean nuevas maneras de entender y expresar reclamos por el reconocimiento y justicia por parte de grupos marginados y vulnerables en formas que pueden tener un importante impacto en el debate y en la práctica política¹⁹. Pero advierte que, sin embargo, ello también puede afectar la vigencia de los límites constitucionales existentes y un robustecimiento excesivo de los mecanismos de ejercicio del poder. En tal suerte, al debilitar los mecanismos de control institucional con ampliación de los resortes del poder se engendra el riesgo de operar graves retrocesos democráticos²⁰. Como claramente explica Gargarella, Dixon sostiene a través de ejemplos que gobiernos con una retórica de protección de derechos los han

básicos”. También, en tiempo reciente se destacan sus siguientes apariciones mediáticas: “Ampliar derechos para que en realidad nada cambie” (La Nación, 4 de Octubre de 2018), entrevista en La Repregunta. Hicimos crecer exponencialmente los derechos pero el poder sigue concentrado” (La Nación, 12 de septiembre de 2021).

¹⁸ Dixon, Rosalind, ob. cit., PS. 234-235. Afirma: “es bastante común que las constituciones contengan una suerte de acuerdo, mediante el cual los partícipes de la negociación constitucional aceptan apoyar tanto las reformas estructurales como las reformas basadas en derechos. En algunos casos, sin embargo, los acuerdos de este tipo tienen una característica considerablemente problemática –los derechos pueden servir como incitación o “soborno” para asegurar que los movimientos nacionales apoyen reformas constitucionales que erosionan compromisos de competencia democrática”.

¹⁹ Cfr. Dixon, Rosalind, “Los derechos constitucionales como sobornos”, Derecho & Sociedad, ISSN 2079-3634, N°. 51, 2018, págs. 233-263, 15/07/2018, p. 244.

²⁰ Cfr. Autora y Trabajo citado, p. 245.

“concedido” como prenda de cambio destinada a autorizar o “encubrir”, finalmente, el reforzamiento de los poderes presidenciales²¹.

Así, rematará en que estas prácticas afecta la calidad democrática a partir de señalar que las democracias fuertes y competitivas están generalmente asociadas a constituciones “fuertes” –que no necesariamente traducen expansiones declarativas de derechos- mientras que las democracias no competitivas se asocian a constituciones “débiles”, o a límites constituciones vinculantes débiles –en los que, sí, frecuentemente se verifican excesos en las declaraciones y reconocimientos de derechos presentados de forma genérica 22.

Acaso, reflejo de lo dicho es que verifiquemos que tal como sostiene Gargarella en el trabajo citado, en estos cuarenta años lo único que logramos es hacer “crecer exponencialmente la ideación utópica de los derechos, pero, sin embargo, el poder sigue concentrado”²³.

²¹ Ampliar en: Dixon, Rosalind, “Los derechos constitucionales como sobornos”, *Derecho & Sociedad*, ISSN 2079-3634, N°. 51, 2018, págs. 233-263, 15/07/2018, p.244. Advierte la autora que en casos puntuales las reformas constitucionales basadas en derechos de este tipo pueden tener un impacto adverso en la competitividad de una democracia porque si bien reconoce derechos y, al hacerlo genera la imagen de expansión de su campo de protecciones, en cambio, estos fenómenos usualmente van de la mano de un fortalecimiento de los resortes del poder que puede conllevar, incluso, un debilitamiento de los mecanismos de control operando la paradoja de reconocer derechos débiles, de contornos genéricos y difusas condiciones de operatividad a la par que expansión sólida y concreta de los resortes del poder con debilitamiento de los mecanismos institucionales de control. De allí que sostendrá que el peligro de tales reformas, sin embargo, es que dañan a “los compromisos estructurales de la democracia constitucional” operando un debilitamiento del sistema democrático que redundará en una merma sustantiva de la fortaleza y competitividad democrática.

22Ampliar en Autora y Trabajo citado, p. 244.

²³ Ver Gargarella, Roberto, entrevista en *La Nación*, 12 de septiembre de 2021. Ampliar en sus trabajos: “La sala de máquinas de la constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010), Buenos Aires, Kate Editores, 2014”; “Pensar la Democracia. Discutir sobre los derechos”, en *Nueva Sociedad* (267) (2017), pp. 102-113. En este punto es interesante citar el análisis del pensamiento de Gargarella realizado por Cruz Gutierrez: “Las amplias cartas de derechos de algunas constituciones de la región pueden explicarse por el afán social de consolidar este deseo de transformación. Por consolidar una fantasía constitucional “que aspira a definir, incluso, a producir, la realidad social, o por lo menos una realidad alternativa”. El enfoque en los derechos, que son el contenido de estas fantasías constitucionales, suele dejar de lado la consolidación de las condiciones para alcanzarlas. De esta forma, el encanto de creer que nombrar algo supone su transformación, anudado a la satisfacción de que lo que se nombra niega lo que existe, descuida algo fundamental en el acto constitucional: la distribución adecuada del poder público. En este punto, Roberto Gargarella recuerda que las condiciones para alcanzar las fantasías constitucionales no son ajenas a la misma constitución, sino que se encuentran en su “sala de máquinas”. Es decir, en

II.2.- RECUPERAR EL DIÁLOGO.-

Por intermedio del desarrollo de mecanismos efectivos de tutela de la expresión, la participación y el control amplio es necesario volver a intentar la centralidad de la persona, al ciudadano y a los efectores de la sociedad civil como actores centrales –y no solo destinatarios- de la gestión pública²⁴.

He insistido en que es necesario superar la dicotomía local entre intervención o abstención estatal que, por otra parte a la postre resulta falaz y superficial y que ha sido largamente sustituida en el contexto global por modelos y concepciones integradoras, plurales, multisectoriales y multinivel en las que los intereses públicos deben ser gestionados aunando esfuerzos públicos y privados desde una mirada

el diseño institucional que tiene el poder público. No es que las cartas de derechos sean en sí mismas un ardid de distracción frente a lo realmente importante, sino que las fantasías constitucionales precisan de un motor que les permita superar su etapa aspiracional, y el engranaje de este motor depende de cómo se distribuya el poder público. Una distribución desequilibrada transforma la fantasía en una odisea” (Cruz Gutierrez, David Fernando, “Fantasmas autoritarios y precisiones conceptuales: una reflexión en torno a los aportes de Roberto Gargarella al fortalecimiento del constitucionalismo democrático en América Latina”, *Dikaion*, vol. 30, núm. 1, pp. 160-191, 2021, Universidad de la Sabana).

²⁴ La necesidad de la centralidad de las personas es un anhelo recurrente largamente tematizado incluso por la totalidad de los autores aquí citados. De allí que en lo atinente a la crítica jurídica dentro de nuestro contexto sur-latino americano resulta de especial interés la referencia al pensamiento de Gargarella y los diálogos jurídicos que viene generando. Sobre este punto se recomienda ampliar en Jensen, Guillermo , “El derecho como conversación política. Notas críticas a propósito de El derecho como una conversación entre iguales de Roberto Gargarella”, BA, *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés* N° 12, Agosto-Diciembre 2021, p.5, en adelante. Explica el autor: “Para Gargarella, solemos acercarnos erróneamente al problema de la crisis de la representación política, fundamentalmente por el tipo de enfoque con el cual abordamos el tema. Nuestro autor vincula el surgimiento histórico de las instituciones representativas con los cambios en las sociedades actuales. El punto de partida histórico es claro: la crisis de la representación hunde sus raíces en el siglo XVIII, en el que se consolidó una lógica representativa que tendió a distanciar cada vez más a los electores de sus representantes. Así, la defensa de la libertad de los representantes para decidir sobre los asuntos públicos sin la necesidad de consultar a los electores (defendida por Burke) o los filtros institucionales de diseño constitucional madisoniano fueron consolidando una tendencia estructural que llega hasta nuestros días. Sin embargo, el panorama hoy es aun peor, debido a que la incapacidad de las instituciones representativas para reflejar a los distintos grupos, demandas e intereses es mucho más deficitaria que en la época del surgimiento del constitucionalismo. Existe una disonancia entre los veloces cambios sociales y las instituciones constitucionales que casi no se modificaron desde su origen, que termina por acrecentar la distancia entre expectativas ciudadanas y posibilidades institucionales”.

horizontal y ya no más desde el sesgo vertical y jerárquico clásico que, insisto, se encuentra superado en todas las latitudes más avanzadas²⁵.

Adelanto entonces en que todo abordaje actual de la intervención pública y sus fundamentos de legitimidad deben hacerse cargo de este renovado contexto crítico²⁶ y propiciar acciones concretas, de lege lata, desde las permisiones del ordenamiento administrativo vigente, para lograr concretar mecanismos procedimentales administrativos abiertos, participativos y dialógicos, inclusivos y vinculantes que aseguren la efectividad de la petición y la resolución²⁷. Y es que tal como sostiene Beltrán Gambier, no se desea poner en entredicho la mirada tradicional del derecho administrativo y sus valiosas construcciones sino colocar a las personas en un centro “efectivo” de gestión de los intereses públicos²⁸. Precisamente, por “la convicción de

²⁵ Me remito a lo dicho en Damsky, Isaac Augusto, “Desde los Derechos. Aproximaciones a un derecho administrativo de las personas y la sociedad civil”, BA, Ed Rap 2019, Cap. VI “Ciudad y Derechos”, ps. 395-495.

²⁶ Ampliar en: Jensen, Guillermo, “El derecho como conversación política. Notas críticas a propósito de El derecho como una conversación entre iguales de Roberto Gargarella”, BA, Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés N° 12, Agosto-Diciembre 2021, p.4. Expone el autor: “Para Gargarella, el problema con la democracia en nuestro tiempo se relaciona con las instituciones realmente existentes. La apatía cívica y el desencanto general con nuestras instituciones no se resuelven cambiando a los gobernantes, pues se relacionan con “aspectos estructurales, vinculados con el tipo de instituciones que tenemos”. Por esa razón, no alcanza con realizar cambios de nombres ni meros ajustes a los diseños institucionales hoy existentes. Gargarella también señala que los problemas del constitucionalismo no deben ser mezclados con los déficits de la democracia. En su opinión, el principal problema tiene que ver “[...] con el déficit democrático (el modo en que nuestras instituciones bloquean el poder de control y decisión ciudadanos) antes que con los problemas propios del sistema interno de controles (los *Checks and Balances*) de cada rama del gobierno sobre otro”. Ya en un trabajo previo, Gargarella resumió las causas del déficit de las instituciones contemporáneas. Este diagnóstico, que se desarrolla más *in extenso* en *El derecho como una conversación...*, busca ordenar y articular explicativamente las causas de la crisis de confianza ciudadana en las instituciones constitucionales”.

²⁷ Me remito a lo dicho en Damsky, Isaac Augusto, “Desde los Derechos. Aproximaciones a un derecho administrativo de las personas y la sociedad civil”, BA, Ed Rap 2019, Cap. III “Procedimiento Administrativo”, ps. 169-206, en mis trabajos: “La transformación del procedimiento administrativo”, “Fundamentos de participación ciudadana en el procedimiento administrativo”.

²⁸ Gambier, Beltrán, “Hacia una teoría pura de la legitimación: el poder reaccional de los ciudadanos: afectación o perjuicio, legitimación, interés público y principio de legalidad”, en V.V.A.A., Mizraji Guillermo y Vega Gerardo, Coordinadores, “Democracia Argentina, 40 Años”, B.A., Ed. DyD, 2023. Asimismo, ampliar en: autor citado, “Una revolución jurídica en marcha: la acción de amparo en defensa del principio de legalidad y del interés público. Un replanteo en torno a la legitimación de los ciudadanos y una reflexión sobre la noción de afectación y perjuicio”, en: V.V.A.A., “El control de la actividad estatal II”, Ed. Asociación de Docentes de la

que la sociedad civil no será fortalecida nunca por los políticos a los que en general no les interesa una ciudadanía fuerte y combativa. Así, técnicas centrales como la profundización de la legitimación procesal amplia, la efectividad y vinculatoriedad de los mecanismos de participación que pueden hoy ordinarse por el desarrollo tecnológico y la vía digital, junto con una mayor apertura de los espacios jurídicos del derecho a petionar y a la resolución fundada serán decisivos para recuperar la legitimidad perdida”²⁹.

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, (www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/). Resultan inspiradoras las palabras introductorias del autor, al decir: “Los ciudadanos no pueden limitarse a votar en la democracia de hoy, y los abogados no pueden limitarse a atender sus clientes si creen en el rol social de la Abogacía. El ciudadano no es consciente de su poder reaccional como protagonista del Estado de Derecho y del sistema democrático. No es un mero observador. Por otra parte, muchos abogados no son lo suficientemente activos en el ejercicio de su rol social que va más allá de la defensa de sus clientes. El abogado debe tener un mayor activismo cívico en lo se refiere al control de la administración y del gobierno” (op cit, p.123-124), remarcando en sus conclusiones: “Afirmo la existencia del derecho a la vigencia del principio de legalidad en las condiciones analizadas en este trabajo y promuevo la reformulación del concepto “afectación” cuando el ciudadano considera conculcado ese derecho. Desde la perspectiva que dejo expuesta, entonces, el particular que se enfrenta a la violación de un “interés público cualificado”, deja de ser el portador de un “interés simple” para transformarse en el titular de un “derecho subjetivo” cuya tutela podrá reclamar judicialmente por la vía del amparo en tanto se den las demás circunstancias habilitantes para su ejercicio. La relación de ese acto administrativo con la esfera vital del ciudadano pasa a ser personal y directa” (op cit, p. 142).

²⁹ Gambier, Beltrán, “Hacia una teoría pura de la legitimación: el poder reaccional de los ciudadanos: afectación o perjuicio, legitimación, interés público y principio de legalidad”, en V.V.A.A., “Mizraji Guillermo y Vega Gerardo, Coordinadores, “Democracia Argentina, 40 Años”, B.A., Ed. DyD, 2023. Ampliar también el trabajo del autor citado en nota anterior, al decir: “Pero el ciudadano no puede actuar en defensa del interés público sin un marco jurídico e institucional donde su actuación resulte facilitada. Es mucho lo que falta hacer en este sentido y creo que a los abogados, por su formación, les cabe desempeñar un rol social cuya definición aún no se ha producido (...) La doctrina administrativista no es conteste en aceptar las posturas que tienden a reconocer mayor legitimación a los ciudadanos (...) Hay cierta resistencia por parte de quienes creen que los tribunales pueden saturarse de causas y quienes, en la misma línea, sostienen que esta tendencia puede contribuir a complicar la tarea de administración y gobierno mediante el indiscriminado ejercicio de acciones de “dudoso” –para los que así piensan– sustento jurídico. (...) y en lo que se refiere al control judicial de la actividad administrativa, se tiende a excluir al ciudadano que no participa directamente en una relación jurídica concreta (...) Existe una tendencia a considerar que los supuestos que no encuadran en la concepción tradicional de la legitimación habilitante para promover una típica acción contencioso administrativa o un amparo nos colocan frente a una “acción popular”. Sin embargo, a partir de una reformulación de la noción de “afectado” puede avizorarse un nuevo espacio para la protección jurisdiccional de ciertas situaciones jurídicas sin que supongan la protección del llamado “interés simple”. (ps. 124, 125, 126, 127).

Si no se da voz a quienes se siguen silenciando, a no dudar que arremeterán violentamente para ser escuchados. No puede seguir instrumentándose a ciudadanos limitándolos al acto electoral³⁰.

Consciente o no, la sociedad civil es acreedora de una atención primaria y una institucionalidad básica que le es incomprensiblemente negada bajo los formulismos

³⁰ Excede en mucho enumerar el pensamiento actual de la legión de autores que abordan la necesidad de operar una mirada detenida a las cuestiones de sociedad, representación y participación sobre las que venimos ocupándonos en su proyección sobre las técnicas del derecho administrativo. En este estado sugiero ampliar en: Cisneros, Isidoro, "Norberto Bobbio. De la razón de Estado al gobierno democrático", Ed. Instituto Electoral del Estado de Jalisco, México, 2015, ps. 281-282, al decir: "Se requiere de un nuevo impulso ideal y ético de la política. Una sociedad despolitizada, pobre de orientaciones ideales, de sentimientos de solidaridad y de interés público, tarde o temprano, se convierte en el espacio ideal para las tentaciones autoritarias. Los medios prevalecen sobre los fines y la competencia política se convierte. No basta con establecer reglas y procedimientos en el juego democrático, es necesario que los jugadores persigan diferentes objetivos. Es sobre los contenidos y alcances de la democracia que las distintas fuerzas políticas se diferencian. Un sistema de reglas democrático, moderno y eficiente solo puede consolidarse a través de una radical y profunda "repolitización" de la sociedad, es decir, de la introducción de mecanismos que faciliten, amplíen y hagan realmente efectiva la participación y la representación ciudadanas lejos de las simulaciones cotidianas. En esto consiste acentuar los valores democráticos". También se recomienda ampliar en: Jensen, Guillermo, "El derecho como conversación política. Notas críticas a propósito de El derecho como una conversación entre iguales de Roberto Gargarella", BA, Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés N° 12, Agosto-Diciembre 2021, ps. 13 y 14. Expone: "Para no idealizar ni demonizar el pasado, quizás debamos aceptar que las democracias constitucionales contemporáneas son el resultado contingente de una fórmula químicamente inestable, producto del precario ensamblaje de elementos de la tradición liberal, republicana y democratista. La tensión entre representantes y representados, poder constituyente y poderes constituidos ha sido una marca de las democracias constitucionales desde su origen, que quizás debamos canalizar de nuevas maneras, pero no condenar a la obsolescencia. La forma democrática que conocemos y que hoy (como antes, pero por otras razones) se encuentra en peligro es la democracia liberal, caracterizada por la división de poderes, la competencia electoral y ciertos derechos individuales garantizados. No son regímenes all inclusive ni pueden permitirse cambiarlo todo sin correr el riesgo de quedarse sin nada. Su existencia como régimen político que articula ideales igualitarios con derechos individuales requiere que se compartan los principios y reglas básicos que lo constituyen en tanto régimen (entre ciudadanos, políticos, funcionarios, académicos). El camino que lleva del pluralismo y el disenso a consenso sobre aspectos centrales que regulen la vida en común es, quizás, un resultado contingente y precario, caracterizado por concesiones recíprocas y madurado con el tiempo, más que el producto de la aplicación de ideales algo abstractos como los propuestos por Gargarella. En palabras de Carlos Strasser, esa ha sido la "democracia posible" en la teoría y en la práctica" (El autor en su última cita refiere a: Carlos Strasser, La vida en la sociedad contemporánea. Una mirada política, B.A., Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 27).

de categorías largamente superadas aunque escudadas en su pervivencia constitucional³¹.

Y es que tal como se señala desde la perspectiva de los autores citados, el ideal pleno de la representación plena, murió y no se recupera más. El ciudadano, las personas y la sociedad civil, sí, es y son conscientes de su poder actual y también reaccional como actor central de las definiciones relativas a la intervención estatal y su legitimación para exigir ser escuchados. Ya no es más un mero observador³². La ciudadanía interpela hoy a la institucionalidad pública tradicional y al hacerlo pone en crisis a las técnicas de intervención estatal. Y es que como hace tiempo viene explicando la doctrina, se observa hoy un fenómeno que se va desarrollando poco a poco en muchos países: un nuevo y más activo rol de los ciudadanos en la vida pública que excede la actividad meramente partidaria y se centra en la demanda activa de actuación en los mecanismos de intervención administrativa concreta³³. Nuevas

³¹ Me remito a mi análisis realizado en: "Estudio preliminar: Del derecho del poder a un derecho de las personas", en Damsky, Isaac Augusto, "Desde los derechos. Aproximaciones a un derecho administrativo de las personas y la sociedad civil", B.A., Ed. RAP, 2019, ps. 17 a 47.

³² Ampliar en los trabajos citados de Gargarella, El derecho como una conversación entre iguales, p. 284. Esta tesis es el núcleo de un anterior y muy influyente trabajo de Gargarella titulado La Sala de Máquinas de la Constitución (Buenos Aires: Katz, 2014), entre muchas otras aportaciones del autor citado. Asimismo, en: Obed Frausto, "Tres tradiciones en la teoría de la legitimidad política", Barcelona, Ed. Tierra Ignota, 2021. Este último trabajo es de suma actualidad al posibilitar una interpretación de la actual fenomenología de hartazgo ciudadano que conduce a la generación de nuevas expresiones de populismo. Dirá, "el régimen neoliberal produce seres humanos económicos con un sentido de la vida orientado hacia el cálculo individual, que los lleva a un vacío afectivo. El neoliberalismo inevitablemente deviene en populismo, al producir desigualdad económica, al abandonar a los individuos a su suerte sin el apoyo institucional y al dejarlos sin certezas y esperanza hacia el futuro. Villacañas sugiere que es importante que el populismo sea articulado y concebido desde la perspectiva del republicanismo. Es necesario cuestionar y criticar la concepción de populismo como nacionalismo, totalitarismo tradicional, arcaico y bajo el liderazgo carismático" (ob cit, p. 14). Además, por la detallada explicitación de la complejidad de los fenómenos que inciden sobre la necesidad de re actualizar a las técnicas de representación. Así, el autor podrá sostener que "en la sociedad, existe una diversidad axiológica, es decir, una pluralidad de valores sociales que pueden o no contraponerse. Los valores suponen una expresión del mundo, y cada uno se refiere a un mundo distinto. Así, la verdad o la realidad es el resultado del diálogo y del conflicto de perspectivas. En este sentido, creo que el lenguaje es imperfecto, y que la traducción no necesariamente es el reflejo del significado de una perspectiva sobre otra, más bien en la traducción creativamente se generan nuevos significados" (ob cit, p. 195).

³³ Ampliar en Gambier, Beltrán, "Una revolución jurídica en marcha: la acción de amparo en defensa del principio de legalidad y del interés público. Un replanteo en torno a la legitimación de los ciudadanos y una reflexión sobre la noción de afectación y perjuicio" en:

formas de corporización de las necesidades colectivas que al mismo tiempo trastocan y actualizan a las tradicionales técnicas de intervención estatal y su legitimidad.

El contexto actual invita a reconsiderar la mecánica de configuración del interés público y en este orden como dijo largamente el Maestro Alejandro Nieto, citado por Gambier: "...lo más urgente es, por un lado, romper el monopolio interpretativo de lo que es interés público³⁴, en cuya definición deben participar de alguna manera los ciudadanos y, por otro lado, romper con la idea de que el interés público es independiente de los intereses individuales y colectivos: por así decirlo, el interés público (y los mecanismos montados para su realización) está al servicio de los ciudadanos y no a la inversa..."³⁵. Como destaca un importante constitucionalista

V.V.A.A., "El control de la actividad estatal II", Ed. Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, (www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/).

³⁴ Corresponde homenajear al querido Maestro Alejandro Nieto a través de la recreación de su pensamiento reflexivo y crítico trazado en su obra final. Por ello, sugiero ver: Nieto, Alejandro, "El mundo visto a los noventa años", Granada, Ed. Comares, 2022, especialmente en ps. 113 y sgtes, al decir: "El Estado no tiene voluntad propia como no la puede tener la Moncloa ni el Palacio de Oriente; la voluntad radica en los titulares de los órganos afincados en tales edificios. Como tampoco es cierto el apriorismo de que están a su servicio y velan por sus intereses. La experiencia enseña que esto puede ser así y también lo contrario, es decir, que los gobernantes pueden imponer sus intereses personales y servirse del Estado en su beneficio personal. Es irreal la ficción de que el capitán está al servicio de la nave; antes bien es más correcto afirmar que la nave (sin voluntad propia) está al servicio de quien la pilota, como éste trabaja al servicio del empresario. Los gestores del Estado, al ocultarse detrás de la personalidad de éste, evocan la conocida figura de quienes tiran la piedra y esconden la mano".

³⁵ Ampliar, en: Gambier, Beltrán, "Una revolución jurídica en marcha: la acción de amparo en defensa del principio de legalidad y del interés público. Un replanteo en torno a la legitimación de los ciudadanos y una reflexión sobre la noción de afectación y perjuicio", en: V.V.A.A., "El control de la actividad estatal II", Ed. Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, (www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/), ps. 123-142, especialmente p. 132, citando a Nieto, Alejandro, "La vocación del derecho administrativo en nuestro tiempo", Revista de la Administración Pública, Nº 76, enero-abril de 1975, p. 27.

Siguiendo a Nieto, se preguntaba Gambier: "Pero, ¿qué es el interés público? Es un concepto jurídico indeterminado. Para su efectiva determinación propongo ahora considerar que es el interés de todos los integrantes de una comunidad bajo la forma de Estado de que los gobernantes cumplan del modo más eficiente posible con los mandatos que reciben de la comunidad y dirijan, al legislar y administrar, sus mayores esfuerzos a la consecución del bien común y del bienestar de la población. A partir de este concepto podría decirse que como toda la actividad de la Administración conlleva, directa o indirectamente, la necesidad de satisfacer al interés público, ningún comportamiento administrativo deja de tener relación con él" (autor y trabajo citado, p. 132). Y agrega: "La existencia o no de ilegalidad o

argentino, resulta indudable que un componente central que explica las manifestaciones de enojo social que se vienen sucediendo en América Latina se deben a la carencia de vías institucionales que, sumadas al voto, permitan que la sociedad se exprese con mayores matices y efectividad³⁶. Más aún porque como enfatiza Alejandro Nieto, la informática ha potenciado esta tendencia participativa hasta extremos inimaginables. Sin más trabajo que pulsar unas teclas de su teléfono cualquier persona puede participar en cualquier acontecimiento introduciendo opiniones e imágenes que todos pueden ver³⁷. Largamente hemos dicho que el salto tecnológico es hoy la herramienta por excelencia que permite tornar tangible y efectiva a unos instrumentos participativos que no se encuentran exentos de los riesgos de la manipulación³⁸.

arbitrariedad manifiesta y la presencia o no de interesados personales y directos nos ayuda a apreciar cualitativamente el obrar administrativo. Es que el alto grado de visibilidad de los vicios del acto o del comportamiento administrativo coloca al ciudadano y al ordenamiento jurídico en una posición distinta a la que tendría si los vicios no fueran patentes. Por otra parte, la inexistencia de interesados directos deriva en una particular situación donde el principio de legalidad puede quedar, si no se establece un remedio, como una “mera admonición moral”. Rematará, entonces, Beltran Gambier: “Sentado lo anterior, puede afirmarse que cuando la actividad administrativa sea relevante y cuando exista un acto u omisión manifiestamente ilegal o arbitraria, el interés público es susceptible de ser cualificado. En cuanto a la inexistencia de interesados personales y directos, estimo que esta circunstancia opera como un plus para la cualificación del interés público” (autor y obra citados, ps. 133-134).

³⁶ Ver el pensamiento y obra de Roberto Gargarella, especialmente los trabajos supra citados. En esta línea se inscribe el trabajo citado de Rosalind Dixon. Agrega: “Cuando los derechos sirven para sobornos de este tipo, tienen también efectos distributivos ambiguos; mientras que las reformas puramente basadas en derechos pueden ayudar al avance de ciertas metas e ideales sustanciales, los derechos-como-sobornos a menudo tenderán a tener un efecto limitado. Los intercambios de derechos de este tipo dan a los líderes pocos incentivos políticos para honrar estos compromisos, y les dan una serie de poderes sobre el nombramiento y composición de las instituciones independientes a cargo de interpretar y asegurar estas garantías. Además, acuerdos de este tipo pueden preparar el camino para adelantar procesos antidemocráticos de reforma, con lo que incluso aquellas reformas que generan una reducción inicialmente modesta en la competencia democrática o en la rendición de cuentas, pueden a veces llevar a formas más complejas de retrocesos democráticos” (autora y trabajo citado, p. 235).

³⁷ Cfr. Nieto, Alejandro, “El mundo visto a los noventa años”. Barcelona, Ed. Comares, 2022, p. 178.

³⁸ Acota Alejandro Nieto, ob cit, p. 178, en éstos términos: “Es sorprendente esta superposición de tendencias aparentemente contrapuestas de integrarse en una masa y de conservar el afán participativo; de insistir en la participación aceptando la disciplina y aún la manipulación. Tal parece ser una característica natural del significativamente denominado individuo-masa. Las tendencias contrarias de integrarse en una masa y conservar la

Un intento de abordar esta nueva realidad lo constituyó el postulado del derecho a la buena administración, tema que desde hace casi dos décadas viene progresivamente acaparando la atención de la platea jurídica mayoritaria de América Latina y cuya denominación entiendo posible sustituirla por el de anhelo de Buena Administración. Digo así porque propone en realidad una aspiración, una definición de objetivos del espacio público bajo un enfoque propositivo y holístico, una renovada finalidad de la cosa pública, una declaración de principios, un reordenamiento de contenidos, pero aún no logra ser percibido con suficiencia y claridad como un derecho³⁹. Sobre éstos aspectos trataré a seguir.

III. APROXIMACIONES DE CONTEXTO SOBRE LA DOCTRINA DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN.

El extendido consenso progresivamente desarrollado⁴⁰ confluye en sostenerlo como una novedad, un principio, un deber jurídico y un derecho integrador de las personas,

personalidad a través de una participación activa individual se fusionan en esta figura en la que la masa se las arregla para conformar a su medida al individuo pero dejándole hipócritamente su sensación de singularidad y el individuo acepta integrarse en una masa o multitud, pero reservándose la posibilidad de participar en sus actuaciones”.

³⁹ Buen ejemplo del fenómeno descripto lo encontramos presentado en la vasta obra de Jaime Rodríguez Arana-Muñoz, largamente publicada y difundida en el espectro jurídico de toda América Latina, al igual que en la prolífica producción de todos sus discípulos y autores adherentes. A modo meramente indicativo podemos citar sus trabajos titulados: “El derecho fundamental a la buena administración en la constitución española y en la unión europea” (Texto de la conferencia impartida por el autor, el 6 de noviembre de 2009 en Buenos Aires, en el Congreso Internacional de Abogacía pública organizado por la Escuela de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación de la República Argentina), Revista Gallega de Administración Pública N° 40, Julio-Diciembre 2010; “El derecho a la buena administración” (op. cit., Revista Deliberación n° 2, ps. 13 y sgtes.) y “La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa” (en Revista Misión Jurídica n° 6, Bogotá, 2013, ps. 23 y sgtes.) que el mismo ha calificado como un “artículo de reflexión acerca del impacto que está produciendo en el sistema del Derecho Administrativo la centralidad de la dignidad del ser humano y, sobre todo, la buena administración entendida como principio jurídico y como derecho fundamental de la persona”.

⁴⁰ Ampliar en: Cassese, Sabino, “Il diritto alla buona amministrazione”, Revista Europea de Derecho Público, Vol. 21, N° 3, 2009, págs. 1037-1047. Ilustrativo del interés que -desde el inicio mismo del siglo XXI- viene concitando la buena administración en la inmensa legión de juristas europeos se evidencia en el breve relevamiento que Sabino Cassese efectuó en la nota tercera del trabajo citado por cuya utilidad corresponde reproducir: “Sul principio di buona amministrazione in generale, S. Ricci, La “buona amministrazione”: ordinamento comunitario e ordinamento nazionale, Torino, Giappichelli, 2005; V. Rapelli, Il diritto ad una buona amministrazione comunitaria, Torino, Giappichelli, 2004; J. Wakefield (ed.), The right to good administration, Kluwer Law International, 2007; Lord Millett, The right to good administration in European law, in “Public Law”, 2002, pp. 309-322; D.-U. Galetta, Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei

los efectores de la sociedad civil, el sector privado y público, lo nacional, lo internacional y lo global⁴¹. Se parte de la premisa de que la atención de las necesidades colectivas, la buena gobernanza y la realización de las aspiraciones humanas es tarea de todos y que, consecuentemente, sin el compromiso de todos, el progreso, la realización del buen vivir, el bien común o las necesidades humanas, no son posibles⁴².

Principia por el reconocimiento del derecho de todos a la gestión eficiente pero, al mismo tiempo, del compromiso y el deber que todos los sectores adeudan para su realización. Implica, ciertamente, un sinceramiento. Entender que ya no es más posible descargar en un estamento gubernamental la total responsabilidad por la realización de lo que nos compete a todos y a cada uno. Postula superar los personalismos del poder y, en cambio, propone concientizar y comprometer a todos en el trabajo cotidiano de la redención humana diaria y concreta. Contiene implícita la idea de derecho y deber.

Conlleva ciertamente la propuesta inherente de construcción de un nuevo republicanismo humano, más allá de los estados, las fronteras y las divisiones políticas

confronti della pubblica amministrazione, in "Rivista italiana di diritto pubblico comunitario", 2005, pp. 819-857; D. Sorace, La buona amministrazione, in M. Ruotolo (a cura di), La Costituzione ha 60 anni: la qualità della vita sessant'anni dopo, Atti del Convegno di Ascoli Piceno, 14-15 marzo 2008, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, pp. 119-135; F. Trimarchi Banfi, Il diritto ad una buona amministrazione, in M. P. Chiti – G. Greco (a cura di), Trattato di diritto amministrativo europeo, Milano, Giuffrè, 2007, I, pp. 49-86; E. Chiti, Il principio di buona amministrazione, in E. Chiti, C. Franchini, M. Gnes, M. Savino, M. Veronelli, Diritto amministrativo europeo – Casi e materiali, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 39-40; D. U. Galetta, Trasparenza e governance amministrativa nel diritto europeo, in "Rivista Italiana di diritto pubblico comunitario", 2006, pp. 274-276; F. Nicoletti, Il principio di "buona amministrazione" nell'Unione europea tra garanzia ed efficienza, in "Il diritto dell'economia", n. 4, 2006, pp. 776-800; F. Santini, Diritto ad una buona amministrazione: la prima applicazione della Carta dei diritti 10 fondamentali dell'Unione europea, commento a sentenza del Tribunale di primo grado CE, Max.mobil TeleKommunikation Service, in "Giur. It.", 2002, pp. 1792-1794; A. Serio, Il principio di buona amministrazione nella giurisprudenza comunitaria, in "Rivista italiana di diritto pubblico comunitario", 2008, pp. 237-301; A. Zito, Il "diritto ad una buona amministrazione" nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno, in "Rivista italiana di diritto pubblico comunitario", 2002, pp. 425-444".

41 Ver: Cassese, Sabino, "Il diritto alla buona amministrazione", Revista Europea de Derecho Público, Vol. 21, N° 3, 2009, págs. 1037-1047.

42 Ampliar en: Matilla Correa, Andry, "La buena administración como noción jurídico administrativa", Madrid, Dykinson, 2020, obra en la cual se desarrolla un relevamiento y sistematización de la gestión y evolución de esta temática que ha captado la atención de la principal platea jurídico administrativa de América Latina.

pero con la convicción que los grandes problemas de la humanidad y sus logros solo serán asequibles mediante el esfuerzo mancomunado. Horizontal. O al menos mediante la atenuación de los verticalismos.

Se trata de una proposición universal largamente calificada como “nueva” porque acaso, silenciosamente, procura marcar de hecho una línea divisoria respecto a la anterior teorización del “estado subsidiario”, encarnado en el ideario del “estado mínimo”, en boga en las décadas de 1980 y 1990, que sirvió de justificación a la implantación extendida y en bloque de las políticas públicas privatizadoras con su anclaje al patrón dólar y su sometimiento a las -por entonces, incipientes- racionalidades del “international bussiness transactions law”⁴³ afincadas en la sistemática convencional-arbitral de las inversiones extranjeras -que comenzaban, también por entonces, a integrarse al derecho de la contratación pública⁴⁴.

Ínsitamente conectada a esa inspiración, el anterior modelo fundante de los movimientos de reforma del estado o reforma de la administración pública -desarrollado a partir de la interpretación de contexto del siempre vigente principio de subsidiariedad-postularía nuevas ratios de organización administrativa fundados en los llamados principios básicos de la Nueva Gestión Pública o New Public Management⁴⁵. Pivoteaban en torno al -por ese entonces, nuevo- principio de eficiencia que se erigía en la unidad de medida de esta nueva gestión pública. En aquel modelo se propiciaba que las reformas administrativas racionalizaran y

43 A modo indicativo, entre la copiosa bibliografía existente, ver: “International Business Transactions. Problems, cases and materials (Aspen Casebook, 5th Edition)”, Chow, Daniel y Schoenbaum, Thomas, Aspen, Ed. Opco, 2022.

44 Ampliar en: Tawil, Guido Santiago, “Los tratados de protección y promoción recíproca de inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional”, LL 2000-D, 1106, Doctrinas esenciales, Tomo III, 01/01/2008, 893. Zuleta Jaramillo, Eduardo y Tawil Guido Santiago, “El arbitraje comercial internacional: estudio de la convención de Nueva York”, BA, Abeledo Perrot, 2022.

45 Ver: Promberger, Kurt y Rauskala, Iris, “New Public Management – An Introduction from the UK Perspective”, Innsbruck, Wissenschaftliche Einrichtungen. Zentrum für Verwaltungsmanagement an der Uni Innsbruck, 2002. Desde la propia introducción del trabajo se principia con el siguiente reconocimiento: “La expresión new public management (nueva gestión pública) se ha desarrollado como una descripción resumida de una forma de reorganizar los organismos del sector público para acercar sus enfoques de gestión, informes y rendición de cuentas a las técnicas de la gestión privada de los negocios. Como doctrina, el new public management reconoce como punto de partida las insuficiencias del desempeño del sector público a lo largo del tiempo y ubica el problema en la naturaleza y los procesos de la actividad y la administración pública del sector público. Burocracias centralizadas, despilfarro e ineficiencia en el uso de recursos y mecanismos inadecuados de rendición de cuentas son todos problemas que la nueva gestión pública intentó abordar”.

reorganizaran al aparato estatal bajo principios tales como: eficiencia y eficacia de gestión, estándares de desempeño, controles de resultados y descentralización, principalmente.

Se proponía implementar un modelo bajo ratios de competitividad y desregulación, una verdadera –aunque silenciosa- privatización de los clásicos principios y reglas de organización administrativa con supuesto achicamiento de un aparato estatal que, contrariamente, terminó en realidad creciendo elefantiásicamente. Máxime, porque la desafortunada implementación de las técnicas de descentralización desembocó en una inacabada espiral de crecimiento centrípeto y retroalimentado de entes descentralizados que actualmente continúan en expansión.

Y si en materia de control público propiciaban la instauración de “ambientes o entornos de control” a partir de los cuales simplificar la organización de contralor y posibilitar un eficaz desempeño de los nuevos modelos de “auditoría gubernamental”, desafortunadamente, desembocaron en una superproducción de cargos y estructuras relativos al control de gestión, las auditorías internas y externas, los enlaces y oficinas anticorrupción, junto a una considerable cantidad de estructuras gubernamentales superpuestas y sobredimensionadas.

Paradójicamente, ese verdadero culto a las virtudes del sector privado y financiero y a la necesidad de un estado mínimo, ese fragor por el achicamiento estatal al son eufórico de la modernización y cambio cultural de lo público a partir de la entronización de ponderadas ratios de eficiencia de la empresa privada y las corporaciones transnacionales, esa efervescencia por la reforma del estado y optimización de sus vetustos procesos, todo ello se hizo trizas a través de las distintas crisis financieras gravísimas que –de diversa manera, forma y tiempo- azotaron nuestro continente desde 2001 en adelante y cristalizaron en la consabida crisis financiera internacional de 2007-2008. Acaso la crisis más grave sufrida desde la gran depresión de 1929. Crisis que, como es sabido, fue causada por la asunción de riesgos excesivos por parte de las instituciones financieras líderes estadounidenses y que golpeó muy duramente sobre los mercados mundiales⁴⁶.

⁴⁶ Ampliar en: Bauman, Zygmunt, ¿La riqueza de unos pocos nos beneficia a todos?, B.A., Paidós, 2014, ps. 60, 61 y 62, cuando con claridad prospectiva siguiendo a Stewart Lansey describía la causa del apuntado fenómeno en términos aplicables a nuestra realidad de contexto nacional, diciendo: “las ganancias exorbitantes de los que ya son ricos, en vez de reinvertirse en la economía real se utilizaron para reintroducir grandes cantidades de dinero dentro del círculo mágico de los muy ricos. En palabras de Stewart Lansey: La teoría económica moderna predice que los mercados puros funcionan de una forma que beneficia al conjunto de la economía. Pero fueron los incentivos perversos los que llevaron a los bancos a inyectar cantidades descontroladas de crédito en la economía global. Con ello se enriqueció

No es ocioso decir que se operó un parteaguas, acaso, irreversible. Una deslegitimación de aquel anterior marco conceptual. Una abrupta pérdida de credibilidad de un sector privado que ahora debía ser rescatado de urgencia por las formas públicas clásicas. Cayó un telón. Sin embargo, la complejidad propia de la historia humana arrojada en la opacidad de sus manifestaciones determinó la pervivencia de los atributos fragmentarios desregulatorios y restrictivos de los derechos que el anterior modelo logró instaurar en los parciales procesos de reforma administrativa y normativa que alcanzó a establecer⁴⁷.

Se necesitaba por entonces de una nueva cosmovisión inspiradora dentro de la cuál intentar cobijar por igual tanto a las viejas formas clásicas de la organización administrativa propias de la concepción tradicional del estado sobrevivientes a la recientemente estallada burbuja del estado mínimo pero que al mismo tiempo lograra contener y justificar a sus apuntadas reformas y nuevas técnicas de actuación que a esa altura –y a pesar del estallido de la burbuja- se encontraban en progresiva consolidación.

La buena administración será, entonces, esa declaración universal que, a modo de credo unificador y uniformador, se destinará a postular contener, reordenar y relanzar en toda su dimensión jurídica al universo del quehacer público⁴⁸. La buena

una generación de financieros, pero sólo gracias a la expansión de un tipo de actividad que ahogó la economía real. El dinero fluyó hacia las fusiones, los fondos de capital, las propiedades y una diversidad de formas de actividad especulativa y de ingeniería industrial y financiera que produjo una acumulación de fortunas más por la transferencia de lo ya existente que por la creación de nueva riqueza, negocios y empleos. De todo ello solo se puede extraer una conclusión: la desregulación y desmutualización (de las instituciones financieras y crediticias) resultó ser otra maniobra para los que estaban a la cabeza de la industria financiera”.

⁴⁷ Ver: Bovero, Michelangelo, “Derechos débiles, democracias frágiles. Sobre el espíritu de nuestro tiempo”, Serie: Conferencias Magistrales N° 24, México, Instituto Nacional Electoral, 2020, p. 35. Señala el autor: “Es obvio que la mercadocracia totalitaria no puede tolerar que ciertos derechos sean sustraídos al mercado. Desde que comenzó a ejercer una influencia determinante sobre los gobiernos más poderosos del mundo –el primer gobierno de Thatcher en 1979 y el primer mandato de Reagan en 1981– la ideología neoliberal se ha puesto como objetivo estratégico abolir los límites que vinculan el comportamiento económico capitalista, y en Europa, cancelar la garantía de los derechos sociales de la agenda política”.

⁴⁸ Propone Rodríguez Arana: “ los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario ayudan sobremanera a comprender en su sentido pleno y alcance y funcionalidad del Derecho Administrativo en este momento (...).Ahora, por mor de su inserción en el Estado social y democrático de derecho, los ciudadanos, cada vez más conscientes de su posición estelar en el sistema político, se convierten en actores principales de la definición y evaluación de las diferentes políticas públicas. El interés general ya no es

administración –como idea- buscará instaurar un nuevo fundamento de legitimidad del derecho público y de la disposición de los poderes en la arena pública en su doble clave global, nacional y local.

El marco conceptual de la buena administración irrumpirá para proponer reordenar los contenidos tradicionalmente abarcados por el derecho administrativo pero en su dimensión global a partir de la consolidación de la fenomenología de la internacionalización de los ordenamientos –sobre la cual largamente hemos venido tratando en doctrina durante las últimas décadas- en su apertura a formas no clásicas –o hasta ahora ajenas a las consabidas técnicas de actuación pública- como el soft law y las redes para estatales y transnacionales de intercambio y disposición de los poderes formales y reales en la arena pública.

La buena administración trazará, así, la división. Consecuentemente, supera aquella visión sistémica interna de la organización administrativa y cerrada sobre el efector estatal e innova respecto de los primeros ensayos de técnicas aperturistas que progresivamente fueron tomando espacios desde finales de los noventa – como la carta compromiso con el ciudadano- y los tempranos años del milenio –desde las primeras prácticas de gobierno electrónico, en adelante. Las incorpora, integra y proyecta dentro de este *unicismo* conceptual afincado en la centralidad de las personas⁴⁹.

un concepto que define unilateralmente la Administración sino que ahora (...) debe determinarse (...) a través de una acción articulada entre los poderes públicos y los agentes sociales.(...) Ahora, como consecuencia de la proyección de la directriz participación, médula de la estructuración democrática del Estado, el interés general ha de abrirse a la pluralidad de manera que el espacio público pueda ser administrado y gestionado teniendo presente la multiforme y variada concepción de la realidad, ajena y refractaria a cualquier atisbo de unilateralidad o forma de pensamiento único (obra y autor citado, ps. 13-15)

⁴⁹ En palabras de Rodríguez Arana: “El Derecho Administrativo del Estado social y democrático de Derecho es el Derecho del poder público para la libertad solidaria de los ciudadanos (...).Atrás quedaron, afortunadamente, consideraciones y exposiciones basadas en la idea de la autoridad o el poder como esquemas unitarios desde los que plantear el sentido y la funcionalidad del Derecho Administrativo. En efecto, en este tiempo en que nos ha tocado vivir, toda la construcción ideológico-intelectual montada a partir del privilegio o de la prerrogativa como principio y fin de la actuación de los poderes públicos, va siendo superada por una concepción más abierta y dinámica, más humana también desde la que el Derecho Administrativo adquiere un compromiso especial con la mejora de las condiciones de vida de la población (...)El lugar que antaño ocupó el concepto de potestad o el de privilegio o prerrogativa, considerados como punto de partida y también de llegada, ahora lo ocupa, por derecho propio, la persona” (Autor citado, “El ciudadano y el poder público. El principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración”, Madrid, Ed. Reus, 2012).

De allí que tal como se viene muy largamente proponiendo el derecho a la participación de las personas y la sociedad civil –entendido también como un principio jurídico de la nueva disposición de los poderes en la arena pública- resulte un componente ínsito, toral, de este nuevo derecho a la buena administración que a su vez permite la visualización de su valor fundante –la dignidad de la persona humana- también como un derecho fundamental. Este renovado intento de revalorización humanista conectará también con la importancia de permitir a los derechos de participación ciudadana y pública de las personas ocupar una centralidad proponiendo una nueva disposición y jerarquización de los valores (i) dignidad de la persona, (ii) participación y (iii) buena administración, ahora convertidos en proposiciones de carácter complejo⁵⁰.

Ello también supone el ideal de que el valor y el derecho a la buena administración debiera ostentar un tinte dialógico. Es decir, el método debiera reconocer en mayor intensidad al diálogo horizontal y en menor grado la prerrogativa vertical unidireccional. Dialógica y no confrontativa, menos aún adversarial. En mi opinión, debiera verse a la buena administración como una aspiración universal, como un nuevo intento de reedición contemporánea y de contexto, para éste nuestro tiempo, de valores públicos fundantes de los grandes principios en base a los cuales se erigió nuestra triplemente milenaria civilización occidental.

Apetencia eternal, es un valor compartido que la buena administración luce como un anhelo de *sindéresis* pública, debiera conectar con los principales hitos de construcción del derecho público y se la aprecia como tributaria del recorrido evolutivo de formulaciones torales como el principio de legalidad de la administración pública, el bien común y la dignidad de la persona⁵¹ -como fundante del *standard* trato equitativo y digno-, cuyas raíces y primeras manifestaciones se remontan a la antigüedad misma y mucho antes de la obra de los grandes teóricos del estado moderno⁵².

⁵⁰ Me remito in extenso a lo dicho en: “Fundamentos de participación ciudadana para el procedimiento administrativo”, en Damsky, Isaac Augusto, “Desde los derechos. Aproximaciones a un derecho administrativo de las personas y la sociedad civil”, B.A., Ed. RAP, 2019, ps. 189, en adelante

⁵¹ Ampliar en: Barra, Rodolfo Carlos, “Capitalismo de rostro humano”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Rap, 2022, especialmente en su Capítulo XIII, “Bien Común, ordenamiento jurídico y la virtud de la justicia general”.

⁵² Es posible encontrar los trazos de una formulación histórica del principio de legalidad y de los valores de la buena administración en el código de leyes judías que, como sabemos, se extraen de las distintas porciones de la Torá. Así, en la porción denominada “Shoftim” o Libro de los Jueces –expresión multívoca destinada a designar a los líderes gobernantes o administradores dentro de las tribus de Israel- contenido en el Deuteronomio -o “Devarim”,

IV. EL ENTORNO TECNOLÓGICO DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN.

El derecho a la buena administración es fruto de su tiempo. Se inscribe dentro de una corriente totalizadora o generalizadora de derechos que guarda estrecha afinidad con los desarrollos universalizadores de las nuevas técnicas y saberes “*tecnológico – centristas*” o “*tecno-centristas*” o “*digito-centristas*” que bien puede dar lugar a pensar en una reedición o un nuevo enciclopedismo. La buena administración se inscribe –o es tributaria de– el enciclopedismo digital.

Guarda notables simetrías de arquitecturas y contenidos con otras proposiciones *unicistas* recientes como el de las *ciudades inteligentes*, o *la ciudad de los quince minutos*, o el nuevo *derecho a la ciudad*, la *desburocratización y simplificación administrativa*, el *gobierno abierto* y las perspectivas que nos ofrecen –de cara al futuro inminente– la *inteligencia artificial*, el *derecho digital*, el *blockchain*, los mercados digitales y las nuevas finanzas digitales –con la revolución de las *criptomonedas* y todo el nuevo universo que de allí se desarrolla, inscripto todo ello dentro del inminente –así anunciado por muchas voces resonantes de éste tiempo– *metaverso*. La lista es interminable e igualmente ilustrativa del proceso inverso al acontecido durante los años noventa.

se infiere la preminencia del valor justicia en general, de la ley –Halajá– en particular y de la conformación de un sistema judicial y administrativo adecuado por sobre la obligación estatuida por la misma ley judía a su pueblo de designar un gobernante –rey– y también la ley ordenaba designar funcionarios encargados de administrar la organización de la ciudad. Los Shoterim. Acaso una raíz de lo que hoy conocemos como la policía administrativa y el poder de policía. Pero, principalmente, la estructura de esta porción permite inferir que el valor justicia precede a la organización del gobierno. La ley es antes que el Gobernante quien se encuentra sometido a ella: el gobernante tenía que actuar de acuerdo a las normativas de la Torá. Los poderes del Gobernante se encuentran sometidos a restricciones impuestas por la ley que manda a elegirlo y que lo regula. Se traza el consecuente mandamiento de la ley judía de designar un gobernante, el subsecuente mandamiento legal de someter al gobernante a la ley y se sientan las directrices fundamentales para su buen desempeño en una suerte de decálogo fundante de lo que hoy conocemos como ética pública⁵². En manera similar, en la porción denominada “Mishpatim” o “de las leyes y reglamentos” contenida en el Éxodo –o Shemot, se encuentran trazadas las primeras normas de lo que hoy se conoce como el trato equitativo y digno como tributario de la dignidad de la persona humana. Ciertamente, entre numerosas otras previsiones positivas de la ley religiosa judía o Halajá que se extraen de los cinco libros sagrados y que conformaban –ya desde su tiempo– un plexo de derecho positivo organizador de la comunidad y de la vida dentro de la comunidad. (Ver: Maimónides, “Mishné Torá”, T. 14 – “SeferShoftim” (El Libro de los Jueces) y “SeferMishpatim” (El Libro de los Juicios), T. 13, Ed. Moaj, BA, 2015; “Torat-Emet- La Torá con las lecturas complementarias de los Profetas”, ps. 510 en adelante, Ed. Keter Torá, B.A. 2018; Kugel, James, “Persiguiendo lo difícil de atrapar” y “Reyes, piénsenlo dos veces!”, en <https://www.jameskugel.com/weekly-torah-reading-shofetim>).

Más de veinticinco años atrás asistíamos extasiados a aquel proceso que Norberto Bobbio denominó de “especificación de los derechos fundamentales”. Nuestros constitucionalismos y ordenamientos particulares de entonces resultaban pródigos en especificar y hacer surgir cartas específicas de derechos, catálogos y hasta códigos, que propendían inscribirse dentro de los sistemas y subsistemas de entonces⁵³.

A modo de arquetípico ejemplo coincidimos en decir que en ese entonces se afianzaron los derechos de los usuarios y consumidores. Brasil dictó el código del consumo en 1990 y mi país, tiempo después, en 1994 especificó un catálogo preliminar de derechos en su reformado artículo 42 constitucional dentro del – también nuevo- capítulo constitucional de “nuevos derechos y garantías”. Esos años de revolución especificadora de derechos dio lugar también al afianzamiento de numerosas especialidades jurídicas. La sustantividad de numerosos saberes –que hoy son verdaderas ramas del derecho- se afianzaron en ese entonces. Nuevamente, el Derecho de los Consumidores o Derecho del Consumo sirve de claro ejemplo por su afianzamiento durante los noventa. Situación similar experimentaron numerosos saberes, hoy indiscutidos, como el Derecho del Medioambiente. O incluso el Derecho Informático que, hoy, luce como una suerte de marco teórico antecedente y fundante de la génesis de la actual fenomenología del poder digital.

Si entonces la tendencia era a especificar derechos puntales derivados de formulaciones generales, hoy, el proceso pareciera ser inverso al conglobar numerosas concepciones antes especificadas, ahora, dentro de un nuevo denominador común que las contiene⁵⁴.

⁵³ Me remito in extenso a: Díaz, Miguel Román, “Los Derechos Humanos en el pensamiento de Norberto Bobbio” (tesis doctoral dirigida por Francisco Javier Anzuátegui Roig), Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, mayo 2015.

⁵⁴ Ver: Cisneros, Isidoro, “Norberto Bobbio. De la razón del Estado al gobierno democrático”, Ed. Instituto Electoral del Estado de Jalisco, México, 2015. Señala: “Se requiere de un nuevo impulso ideal y ético de la política. Una sociedad despolitizada, pobre de orientaciones ideales, de sentimientos de solidaridad y de interés público, tarde o temprano, se convierte en el espacio ideal para las tentaciones autoritarias. Los medios prevalecen sobre los fines y la competencia política se convierte en un ritual destinado solamente a la sobrevivencia de los sistemas partidocráticos. No basta con establecer reglas y procedimientos en el juego democrático, es necesario que los jugadores persigan diferentes objetivos. Es sobre los contenidos y alcances de la democracia que las distintas fuerzas políticas se diferencian. Un sistema de reglas democrático, moderno y eficiente solo puede consolidarse a través de una radical y profunda “repolitización” de la sociedad, es decir, de la introducción de mecanismos que faciliten, amplíen y hagan realmente efectiva la participación y la representación ciudadanas lejos de las simulaciones cotidianas. En esto consiste acentuar los valores democráticos”.

Tal es el caso de esta categoría que nos ocupa sobre buena administración en el que se contienen numerosas formulaciones otrora especificadas. Esta tendencia inversa, esta corriente universalizadora implica un paso adelante en el cambio de era que se avistaba veinte años atrás. Intenta dar cuenta de un cambio en la forma de concebir las finalidades del derecho. Una proposición de cambio también en la forma de pensar el derecho. Ensayo nuevas formulaciones de una realidad existente e intenta proposiciones para operarlo. Se encuentra profundamente atravesado por la digitalización y uniformado por y a través de la tecnología. Ha comenzado a ser cada vez más multipolar y difuso en la manifestación del poder y, ciertamente, cada vez menos bipolar⁵⁵.

Consecuentemente, resulta tributario de un intento propositivo sobre la nueva disposición de la ciudadanía y de las personas generándoles nuevas centralidades o nuevas formas de centralidad. Y es que la era digital al permitir y alentar la desterritorialización plena posibilita romper, prescindir y sustituir tanto los antiguos criterios clásicos de representación y ciudadanía, cuanto el orden de disposición de los poderes y su enraizamiento en los criterios de soberanía y territorio en punto a su definición de jurisdicción y competencia.

La tecnología hoy permite compulsar al instante la voluntad de la ciudadanía “cyber-organizada” y así derribar aquel broccardo decimonónico que postulaba que el pueblo no deliberaba ni gobernaba sino por medio de sus representantes. Ya no se

⁵⁵ Ampliar en: Rodríguez Arana Muñoz, Jaime, “El ciudadano y el poder público. El principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración”, Madrid, Ed. Reus, 2012, destacándose el siguiente pasaje del prólogo a cargo del Catedrático Raúl Canosa Usera (ps. 5-7), al elogiar el aporte general de la obra: “Al plantear una ética pública que dote de alma a la Administración, nuestro autor no está proponiendo un modelo cerrado, un pensamiento único, sino justo lo contrario un sistema administrativo abierto a las demandas sociales que se transmitan por los cauces que los medios de la sociedad del conocimiento y de la información nos proporcionan (...) . Se trata, recuerda Rodríguez Arana, del Estado social, superador de la fría distinción entre Estado y sociedad, que desatendía a esta última, porque nada de lo que en ella acontecía, bueno o malo, preocupaba a este Estado abstencionista. No obstante su indiscutible grandeza, este modelo, del que somos herederos, no se ocupaba de promover el ejercicio de los derechos fundamentales cuyo disfrute individual dependía por entero de lo que aconteciera y decidiera cada cual. Con el Estado social cambia de modo radical la perspectiva porque los poderes públicos asumen la tarea de ocuparse de las condiciones vitales del ser humano (...) Una labor de remoción de los obstáculos que impiden el ejercicio por parte de todos de todos sus derechos. Se trata de que el Estado realice lo que antes omitía (...). Esa tarea de promoción tiene su norte en la dignidad de la persona (...) el derecho a una buena administración (...) acaba reforzando al administrado al hacerle titular del derecho a recibir el trato debido de la Administración. Ésta viene así obligada por dos vías, la objetiva que impone determinados procedimientos respetuosos con el administrado, pero también acuciada por éste que ya es titular frente a ella de derechos concretos”.

necesita más del territorio para ejercer potestad. Menos aún para gobernar. Y ni que hablar para participar. Ha surgido una nueva y más refinada forma de poder: El Poder Digital. Es refinada porque no impone, convence. Persuade. Tampoco somete. Es más sutil. Es mediadora o intermediadora⁵⁶.

Dentro del Poder Digital, en especial dentro de sus capacidades de mediación e intermediación, convergen dialógica o confrontativas las múltiples formas en que se encarnan las dinámicas de los intereses de la humanidad. Dentro de él interactúan, se relacionan, comercian, negocian, celebran transacciones, cobran y transfieren, generan riqueza, disputan y guerrear (el cyberataque y el cyber terrorismo es ya una forma de guerra y destrucción), pero también solucionan sus diferencias y negocian sus derechos e intereses, las personas, los sectores, los estados y las organizaciones de estados, los entes híbridos público privados del derecho global y toda otra forma de actuación con suficiencia para provocar la alteridad del derecho⁵⁷.

Si décadas atrás se hablaba del imperio de la Banca Transnacional, si más acá en el tiempo se denostaba a los actores intangibles de los capitales y mercados internacionales denominándolos peyorativamente como “soberanos privados

⁵⁶ Ampliar en: Castrelo, Victor, “La esfera pública habermasiana. Su obsolescencia en tiempos de nuevas plataformas digitales”, en INMEDIACIONES DE LA COMUNICACIÓN 2018 - VOL. 13 / N° 1 - 71-87 - ISSN 1510-5091 - ISSN 1688-8626 (en línea) (<https://revistas.ort.edu.uy/inmediaciones-de-la-comunicacion>). Explica: “gracias al vínculo entre redes virtuales y espacio público, terminan por reforzarse las propiedades de lo público: lo visible, lo común y lo abierto (Rabotnikoff, 2012). Esto deja la puerta abierta a miradas más optimistas respecto de los usos de las nuevas tecnologías. Lo anterior es algo que ya venía siendo señalado hace varios años en trabajos como el de Thompson (1998), en tiempos en que Internet recién estaba volviéndose masiva pero no ejercía el grado de influencia que ostenta en la actualidad”.

⁵⁷ Ampliar en: Bauman, Zygmunt, ¿La riqueza de unos pocos nos beneficia a todos?, B.A., Paidós, 2014, p. 66 cuando una década atrás, al establecer conexiones entre poder y la vía digital, decía: “El boom electrónico, los fabulosos beneficios obtenidos por las ventas de gadgets cada vez más fáciles de usar presentan todos los signos de otra “tierra virgen” recientemente descubierta y explotada (y un marco para una seria infinita de nuevas tierras por descubrir). Los mercados de consumo han logrado otra conquista: otra área de preocupaciones humanas (...) ha sido convertida en productos básicos y comercializados con éxito (...)”. Cuestión que se vincula con el anterior planteamiento crítico formulado por el autor sobre la economía de la experiencia, al decir: “La actual gran transformación (...) el surgimiento de la loada y bienvenida economía de la experiencia, que se vale de todos los recursos de la personalidad (...) Lo que ha ocurrido –lo que está ocurriendo- es más un golpe de estado que una revolución: se proclama desde la cúpula que el viejo juego ya no corre más y están vigentes las nuevas reglas de juego. (...) Esta revolución se llevó a cabo con el objeto de aumentar su poder, de afianzar aún más su dominio e inmunizarlo contra el resentimiento y la rebelión que su antiguo ejercicio despertaba en el pasado (...)”, autor citado, “Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global”, México, FCE, 2011, p. 224.

transnacionales difusos”⁵⁸ que, más cerca todavía se encarnan en las espectrales y volátiles formas de los fondos de inversión, ahora el fenómeno se torna –sino contrario, distinto: hoy, ese poder –que hasta no hace mucho resultaba invisible o difícilmente visible- se personaliza. Se identifica. Se concentra. Insisto en que ha surgido un nuevo orden. El nuevo poder tangible y sólido le pertenece a unos pocos “Unicornios”. Porque el poder que otrora residía en la monarquía –casi siempre aliada o legitimada por el Credo Religioso imperante en el territorio o por el Clero, que luego paso a las burguesías ascendentes que consolidaron una clase política fundante de los estados que conocimos y se aseguraron en nuestras repúblicas y constituciones – al fragor de las noveladas sociedades secretas, que luego fueron desafiados y trastocados por “la banca” y ésta derrocada por los múltiples actores financieros, ahora aparece cada vez más claramente detentada por los nuevos señores dueños de los medios de producción de poder. Los nuevos Zares Tecnológicos. Totalizadores⁵⁹.

Desde la industria, los negocios agropecuarios, la explotación de recursos naturales, los mercados, etc., el señorío de la tecnología ha agrupado bajo su comando a las fuentes de producción, generación y distribución de riqueza negocios, de los mercados. Es una nueva forma de poder tradicional –y, remarco, distinta del poder difuso que alumbro los últimos treinta años- porque es personal, tangible y soberana. Se concentra en muy pocos actores identificados e identificables con facilidad que, asimismo, exhiben una fenomenal capacidad de imposición y una –nunca antes vista- capacidad de generación y multiplicación de riqueza. Hay un resurgir del poder personal. Del señorío personal. Y esta unificación y personalización del nuevo poder tecnológico es producto de esa universalización y unificación en la tecnología como el nuevo vector de la humanidad⁶⁰.

La tecnología no es solo un medio de producción de riqueza y de concentración de poder. Es mucho más que eso. Es un lenguaje común. Es una técnica única dentro de la cuál se unifican todas las otras técnicas, todos los saberes, todas las ciencias.

Si antes todos los caminos conducían a Roma hoy todo converge en la tecnología. No hay campo humano que pueda prescindir de ella. Si tiempo atrás compartíamos en aquello de que la humanidad puede vivir sin ordenadores pero no sin libros, hoy ya no estoy tan seguro. Entonces, esta fenomenología de agrupamiento y concentración

⁵⁸ Ver: Capella, Juan Ramón, “Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado”, Madrid, Trotta, 5° ed, 2008.

⁵⁹ Ver: Bauman, Zygmunt, “Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global”, Mexico, FCE, 2011, ¿La riqueza de unos pocos nos beneficia a todos?, B.A., Paidós, 2014; Durán Barba, Jaime y Nieto, Santiago, “La política en el Siglo XXI, arte, mito o ciencia”, B.A., Debate, 2017, Nieto, Alejandro, “El mundo visto a los noventa años”, Granada, Comares, 2022.

⁶⁰ Ver: Nieto, Alejandro, “El mundo visto a los noventa años”, Granada, Ed. Comares, 2022.

de poder en pocos efectores de carácter tangible y personificados, de índole universalista y totalizador, exhibe una estructura de notable afinidad con éstas también nuevas formulaciones y formas de derecho que convergen en el factor y el vector tecnológico y digital para su vehiculización, percepción y operatividad plena. Somos muchos –o todos- los que visibilizamos que, hoy, sin tecnología no es posible la gobernanza, ni tan siquiera imaginar la buena administración⁶¹.

En oposición, podría incluso afirmarse sin hesitar que desde los velocísimos avances de la tecnología el derecho a la buena administración –que hasta no hace mucho aparecía como una quimera o un piadoso catálogo de buenas intenciones- impactado por la tecnología reviste potencialidades para resultar perfectamente mensurable, trazable, previsible y ejecutable bajo las mismas ratios de regularidad en su prestación, uniformidad en su satisfacción y universalidad de alcance en su cobertura. De allí quizás uno de los motivos por el cual esta renovada aspiración declamada como nuevo derecho conformador de nuestros horizontes tecnológico- jurídicos del futuro cercano haya concitado el tratamiento de la legión de juristas modernos y la atención de la más granada platea jurídica contemporánea⁶².

V. EPÍLOGO.

Las últimas décadas parecían haberse encaminado en la consolidación de la senda expansiva de los derechos afincados en el valor dignidad de la persona humana, al punto tal que su aspiración universal de progresividad y no regresividad semejava

⁶¹ Ver: Castrelo, Victor, “La esfera pública habermasiana. Su obsolescencia en tiempos de nuevas plataformas digitales”, en INMEDIACIONES DE LA COMUNICACIÓN 2018 - VOL. 13 / Nº 1 - 71-87 - ISSN 1510-5091 - ISSN 1688-8626 (en línea) (<https://revistas.ort.edu.uy/inmediaciones-de-la-comunicacion>). El autor aborda el impacto de internet y las redes sobre el requisito habermasiano espacial-dialógico constitutivo de su noción de esfera pública, debido a que muchas de las interacciones y participaciones en lo público se desarrollan en las redes virtuales. En lo que nos interesa, explica: “El concepto de esfera pública es controvertido y se encuentra en discusión permanente en el ámbito de la comunicación y de las ciencias sociales, sobre todo a partir de la aparición de las nuevas tecnologías digitales, las cuales dan por tierra con muchos de los límites –fundamentalmente los físicos– que la han definido (...) si algo caracteriza a la interacción en las nuevas plataformas digitales es la multiplicación de los intercambios y, con ello, la profundización de dinámicas no consensuales. Como nunca antes las redes sociales pusieron en la palestra un modo de intercambio asentado en las variadas formas de lo polémico: desde el cruce de opiniones hasta el agravio y la descalificación del interlocutor. Es por eso que seguir pensando en términos consensuales y situados, a la manera de Habermas, es un enorme obstáculo para dar cuenta del nuevo espacio público que se forjó a partir de la proliferación de las nuevas tecnologías”.

⁶² Ver: V.V.A.A., “El derecho a la buena administración pública”, Valencia, Diana Carolina – Díaz Perilla, Viviana, Editoras, Tirant Lo Blanch, Bogotá, 2024.

tangible en su dimensión operativa para hacernos pensar que quizás la praxis de la cotidianeidad administrativa lograría en algún día no muy lejano resultar un territorio finalmente conquistado a pesar de las inusitadas batallas administrativas cotidianas por la vigencia de garantías mínimas. El hálito de la clásica formulación de Hanna Arendt sobre “el derecho a tener derechos” ilusionaba con recobrar su fuerza. Más aún a partir de formulaciones tales como la tratada buena administración que daban la idea de expandir aún más los principios y las protecciones consagradas en el plexo constitucional que también son objeto de periódica invocación por nuestros máximos tribunales para asegurar la continuidad evolutiva de nuestro sistema.

Sin embargo, el derecho discurre por un camino tan errático y por momentos contradictorio como la historia misma pudiendo o no revestir entidad para verificar contramarchas. De un lado, los avances. Su ciclo expansivo bajo la ideación de hacer posible numerosas ratios de legitimidad. Sus claros fundamentos afincados en un tangible orden superior de anhelada operatividad. También, expandido en quimeras y utopías de buena administración alejadas del diario devenir administrativo. Del otro, su contracción. Fruto de un polémico contexto histórico, económico, con una crispación multinivel y multicausal.

Advertido por algunos, denunciado por otros y defendido por los irreductibles, los tiempos recientes marcan contradicciones, ilustran sobre la debilidad de los derechos o el carácter ilusorio de algunas formulaciones, más la erosión y deslegitimación de numerosos aspectos centrales de la democracia constitucional expresados en los justificados descontentos colectivos con los tradicionales estamentos representativos. Al decir de Bovero, como si la época de los derechos y de la democracia hubiese perdido su propia inspiración, su propia alma; como si el espíritu del tiempo soplara ya hacia otra dirección⁶³. O quizás debamos reflexionar si acaso, como postulaba Foucault la apuntada contradicción sea la ilusión de una unidad que se esconde o que está escondida, que no tiene su lugar sino en el desfase entre la conciencia y el inconsciente, el pensamiento y el texto, la idealidad y el cuerpo contingente de la expresión y que quizás por ello, la contradicción funcione entonces, al hilo del discurso, como el principio de su historicidad. De allí que debamos limitarnos a describirla sin intentar resolverla para que otros puedan determinar la medida y la forma de su desfase⁶⁴.

⁶³ Cfr.: Bovero, Michelangelo, “Derechos débiles, democracias frágiles. Sobre el espíritu de nuestro tiempo”, Serie: Conferencias Magistrales N° 24, México, Instituto Nacional Electoral, 2020, p. 36.

⁶⁴ Cfr. Foucault, Michel, “La arqueología del saber”, México, Siglo XXI Editores, 1970, ps. 197, 199.

Para concluir. Los derechos están y esperan ser ejercidos. Así lo precisan para evitar debilitarse en esta nueva era de contracción. Y más aún porque la cotidianeidad administrativa, desde siempre, muy lejos se encuentra de tutelarlos y muy cerca de seguir reducida a una mecánica operativa de desconocimientos e ignominias sistemáticas, a pesar de las prédicas de integridad y buena administración.

El declamado republicanismo solo será un poco más humanitario, solo podrá hacer el homenaje diario a sus libertades y solo logrará erigir cotidianamente sus postulados democráticos en tanto las personas y la sociedad civil se decidan a asumir todos y cada uno de los días su rol activo en procura de las tutelas indispensables. Se requiere de un ejercicio concreto de los derechos de petición, participación y acceso.

Las personas y la sociedad civil de éste tiempo deben acudir a su llamamiento diario a ejercer sus derechos por sí mismos puesto que nada les será concedido gratuitamente. La sociedad de éste tiempo debe pujar por la expansión de sus legitimidades, redescubrir su centralidad en el trazado de un auténtico republicanismo representativo abierto tangible que honre con sinceridad a la tantas veces declamada centralidad de la dignidad de la persona humana.

Estamos frente a un territorio nuevo, un destino individual y colectivo que está a la espera de ser habitado en un tiempo -también nuevo- que nos convoca a recuperar el diálogo y a redescubrirnos como autores principales de esta nueva página de la historia universal de la democracia republicana, representativa y abierta que aún está por escribirse. Que así sea.