

Democracias constitucionales y legalidades aparentes

Pablo A. Gutiérrez Colantuono

Profesor de Derecho Administrativo en universidades iberoamericanas.
Doctor en Derecho. Director carrera de postgrado en Derecho
Administrativo de la Universidad Nacional del Comahue, Argentina.

Sumario: I. Introducción II. Límites III. las inequidades. IV. Síntesis y reflexiones finales

Resumen: Detectar síntomas de aquello que denominamos legalidades aparentes permite prevenirlas y encontrar determinados antídotos. La finalidad es preventiva: evitar que las legalidades aparentes se transformen en cancelaciones constitucionales y vaciamientos de las democracias. Las democracias constitucionales poseen determinados límites que se proyectan en la dimensión de los poderes y de la ciudadanía.

Abstract: Detecting symptoms of what we call apparent legalities allows us to prevent them and find certain antidotes. The aim is preventive: to avoid apparent legalities becoming constitutional cancellations and cancellations of democracies themselves. Constitutional democracies have certain limits that are projected in the dimension of powers and citizenship.

Palabras claves: Democracia. Derechos humanos. Límites. Legalidades. Constitución.
Keywords: Democracy. Human rights. Limits. Legalities. Constitution.

I. Introducción

Las democracias, como es sabido, muestran avances y retrocesos en la construcción y consolidación tanto en la zona de derechos, libertades y garantías como en el ejercicio constitucional y democrático del poder estatal. Marchas y contramarchas cancelatorias de espacios de legalidad (constitucionales) que debilitan y, muchas otras veces, vacían las propias democracias. Suceden retrocesos en derechos, garantías y libertades en el sistema interno (primero negados, luego en el tiempo reclamados, reconocidos, reparados y consolidados). También suceden disminuciones de las protecciones internacionales con la salida de acuerdos regionales o globales en materia ambiental y de derechos humanos. Siempre citamos el caso de Venezuela como un caso testigo de la salida del

Sistema Interamericano de Derechos Humanos sucedida hace tiempo⁴⁴. Ello importó dejar sin garantías específicas transnacionales a su ciudadanía, y no tan sólo un acto del Estado escapando a los controles externos de la jurisdicción regional internacional de los derechos humanos. Existen otros casos en los cuales por vía interpretativa constitucional se debilita la vinculación interna internacional en materia de derechos humanos, muchas veces alegando la soberanía interna. Las sinrazones basadas en argumentos de poder desplazan así la racionalidad de los derechos humanos y su enfoque desde los derechos, las libertades y las garantías. La afectación es de derechos individuales, colectivos y, especialmente, de aquellos que pertenecen a las futuras generaciones.

Junto a ello sucede una actuada denostación de las formas democráticas. Se las indica a menudo como enemigas de la eficiencia y eficacia del Estado desconociendo que ellas, en las democracias constitucionales, hacen al Estado de derecho. Los tiempos del debate parlamentaria, la búsqueda de la participación ciudadana⁴⁵ en la toma de decisión en sede de las Administraciones Públicas, las garantías del debido proceso en los escenarios judiciales penales son algunos de los actos estatales que se manipulan con contenido negativos desde lo discursivo para demostrar una supuesta institucionalidad carente de sentido. En otras palabras una democracia que no sirve a los intereses coyunturales del discurso dominante del descarte constitucional. Por cierto, ello no significa que todo funcione a la perfección, por el contrario. Pero no autoriza bajo ningún concepto a descartar las formas democráticas bajo la excusa que ellas entorpecen el proyecto electoralista que luego es ejecutado en funciones de gobierno.

Hace un tiempo venimos observando el fenómeno de la baja calidad institucional desde la afectación de la vigencia plena constitucional en algunas de las democracias de occidente. Las democracias constitucionales se debilitan por varios fenómenos, uno de ellos es el que estudiamos bajo la expresión legalidades aparentes. Es decir, bajo una aparente máscara de legalidad suceden cancelaciones constitucionales afectando así

44 Hemos abordado el tema en «Control de convencionalidad en la Administración Pública, Bs.As ,Astrea, 2022, pgs 11,32,38,44; y en la versión en portugués revisada, modificada, ampliada y actualizada: « Control de Convencionalidade Na Administração Pública, Contracorrente, San Pablo,2024. Allí hemos descrito distintas tensiones que suceden alrededor del control de convencionalidad entre los sistemas internos y los sistemas regionales internacionales de derechos humanos.

45 En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la participación pública «... representa uno de los pilares fundamentales de los derechos instrumentales o de procedimiento, dado que es por medio de la participación que las personas ejercen el control democrático de las gestiones estatales y así pueden cuestionar, indagar y considerar el cumplimiento de las funciones públicas. En ese sentido, la participación permite a las personas formar parte del proceso de toma de decisiones y que sus opiniones sean escuchadas. En particular, la participación pública facilita que las comunidades exijan responsabilidades de las autoridades para la adopción de decisiones y, a la vez, mejora la eficiencia y credibilidad de los procesos gubernamentales. Como ya se ha mencionado en ocasiones anteriores, la participación pública requiere la aplicación de los principios de publicidad y transparencia y, sobre todo, debe ser respaldado por el acceso a la información que permite el control social mediante una participación efectiva y responsable (Corte IDH , OC-23/17)».

las democracias constitucionales. La legitimidad democrática es manipulada hacia la salida del propio sistema constitucional que contiene a esas democracias.

En esta entrega nos ocuparemos de algunos límites que indican nuestras democracias constitucionales, cuyos «corrimientos» progresivos muchas veces de manera imperceptible para la ciudadanía van erosionado desde la legalidad aparente la constitucionalidad de nuestras democracias. Y, por ende, cancelando parte de ellas.

II. Límites

2.1. El primer límite se vincula con el modelo político y jurídico de los derechos, las libertades, las garantías, así como de la distribución orgánica y territorial del poder estatal adoptado por la constitución. Es esta, como es sabido, la síntesis del modelo político y jurídico que se ha dado para si la sociedad en un tiempo y espacio determinado. Fija los contornos y direccionamientos posibles tanto de la acción estatal como del propio desarrollo de las personas y su convivencia dentro de una comunidad.

Los derechos humanos, las libertades, las igualdades, la multiculturalidad, la interculturalidad, la solidaridad, la autonomía y la privacidad, la pluralidad de pensamiento, el federalismo, la república, las autonomías provinciales (en países federales), el deber de responder, la periodicidad de los mandatos, el control entre poderes mediante su división, son de entre algunos de aquello que hemos de mencionar como integrantes de este primer y fundamental límite.

La constitución, en este sentido, es un factor ordenador pues coloca límites y contenidos al accionar estatal al tiempo que regula lo atinente al ejercicio de los derechos, las libertades y las garantías (medios de protección de estos) de la ciudadanía.

Damos un ejemplo esclarecedor: si en un sistema de democracia constitucional se adopta la forma de gobierno republicana esta no puede ser descartada por mecanismos en apariencias legales pero formal y sustancialmente inconstitucionales. Estamos así frente al uso y abuso de los mecanismos de urgencia, emergencia y tantos otros similares de manera tal que ellos aparezcan siendo la regla y convirtiéndose en un verdadero ordenamiento jurídico paralelo (la excepción y la urgencia se transforman en habitualidad).

La democracia constitucional y republicana (para aquellos sistemas internos que la adoptan) implica, entre otros conceptos, el control entre los poderes, la adecuada y expresa habilitación constitucional competencial de funciones limitadas. Este fenómeno que anotamos ahora genera un hiperpresidencialismo en sistemas en los cuales los presidencialismos poseen por razones históricas, políticas y culturales una fuerte presencia en la dinámica de los poderes. Agregamos que los fuertes presidencialismos promovidos hacia los hiperpresidencialismos por impero de los estados de excepción convertidos en la regla, terminan «legislando» la zona de derechos, libertades y garantías.

He aquí un fuerte desplazamiento parlamentario hacia la zona de las reglamentaciones administrativas, no querida por las democracias constitucionales republicanas; sin embargo, buscadas por el poder. Claro, ya sabemos, el poder siempre posee vocación por más poder.

2.2. El segundo límite se refiere a la diferenciación entre políticas de Estado y políticas públicas en general.

Aquí las primeras refieren a la realización de los grandes valores y mandatos constitucionales los cuales no debieran sufrir retroceso alguno. Existe una suerte de interdicción tácita de innovar regresivamente, ya que ello generaría una cancelación de aquellos valores y mandatos del acuerdo político y jurídico (constitución).

Las políticas de Estado se componen de acciones encadenadas en el tiempo que atraviesan las distintas gestiones gubernamentales. Leyes, decisiones administrativas, decretos, resoluciones, son algunas de las expresiones estatales que concretan dichos mandatos respecto de temas tales como la educación, la seguridad, el medio ambiente, el progreso de la nación, el acceso a los bienes y servicios fundamentales como alimento, salud, agua, vivienda, el buen funcionamiento del Estado, la transparencia, el progreso económico, industrial, energético y social de la nación.

Todo esto va en paralelo con medidas que hacen principalmente al acceso efectivo e igualitario de los derechos, bienes y servicios inherentes a la dignidad y desarrollo de las personas de cuyo contenido y diseño se componen en especial las políticas públicas.

Esta diferenciación entre políticas de Estado y políticas públicas habitualmente luce desapercibida, pues quien gobierna con sus mayorías entiende que revertir algunos de estos valores es parte de aquello que ha votado la ciudadanía. Existe una cierta confusión entre la legitimidad democrática y la obligación de respetar, promover y consolidar las políticas de Estado. La obligación de respeto explica y limita a la legitimidad democrática, y no a la inversa.

2.3. El tercer límite aparece en la intersección de las políticas públicas, los derechos, las libertades, las garantías y las formas democráticas.

Estamos ante el plan de gobierno propio de la orientación partidaria política que se ejecutará mediante programas, presupuestos, decisiones generales y particulares. Nos adentramos así en el terreno político de los matices posibles caracterizado por el sentido de la oportunidad política de tal o cual decisión de gobierno.

Es el propio plan de gobierno que al tiempo de ser ofertado electoralmente a la ciudadanía y luego votado, habrá de ser diseñado y ejecutado en respeto de los límites ya indicados, pero también respetuoso de las libertades, los derechos y las garantías. Debiendo ser propuesto y ejecutado dentro de las propias formas de la democracia, sabiendo que estas son esenciales en nuestras propias democracias.

En este sentido no será suficiente con alegar la satisfacción de determinada finalidad permitida política y jurídicamente. Habrá que argumentar que es ella expresión de los mecanismos constitucionalmente habilitantes para la toma de decisión deseada. Dentro de las formas pueden encontrarse: a. la propia distribución de funciones estatales según así lo acuerde la organización tanto institucional como territorial del poder, b. el derecho a la participación ciudadana, c. la debida fundamentación de las decisiones.

Párrafo aparte aquí merece la calidad de la decisión que se adopte. Esta debe ser expresión de la razonabilidad sean aquellas de orden social, económicas, de promoción, de incentivos, de acciones positivas y tantas otras. No puede existir una decisión oportuna sin que esta responda al concepto de racionalidad y razonabilidad junto a otros parámetros exigibles constitucionalmente. Es esta razonabilidad de la decisión aquella que permitirá desechar unas de otras y adoptar la que es consecuencia de tal criterio. En este punto es o debiera ser una auto restricción de la alta dirigencia gubernamental al tiempo de adoptar una decisión. Decisión que debe ser explicada para ser aprehendida por aquellos sectores ciudadanos a quienes les afectará la misma. Gordillo incorporó hace ya mucho tiempo a la racionalidad económica como valor del orden jurídico mundial aparte de la justicia y la seguridad jurídica⁴⁶: «Detengámonos pues un poco en esos valores jurídicos que no podemos impunemente violar internamente, sin sufrir consecuencias en el orden interno e internacional. Esos valores son fundamentalmente los relativos a la seguridad y a la justicia, pero cabe incluir en ellos (entre otros) aquellos relativos a la razonabilidad de las medidas que los Estados de Derecho adoptan, lo cual tiene inevitable repercusión sobre las economías nacionales y la economía mundial en la cual se insertan. Dicho en otras palabras, en lugar de incorporar aquí y ahora la referencia al bien común, interés público o al progreso como un dato a armonizar con seguridad y justicia, pensamos que puede ser también útil la referencia a la racionalidad económica». Para complementar la idea: «No pretendemos la sustitución de la noción de bien común o interés público por la de racionalidad económica, sino precisar, a partir del pensamiento de Radbruch, que el bien común no puede ser contrapuesto a la racionalidad económica, que la irracionalidad económica no sirve al bien común y a la inversa la racionalidad económica sí le sirve»⁴⁷. Alertaba a temprana hora aquello que luego se convertiría en habituales desbordes estatales: el no control desde la racionalidad económica de frecuentes medidas adoptadas como política pública.

2.4. El cuarto límite, la necesaria articulación entre los derechos libertades y garantías y la realización del bienestar de la comunidad en que se desarrollan aquellos.

Ello esconde a la solidaridad como principio orientador del Estado y valor ciudadano. Respecto a este último, se entiende a los derechos y las libertades limitadas en razón del bienestar general de la comunidad que integra. Los derechos y libertades son limitados por las propias realizaciones de toda la comunidad en un sistema democrático. Aparecen

46 Gordillo, A. , Tomo 1, Capítulo, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2013, pg. VI-30 y ss.

47 Gordillo, A. Tomo 1, Capítulo, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2013, pg. V-12 y ss.

los deberes de las personas para con su comunidad que indica el ejercicio no abusivo ni individualista de los derechos de cada quien. Se convierten ellos en razonables regulaciones en tanto y en cuanto la limitación sea una de aquellas necesarias en un sistema democrático. Es decir, la solidaridad individual hace a la realización de la comunidad y a la propia democracia.

Con más razón ello debe ser al menos un principio general del derecho aplicable a la juridicidad del obrar estatal. No existe, en este sentido, medida del poder que pueda promover desde el constitucionalismo democrático válidamente el utilitarismo individualista. Por el contrario, la regulación estatal ha de promover la convivencia de una sociedad democrática en busca de su propio bien común⁴⁸. Es ello, entonces, también un test para validar la aptitud democrática de las decisiones adoptadas.

2.5. El quinto límite, la manera en que se construye la decisión.

Mucho se debate hoy en día sobre el rol del Estado, su mayor o menor presencia en determinadas zonas del desarrollo de las personas y la nación. Regulaciones y desregulaciones parecen ocupar los principales pórticos de noticias y también la ocupación de las investigaciones de diversas ciencias. De entre ellas la jurídica, especialmente los aportes que puedan hacerse desde el derecho público. Lo cierto es que tantas veces suceden regulaciones como desregulaciones sin: a. estudios técnicos autónomos e independientes que las aconsejen, b. formalización de la búsqueda de información del sector al cual van dirigidas mediante mecanismos de consulta y participación ciudadana, c. la justificación del hecho de ser necesaria en términos democráticos conforme la adecuación medios afines y la inexistencia de técnicas regulatorias o desregulatorias menos gravosas en materia de derechos humanos.

Otro punto esencial a analizar aquí es cómo se construye la decisión estatal ya en general en términos de legitimidad de la misma. Si, por caso, esta sigue siendo dispuesta de manera ascendente descendente o por el contrario ha mudado hacia la construcción descendente ascendente. Aquella destila determinado autoritarismo, está en cambio se asocia a la tendencia a democratizar la toma de decisión de poder.

48 Cabe recordar que para Corte Interamericana de Derechos Humanos el bien común «ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad.», Corte IDH, 09/05/86, «La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos», solicitada por el gobierno de la República Oriental del Uruguay, OC: 6/86. Es esa protección de los «derechos de los demás» previsto por el art. 32.2 del PSJCR como fundamento de las limitaciones del fin que el Estado debe exhibir cuando quiere ingresar en el círculo de derechos que reconocen al individuo las constituciones y tratados. Conforme tales premisas, debe considerarse que: «en la confrontación entre privilegios de la Administración y derechos fundamentales de la persona prevalecen éstos. De otro modo la Administración no estaría utilizando su potestad al servicio del interés general, definido primariamente por los derechos fundamentales (...).», Meilán Gil, Intereses generales e interés público, desde la perspectiva del derecho público español, «Direito Administrativo & Constitucional-A&C», n.º Especial 10 años, año 2003, p.182.

Cierto es que quien le teme a la opinión de aquel sector que será alcanzado por la decisión a adoptar y la adopta sin escuchar, desea no legitimar sus propias decisiones. Entiende que su legitimidad de origen (contiendas electorales) le es suficiente condición para la toma de decisión de manera ascendente descendente.

Por nuestra parte hace un tiempo ya venimos sosteniendo algunas miradas sobre este punto. Los espacios de gobierno debieran pensarse desde la expresión de construcciones dialógicas, sensibles, flexibles, abiertas con mecanismos horizontales e intermitentes complementarios.

Ampliamos seguidamente:

a. Abiertas. La construcción de las políticas públicas requiere aperturas, esto es la posibilidad de abrir espacios de escuchas activas y permeabilidades permanentes. El tráfico de construcciones multisectoriales de anclajes sociales y territoriales representativos de la cultura ciudadana trae consigo insumos fundamentales para una decisión legitimada. Si la decisión pública es producto de la mirada endogámica del poder nos encontraremos ante nuevos niveles de baja legitimidad de las decisiones.

b. Dialógicas. Existe una doble dimensión en el mundo de la construcción de las políticas públicas a nuestro criterio: la dimensión del saber y la del hacer. La primera remite al mundo del conocimiento, de nuestras universidades, centros de producción, creación e investigación del saber con determinado rigor metodológico y de experticia en áreas determinadas. Estas áreas aportan sin dudas un insumo fundamental para la generación de políticas públicas vanguardistas que se adelanten al propio tiempo en que transcurre un gobierno. Innovar implica generar nuevas maneras de resolver mismos problemas, o nuevos problemas desde el uso aplicado de las tecnologías y la ciencia. Una segunda dimensión viene dada del conocimiento que es posible ser extraído no ya del mundo del saber si no del hacer. Aquí las miradas elitistas frecuentes de determinados ámbitos gubernamentales dejan de lado el insumo que proviene del mundo de los haceres. Generan, así, un diseño de políticas públicas incompletas que, al punto que nos interesa tratar aquí, es un espacio de legitimación de los gobiernos que estos desoyen habitualmente. El hacer genera, por solo citar un ejemplo, en las organizaciones de la sociedad civil una metodología en la construcción de la protección de los derechos sectoriales del colectivo al que pertenecen. De allí es posible extraer la metodología de esa construcción, para poder colocarla como insumo en la política pública y generar un efecto multiplicador e intersectorial que sólo y tan sólo el Estado puede lograr.

El conocimiento extraído del saber y el hacer desde múltiples actores permite una toma de decisión legitimada social y culturalmente. Los gobiernos deben asumirse como un espacio de intersección en el cual los saberes y los haceres se entremezclan como insumos del diseño de la política pública.

Técnicamente podemos vincular a este aspecto con la garantía del debido proceso y su ampliación en términos de gestión gubernamental. Cabe recordar que el debido proceso como garantía constitucional en las actuales democracias importa una serie de

condicionantes al ejercicio del poder⁴⁹: deber de escuchar a los posibles afectados en una medida de gobierno, acceso a la información, mayores y crecientes niveles de participación, influencia concreta por mecanismos idóneos en las agendas de gobierno desde la opinión consultada, control social efectivo⁵⁰, deber de fundar toda decisión de poder, reconocimiento del derecho de toda persona a petionar y consiguiente obligación de responder, impregnación constitucional en todo el obrar estatal, efectiva vigencia de la garantía de la jurisdicción materialmente constitucional, judicial o no, entre otras posibles de indicar⁵¹.

c. Sensibles. La sensibilidad en la gestión es un antídoto adecuado para luchar contra los personalismos y los egocentrismos en las altas designaciones de los gobiernos. Las gestiones de gobierno son frecuentemente medidas por la ciudadanía en tanto si estas les impactan en concreto en su cotidianeidad, en su calidad de vida diaria. Luego y tan solo luego, la ciudadanía revisa los impactos globales de determinadas decisiones que se proyectan ya más allá del aquí y el ahora.

d. Construcciones multidireccional y complementaria. La actividad continua, directa, inmediata y con gran anclaje territorial y sociológico que caracteriza a las Administraciones Públicas les permiten disponer de mecanismos rápidos y efectivos ante los continuos cambios que se registran en nuestras modernas sociedades. Son ellas quienes se encuentran ante una suerte de ventaja comparativa en relación con el resto de las organizaciones del poder en este aspecto.

No todos los mecanismos deben ser permanentes ni estructurados burocráticamente. Algunos dispositivos pueden pensarse como emergentes según sucedan las necesidades para ser atendidas preventivamente o ya cuando éstas se han generado en la demanda concreta. Desaparecerán ni bien la necesidad sea atendida, se desdibuja así la vocación de permanencia burocrática de determinados espacios estatales. Llamamos a estos dispositivos mecanismos intermitentes.

Por otra parte, la necesidad es aquella que determina la medida de las competencias que han de desplegarse para ser atendida. Y esta es, frecuentemente, multifocal cuya satisfacción requiere de la actuación de múltiples competencias en simultáneo de manera horizontal y no vertical ministerial como se acostumbra a organizar el despliegue de competencias.

Todo un nuevo desafío para nuestras Administraciones Públicas que habrán de ver en la complementariedad de aquellas competencias existentes (estancas y verticales) junto a las otras que proponemos (dinámicas, horizontales, intermitentes e intersectoriales) sus nuevos paradigmas de producción y ejecución de las decisiones públicas.

49 Sugerimos una lectura detenida de los distintos aportes efectuados en estos temas en Valim – Malheiros – Bacarica (Coords.), Acceso á informação pública. «Acceso á informação pública», Ed. Forum, Belo Horizonte, 2015.

50 IVANEGA, M. «Control del poder», LOnline, AR/DOC/778/2010.

51 Ver nuestra opinión sobre estos temas en Gutiérrez Colantuono, P. El control social, «Argentina del Régimen de la Administración Pública», n.º XXXIV-403, 12 y 13 de abr. 2012.

e. Dinámicas y flexibles. La vida ciudadana se desarrolla evolutivamente con estéticas comunicacionales y convivenciales alejadas de formatos estáticos y rígidos. Esto supone unas dirigencias que ocupan espacios decisorios preparadas para los tiempos actuales, donde los preconceptos deben ceder ante la propia evolución de las comunidades. La flexibilidad importa no quedar sujeto a lo preestablecido bajo el deber de adecuar y direccionar los dispositivos según así sean requeridos por la propia dinámica ciudadana.

2.6. El sexto límite, la propia ubicación institucional de quien dirige los destinos de un país en un momento determinado debe saberse autolimitado en su ideología una vez en ejercicio del poder.

Quien gobierna, se sabe, lo hace mirando el progreso de una nación de manera respetuosa de la ciudadanía de sus libertades, sus diversidades de pensamiento, de estilos de vida, entre tantas otras múltiples identidades y sentires ciudadanos. Ello implica al menos dos acciones desde el poder: a. la autolimitación y b. la promoción de mecanismos de diálogo y búsqueda de consensos. Quizás desde allí se entienda con cabal alcance aquello que es exigido desde algunas constituciones como mandato especialmente a los gobiernos: la decisión objetivada, alejada de los personalismos y los subjetivismos. Es ello parte integrante, como es sabido, del derecho a la buena administración el cual permea a toda la gestión estatal. La buena decisión es aquella que contiene determinada calidad institucional.

Sobre el punto nos detenemos brevemente.

Tal como hemos sostenido el derecho a la buena administración y la tutela administrativa efectiva han irrumpido en el derecho público reconfigurando la relación ciudadanía Administraciones Públicas tanto desde lo procedimental como desde lo sustancial. La tutela administrativa en tal contexto aparece centralmente. Esta es frecuentemente englobada, asimilada o comparada con el derecho a la buena administración⁵².

La tutela administrativa efectiva es una garantía fundamentalmente propia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos con vigencia en los sistemas internos promovida desde la propia construcción evolutiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El derecho a la buena administración en Centroamérica y Latinoamérica posee alcance del *soft law* contenida en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración⁵³.

52 Es de indispensable referencia en la materia el pensamiento de Rodríguez-Arana Muñoz, J. entre diversas obras puede consultarse *El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2006. De nuestra parte este y otros temas vinculados a la dimensión convencional de las Administraciones Públicas lo hemos desarrollado en Gutiérrez Colantuono, P. « Control de convencionalidad...», ob. cit.

53 Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública (adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno en cumplimiento del mandato recibido por la XV Conferencia Iberoamericana de

Ambas, sin embargo, han sido gradualmente incorporadas expresamente en determinados ordenamientos jurídicos internos, sea a nivel estatal central, regional, provincial o municipal.

¿Son una y otra categoría asimilables?

Pese a compartir aspectos procedimentales comunes creemos que son dos categorías distintas. Ahora bien no son categorías aisladas, por el contrario, conviven sinérgicamente una con la otra en los aspectos procedimentales como sustanciales.

Desde nuestra posición sostenemos que la tutela administrativa efectiva es la parte procedimental del derecho a la buena administración y que este es a su vez comporta la dimensión sustancial de aquella⁵⁴.

2.7. El séptimo límite proviene de la dimensión intergeneracional de las decisiones. Aquello que se decide hoy repercutirá necesariamente en quienes aún no existen. Pese a ello le es exigible a las actuales autoridades la sostenibilidad económica, social y ambiental de las decisiones que adopten.

Ese deber se concreta en mandatos preventivos definidos en medidas que analizadas en el tiempo preserven los bienes fundamentales de la humanidad (recursos naturales, acceso a alimentos saludables, entre otros) y el acceso a los mismos bajo condiciones de igualdad. La sostenibilidad económica es parte de tal mirada intergeneracional ya que será esta la que permita o no garantizar el acceso a tales bienes. No toda decisión económica implica garantizar la sostenibilidad indicada, como tampoco esta implica una parálisis de la economía. Por el contrario, se trata de «intervenir» desde el Estado fomentando con incentivos adecuados a que ambos sectores privados y públicos direccionen sus acciones en tal sentido.

Con especial referencia a la sostenibilidad ambiental diremos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido al contenido y alcance del derecho a un medio ambiente sano como derecho autónomo en la OC-23/17, luego referenciado en su ámbito jurisdiccional: «[Como esta Corte afirmó] el derecho a un medio ambiente sano ‘constituye un interés universal’ y ‘es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad’ [...] ‘como derecho autónomo [...] protege los componentes del [...] ambiente, tales como bosques, mares, ríos y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza’, no solo por su ‘utilidad’ o ‘efectos’ respecto de los seres humanos, ‘sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta’. Lo anterior no obsta, desde luego, a que otros derechos humanos puedan ser vulnerados como consecuencia de daños ambientales»⁵⁵.

Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado Aprobada por el Consejo Directivo del CLAD en reunión presencial-virtual Panamá, 18 y 19 de octubre de 2013).

54 Puede profundizarse el tema en nuestro libro, «Control de conveniencia», ob.cit.

55 Corte IDH, caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra

El contenido ambiental de las políticas estatales, en este sentido, debe direccionar al Estado en la toma de decisión preservando a. el derecho autónomo al ambiente y b. el contenido ambiental de determinados derechos. Es, ello, un ejemplo claro del límite actual de los gobiernos quienes deben velar por la protección y goce de los derechos ambientales de las próximas generaciones. Sabiendo que estas carecen de existencia subjetiva actual, pero que quienes hoy sí existen pueden interpelar legítimamente a los gobiernos actuales a adoptar una mirada sostenible en el tiempo. Es, como se sabe, un derecho-deber actual y futuro que obliga a una decisión sostenible tanto desde las esferas de gobierno como de la propia ciudadanía en miras al goce del derecho al ambiente sano de las próximas generaciones.

2.8. El octavo límite proviene de la globalización.

Las acciones de los gobiernos se despliegan dentro de un territorio y en un momento determinados. En este sentido las decisiones estatales se encuentran localizadas en espacio y tiempo por definición limitados a un tiempo y aun territorio. Las decisiones están alojadas dentro de tales límites.

En cambio, las decisiones que provienen de las relaciones por fuera del Estado y que se integran en un proceso que se ha denominado de globalización⁵⁶, no poseen dichas limi-

Tierra), vs. Argentina» (Fondo, reparaciones y costas), 6.2.2020

- 56 Siempre nos resulta apropiado acompañar estas afirmaciones con las citas de Gordillo, Pérez Hualde y Ferrajoli. Entre otros aspectos Agustín Gordillo explicaba: «Cuando en 1962 definí al Derecho Administrativo excluyendo su calificación como derecho interno según era entonces habitual en la doctrina, como lo pueden ver en el Libro I del tomo 5, lo hice en base a fenómenos que ya se avizoraban en el horizonte. Con el tiempo han ido creciendo y multiplicándose los aspectos internacionales a cargo de organismos, tribunales judiciales o arbitrales externos» (Gordillo, A. La corrupción como delito de lesa humanidad, «Jurídica de San Luís», https://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=f041d9712800ddbf989f16732f8a394f&hash_t=08f7a9d8d94e32fe3694afa782b4e465). Por otro lado, Alejandro Pérez Hualde ha explicado: «El Derecho Constitucional de estos tiempos nos muestra un Estado comprometido con políticas activas para hacer realmente vigentes los derechos fundamentales y estas políticas deben ser trazadas de un modo especialmente consensuado. «Las políticas públicas eficaces requieren de discusión y consenso (...) el derecho a la integridad personal no sólo implica que el Estado debe respetarlo (obligación negativa), sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlo (obligación positiva), en cumplimiento de su deber general establecido en el art. 1.1 de la Convención Americana». No es otra cosa que la línea ya trazada por Bidart Campos, para quien el derecho internacional de los derechos humanos reviste prelación aun sobre el derecho de la integración y el derecho comunitario ya que, como se ha destacado, desde la Declaración Universal de las Naciones Unidas (1948), se ha constituido en un «denominador axiológico común» sobre las ideas de dignidad, libertad e igualdad humanas» (Pérez Hualde, A. La necesaria determinación de la desigualdad para el tratamiento equitativo de los derechos fundamentales, «Anuario Iberoamericano de Derecho Administrativo Social», n.º 2). Cabe recordar que para Ferrajoli la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales son las dos más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo. (Ferrajoli, L. Derechos y garan-

taciones. Sus decisiones tomadas por fuera del territorio producirán sus efectos dentro del territorio con independencia del mandato de duración de una gestión de gobierno determinado.

La deslocalización de los efectos de la globalización es una de sus principales características. Sean las medidas de carácter económicas, financieras, sociales, migratorias, de derechos humanos, todos penetran por igual por fuera del territorio y del tiempo internos condicionando el poder decisorio estatal. Son límites externos que condicionan las decisiones. De algunos de ellos se puede «prescindir» quizás, de otros implicará no pertenecer a la comunidad internacional con las consecuencias que tal aislamiento generará en el Estado y en la ciudadanía.

En este sentido los gobiernos en tanto expresión de una democracia constitucional se saben globalizados. Y ello implica muchas veces el direccionamiento de determinadas decisiones políticas en uno u otro sentido.

Esta característica de las modernas constituciones genera tensiones dentro del territorio y por fuera del mismo. Cierto es que cada democracia constitucional ha decidido la configuración de su ordenamiento jurídico permeable y que ello es consecuencia de una decisión soberana. Pero también habrá de exigírsele a la propia dimensión internacional permeabilidad de las decisiones interna de los Estados. La imposición debe ceder así a la construcción de un orden jurídico internacional democratizado. En este sentido Ferrajoli propone la constitucionalización del orden internacional tratando de concebir una constitución para la tierra⁵⁷. De esta forma intenta llevar hacia el orden internacional la globalización de las garantías de un constitucionalismo rígido. Se podrá acordar o no con ello, pero al menos es un intento de buscar alternativas posibles a la defensa de los bienes de la humanidad, las garantías ciudadanas de un mundo global, el deber de responder por aquello que llama los crímenes políticos, entre otros conceptos. Algo, seguramente, habrá que pensar en términos de democratizar y humanizar la escala global. De momento, insistimos, para alejarnos de la lógica de la imposición debemos promover mecanismos de construcción horizontal en donde la cooperación efectiva y eficaz desplace aquella idea hegemónica de la construcción unilateral por la vía de la imposición.

III. Las Inequidades

La igualdad y la lucha contra los privilegios es un tema que nos ocupa, desde la perspectiva de cómo ello se traduce en una de las razones posibles de ser invocadas en aquello que hemos llamado síntomas de debilidad democrática que, a veces, se traduce en una democracia formal dentro de un Estado de no derecho, o Estado de excepción.

Al respecto la CEPAL ha explicado⁵⁸:

tías, Ed Trotta, Madrid, 2016 p. 57 a 59)

57 Ferrajoli, L. «Por una constitución de la tierra», Ed. Trotta, Madrid, 2022.

58 «La ineficiencia de la desigualdad», 2018 Trigésimo séptimo período de sesiones de la CEPAL —La Habana, 7-11 de mayo 2018—.

«En buena medida, la crisis de legitimidad de los sistemas políticos y de los Gobiernos de la región responde a una percepción crítica respecto de privilegios enraizados en sectores de la sociedad, así como en las relaciones entre el poder y el dinero. El fortalecimiento de la democracia pone en tensión la cultura del privilegio. Pero, al mismo tiempo, plantea un interrogante respecto de la consistencia entre el avance simbólico y el avance material de la democracia hacia una cultura de igualdad de derechos. El avance simbólico hace referencia a una institucionalidad democrática y una apertura de espacios deliberativos que inscriben en el imaginario colectivo la idea de una comunidad de iguales en derechos ciudadanos. El avance material se refiere a instrumentos efectivos que traducen esa conciencia en acciones para promover la igualdad y sancionar los privilegios. En este campo de conflicto entre la cultura de igualdad de derechos y la cultura del privilegio, es necesario fortalecer los tres pilares sobre los que se construye la igualdad. En primer lugar, las instituciones y las políticas en favor de igualdad deben tener como complemento el avance en materia de instituciones y políticas de reconocimiento de la diferencia. De este modo, se desnaturaliza la jerarquía que pone desigualdad y diferencia como dos caras de la moneda. En su visión de la igualdad como valor fundamental del desarrollo, la CEPAL planteó esta bisagra que articula la igualdad material y la igualdad simbólica —derechos sociales y derechos culturales— (CEPAL, 2010 y 2014). Las políticas del reconocimiento tienen, a su vez, un fundamento igualitario y democrático. El privilegio, cuando se asocia al género, la cultura, la condición étnico-racial o el lugar de origen, es cada vez más impugnado y resistido desde la lógica del reconocimiento. La mayor visibilidad pública y política de grupos tradicionalmente invisibilizados, junto a sus demandas y derechos, afirma la cultura de la igualdad. En segundo lugar, las democracias deben combatir las prácticas características de la cultura del privilegio en las que un actor se constituye, a la vez, en juez y parte. Para ello es necesario contar con un sistema de justicia independiente y con acceso igualitario, a fin de que las prácticas de abuso se sancionen oportunamente y se den señales claras ante los delitos propios del ejercicio del privilegio —la evasión fiscal, la apropiación ilícita de rentas o el trato abusivo en la relación laboral—. Complementariamente, la justicia debe empoderar a quienes requieren de la institucionalidad judicial para hacer respetar sus derechos políticos, sociales, laborales y culturales. Las políticas de no discriminación deben plasmarse en instituciones consagradas por el Estado y ser capaces de revertir la cultura del privilegio en campos y acciones concretos. El tercer elemento es introducir cambios institucionales que reviertan la cultura del privilegio mediante pactos sociales para la igualdad, como propuso la CEPAL a los países miembros en el documento de posición presentado en el trigésimo quinto período de sesiones (CEPAL, 2014). La construcción de pactos, que se plasmen en leyes y políticas de Estado, en materias que han sido secularmente sometidas a la cultura del privilegio puede ejercer su efecto en el imaginario colectivo y revertir marcas culturales largamente afincadas. Los pactos son a la vez fin y medio: en cuanto frutos de un proceso deliberativo en favor de la igualdad y de aprendizaje democrático son fines en sí mismos y en cuanto instrumentos de política pública son medios para proveer de continuidad y progresividad a las políticas en favor de la igualdad. Tanto en el proceso de construcción de pactos como en su consagración institucional, se produce un aprendizaje colectivo en que la cultura de la igualdad de derechos se abre paso en el imaginario colectivo y, consecuentemente, el espacio de la cultura del privilegio se restringe. Se desarrollan así los hitos fundacionales con los que la democracia crea instituciones que favorecen la igualdad».

La desigualdad en términos reales y concretos existente al menos en nuestros países Latinoamericanos ha llevado, quizás indirectamente, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a construir un concepto fuerte de igualdad tanto en términos jurídicos como institucionales⁵⁹: «El principio de protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en varios instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el denominado *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico».

Bajo tal idea, el tribunal regional de derechos humanos ha receptado a la garantía de la igualdad como integrante del derecho imperativo de los derechos humanos, integrándola así al concepto del *ius cogens*. Todo lo cual no resulta menor al menos en el plano de las consecuencias que ello genera en los ámbitos institucionales y, especialmente, en las denominadas acciones positivas estatales.

Debemos enfatizar una vez más la necesidad del involucramiento y la participación en la gestión de los asuntos públicos de la ciudadanía, la cual implica no tan sólo el acceso a la información pública y el debate de determinados tópicos de las políticas públicas por diversos mecanismos participativos (las audiencias públicas, son uno de ellos). Importa también la efectiva permeabilidad de la decisión pública y del diseño de la política pública. Ya no es posible sostener el diseño de medidas que impacten en el desarrollo equitativo de la población sin que esta participe activamente en el diseño e implementación de las mismas.

Las decisiones destinadas a grupos vulnerables protegidos especialmente por los sistemas internos e internacionales de los derechos humanos, deben ser pensadas planificadas y ejecutadas con dichos grupos y no aisladamente desde despachos burocráticos sin anclaje territorial y social. No se combate a la pobreza sin la participación de todos los sectores, especialmente de aquellas personas destinatarias de las decisiones de gobierno.

Creemos que el derecho a incidir y controlar por parte de la ciudadanía también posee una contracara en materia de deberes: es un deber humano del ciudadano contribuir efectivamente en lograr el bien común, generándose así la dimensión colectiva y social de los derechos tal como lo hemos explicado.

IV. Síntesis y reflexiones finales

Cierto es que los límites analizados (existe otros, claramente) admiten la discusión sobre su alcance y sus formas. Pero aquello que no admiten es su negación infundada porque eso es en sí mismo un comportamiento antidemocrático.

59 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, 24.08.2010.

El no respeto a todos estos límites elegidos encuadra dentro de aquello que hemos llamado legalidades aparentes. Decisiones de poder que tienen apariencia de legitimidad y legalidad pero que generan lo contrario. Esto es el desplazamiento hacia zonas deslegitimadas y deslegalizadas, que van generando baja calidad institucional. En algunos casos ello se mueve hacia micro cancelaciones de los acuerdos políticos y jurídicos acordados (constitución). Estas micro cancelaciones al tomar volumen terminan por vaciar nuestras democracias bajo la apariencia de una determinada legalidad y legitimidad.

Hace tiempo nos ocupa detectar síntomas de aquello que hemos llamado legalidades aparentes de manera de a. prevenirlos y b. encontrar los antídotos. Es que la consolidación de un proceso de legalidades aparentes nos llevará antes o después hacia zonas de cancelaciones constitucionales y, por último, a vaciamientos de nuestras propias democracias. A veces de manera abrupta pero muchas otras, por lo general, con sutilezas amparadas en legitimidades y legalidades mal aprehendidas o simplemente manipuladas. Detectar los síntomas es un trabajo contracultural en la gestión de los gobiernos. Es parte del desafío actual.

La democracia constitucional importa aceptar que existen acuerdos básicos sobre los cuales es posible construir mayores niveles de ciudadanía e institucionalidad. El núcleo duro de ese acuerdo son los derechos y garantías humanos que son ante todo un límite al poder, a los poderes. Los derechos fundamentales son límites al «poder». Nacieron con la clara finalidad de impedir que una mayoría coyuntural pueda, con base en una «legitimidad de origen», violar los derechos humanos. Son, en síntesis, indisponibles, transformándose en un límite al propio sistema democrático. En rigor, representan más que un límite, ya que son el propio fundamento del sistema democrático y constitucional. La protección transnacional refuerza esta perspectiva al presentarse como instancia internacional de protección de los derechos fundamentales, dada la real posibilidad de que los Estados incumplan los compromisos internacionales asumidos en los tratados regionales y universales de derechos humanos.

El mercado y sus reglas están atravesados por ese núcleo duro y no a la inversa. No hay mercado posible sin que este asuma que su destino es promover las condiciones que permitan el derecho efectivo al desarrollo de las personas, de allí que es connatural al sistema constitucional la regulación estatal del mercado. Podemos discutir las intensidades de esa regulación, más no que el mercado se encuentra atravesado por las reglas constitucionales y de los derechos humanos.

La lógica del poder busca siempre zonas de confort y no control. La dimensión de las democracias constitucionales y de los derechos humanos nos propone justamente un espacio indisponible por parte de los poderes internos de los Estados. Es una «porción» de la vida ciudadana e institucional que no les pertenecen, en tanto es dominio de la humanidad toda.

De allí la fuerte reacción del poder y de los poderes especialmente contra los tribunales internacionales de la justicia de los derechos humanos. Esta comporta en esencia una justicia que rompe la lógica del poder de escaparle al control, ya que al ser transnacional se encuentra fuera del alcance de dicha lógica

Las decisiones de Estado tienen al menos dos dimensiones: una, la estrictamente política, la otra del orden de la razonabilidad.

La política implica determinado margen de apreciación y valoración por parte de la autoridad máxima de qué tipo de política pública construir, en qué momento adoptarla y cuál es el valor superior que intenta satisfacer con la misma.

La segunda, razonabilidad, ya requiere insumos técnicos e intervención de organismos y órganos internos y externos de control con la mayor especificidad técnica posible y autonomía de criterio. Aquí existe una responsabilidad funcional de quién aconseja un camino y no otro, asumir unas consecuencias y no otras.

La máxima autoridad de gobierno adopta decisiones previa síntesis que efectúa de ambas dimensiones, la cual debe estar suficientemente justificada y comunicada. Aquí la responsabilidad esencialmente es institucional y electoral. Ciertamente es que cada cual es responsable por las decisiones que adopta, pero dichas responsabilidades son distintas según la distribución de funciones y la naturaleza de la decisión que se adopta. Los caminos para hacer efectivas las responsabilidades son diversos y de los más variados alcances. No hace falta imaginar nuevos mecanismos, estos ya existen por doquier.