

Reflexiones acerca del procedimiento administrativo frente a la crisis del sistema autoritario

POR INÉS A. D'ARGENIO (*)

Sumario: I. Propuesta.- II. Los procesos de adopción de decisiones de la administración pública.- III. Obstáculos para la instalación de nuevos procesos de adopción de decisiones. IV. En qué consisten los nuevos procesos de adopción de decisiones

Resumen:

Objetivo: Mostrar la necesidad de revisar el instituto del procedimiento administrativo, reconociendo su calidad de garantía del obrar jurídico de la administración pública, pero superando el alcance tradicional que lo define solo en relación a la emanación final de un acto administrativo de autoridad.

Metodología: Partiendo del reconocimiento de la presencia de un nuevo proceso social que se elabora desde otras disciplinas (filosofía, sociología), sustitutivo de la modernidad en cuyo seno se gestó el Estado-Nación que brindó marco al surgimiento del derecho administrativo autoritario, estudiamos la posibilidad de conformar un nuevo derecho administrativo que no ponga el acento en el poder centralizado sino en la presencia de una sociedad que se auto instituya y defina como inmanente a ella el contenido del interés público que resulta de su realidad cotidiana. El método consiste especialmente, en el análisis de todas las propuestas emergentes de normas supranacionales y nacionales recientes vinculadas a ese nuevo proceso social que prioriza la inserción pública en la gestión administrativa, y se expresa en términos de participación, información, transparencia, control social, control de resultados. Conclusiones: Del análisis antes dicho resulta ineludible el desplazamiento de la idea del acto administrativo de autoridad tal y como ha llegado hasta nuestros días luego de dos siglos de vigencia constante, en cuanto manifestación de voluntad de un poder recoleto para decidir por la sociedad y en beneficio de ella. Por consecuencia, deberán integrarse las regulaciones procedimentales vigentes superando la presencia de un procedimiento único previsto hasta ahora como derivación del principio liberal del debido proceso, para dar paso a otros procedimientos que constituyan verdaderos mecanismos institucionales para canalizar la expresión de una sociedad activa.

Reflections on administrative procedure

In front of the crisis of the authoritarian system

Abstract

Objective: Show the need to revise the Institute of the administrative procedure, recognizing its guarantee of quality on the legal act into public administration, but going beyond the traditional scope that defines it only in relation to the final emanation of an administrative act of authority.

Methodology: Departing from the recognition of the presence of a new social process elaborated from other disciplines (philosophy, sociology), we study the possibility of creating a new administrative law which aims in the public interest of the society based on its everyday reality. The method focuses in the analysis of all the emerging proposals of recent national and supranational rules associated with this new social process that prioritizes the public inclusion in administrative management, and is expressed in terms of participation, information, transparency, social control, control of results.

(*) Profesora Titular de Posgrado de Derecho Administrativo en la Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P. y en la Facultad de Derecho UBA.

Conclusion: It's inevitable the displacement of the idea of the administrative act of authority such as it has come down to our days during two centuries, as manifestation of will of a secluded power to decide by society and on benefit of it. Consequently, the procedural regulations in force must be integrated surpassing the presence of a single procedure provided so far as a derivation of the liberal principle of due process, to make way for other procedures which constitute real institutional mechanisms to canalize the expression of an active society.

I. Propuesta

El derecho administrativo surge y se elabora como un derecho al servicio de la dominación del poder; y con esa impronta llega hasta nuestros días imponiéndose en su concepción autoritaria, sin perjuicio de los principios e instituciones desarrollados durante el siglo XX para obrar como límites a las prerrogativas de la administración pública. Entre esas instituciones, y con carácter esencial, se destaca el procedimiento administrativo concebido como garantía para las personas a quienes va dirigido el acto administrativo que emana como consecuencia de su desarrollo. El procedimiento administrativo garantiza que la expresión de “voluntad de la administración pública” (1) esté sustentada en antecedentes de hecho y de derecho idóneos para motivar la *decisión* productora de efectos jurídicos hacia terceros, sustituyendo de tal modo el discernimiento, la intención y la libertad, elementos estos que constituyen la voluntad en el ámbito del derecho privado. No obstante su imposición a la administración pública como instituto esencial para asegurar el tránsito de la actividad estatal para el dictado del acto administrativo, éste sigue siendo expresión de voluntad de aquélla: una decisión emanada en el ámbito de una estructura burocrática regida por el principio de jerarquía que dice lo que es derecho en el caso concreto (2).

Hace tiempo que proponemos, siguiendo a Bartolomé FIORINI, la necesidad de desplazar el acto administrativo de autoridad como única expresión conocida y aceptada del ejercicio de función administrativa (3), advirtiendo que desde distintas disciplinas se promueve hoy la adopción de nuevos paradigmas (4) adecuados al proceso social en marcha que permitan un desarrollo participativo del

(1) La vinculación a la norma jurídica – dice Ernst FORSTHOFF – tiene lugar solo allí donde la administración interviene en los derechos del individuo, en su libertad y propiedad; pero frente a las numerosas instituciones vinculadas al servicio público, hay independencia de la norma jurídica. Por tal razón, para Forsthoff, el acto administrativo posee sin más, autoridad como manifestación de voluntad de la administración (Tratado de Derecho Administrativo, edición traducida al español; escribe el prólogo de su primera edición en 1949)

(2) El acto administrativo es un acto de autoridad – dice Otto MAYER – que emana de la administración y que determina frente al súbdito lo que para él debe ser derecho en un caso concreto (Derecho administrativo alemán, edición Depalma en español, Buenos Aires, 1982, primera edición alemana, 1895). El acto preserva su calidad de acto de autoridad, no obstante que el propio autor caracteriza al Rechtsstaat como organización del poder público que tiene a dirigir las actividades de la Administración según reglas de derecho que determinan por anticipado las situaciones jurídicas de los individuos sobre los cuales actúa; expone así una posición de avanzada que luego se retrotrae, especialmente en el pensamiento de FORSTHOFF al que hemos referido, quien – al decir de Alejandro NIETO – pone el énfasis en la eficacia de la Administración y el centro de gravedad en el interés público interpretado por el poder con la menor intervención posible del ciudadano (en La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo Revista de Administración Pública, Civitas, Madrid, 1975)

(3) D'ARGENIO, Inés A. Un enfoque erróneo en la concepción del derecho administrativo, Revista Lexis Nexis Depalma, número 48, 2004. Lo recordamos especialmente con estas mismas palabras en D'ARGENIO, Inés A. Hacia el desplazamiento del acto administrativo como productor de situaciones jurídicas de privilegio, Suplemento La Ley Administrativo, 9 de febrero de 2009, en nota a fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Asociación Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo” del 11 de noviembre de 2008, en el que la Corte decidió que la ausencia de un acto administrativo que otorgue personería a un gremio no lo inhabilita para desplegar su actividad en los aspectos y finalidades para los que fue creado, considerando que la limitación impuesta legalmente a ese efecto exigiendo la previa existencia de un acto administrativo expreso que otorgue personería gremial (art 41 inc. a) ley 23.551), marcha en sentido opuesto a las necesidades de una sociedad democrática.

(4) KUNH, Thomas S. relata cómo surgió la idea de “paradigma” durante su estada entre 1958 y 1959 en el Centro de Estudios Avanzados sobre Ciencias de la Conducta de la Universidad de Stanford, EE.UU, establecido en 1954 por la Fundación Ford: su intento por descubrir la fuente de las diferencias existentes entre la comu-

hombre en sociedad. Sin perjuicio de una referencia general a los autores que se ocupan del tema (5), consideramos esencial la remisión a Cornelius CASTORIADIS. En los Seminarios desarrollados en la Escuela de Altos Estudios Sociales de París, entre 1982 y 1983 (6) se introduce en las raíces del mundo griego y especialmente en la *polis* como *autoconstitución de un cuerpo de ciudadanos que se consideran autónomos y responsables, y se gobiernan legislando*, y califica a la cultura griega como una especie de *germen que sigue fecundo para nosotros*. Manifiesta que su preocupación central es *restituir las significaciones y las instituciones en las que se encarnan esas significaciones por medio de las cuales cada sociedad se constituye como tal*; propone comprender el mundo griego antiguo para actuar y para transformarnos, comprender el mundo griego antiguo a partir de lo que nosotros somos, y concebir de tal modo a la democracia como un régimen sin ninguna norma exterior

nidad de científicos sociales y la comunidad de científicos naturales lo llevaron a darse cuenta de la función que desempeña en la investigación científica lo que desde entonces he dado en llamar “paradigmas”, es decir, logros científicos universalmente aceptados que durante algún tiempo suministran modelos de problemas y soluciones a una comunidad de profesionales (en el Prefacio fechado en Berkeley, California, febrero de 1962, de La estructura de las revoluciones científicas, tercera edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2006). Especialmente los administrativistas brasileiros aplican esta noción para un estudio sistemático de los profundos cambios producidos en el derecho administrativo (una remisión ineludible a MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Direito Regulatório, Renovar, Río de Janeiro, 2003; Mutações do Direito Administrativo, Renovar, Río de Janeiro, 2007; Quatro paradigmas del direito administrativo post moderno, Forum, Belo Horizonte, 2008; Ensayo sobre el resultado como nuevo paradigma del derecho administrativo – en el Blog que se indica a continuación – y La transformación del Estado moderno: desdoblamiento jurídico de una lectura, conferencia de homenaje a Jacques Chevallier, autor de la obra “Estado post moderno”, en el mismo Blog, en la que se refiere a las transformaciones del poder político, destacando la eclosión de conciencia de la incontestable superioridad del hombre que aparece después de transcurrido el último siglo de la era moderna, y la consecuente revigorizada percepción de un Derecho referido al hombre en sociedad; cuando los problemas que se van presentando – dijo entonces Moreira Neto – ya no admiten solución mediante el empleo de los paradigmas vigentes, la comunidad científica se moviliza investigando y formulando nuevos paradigmas que sustituyan a los anteriores). Toda la información al respecto resulta de un excelente Blog creado por el profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Candido Mendes de Río de Janeiro Farlei MARTINS RICCIO de OLIVEIRA, denominado precisamente Direito Administrativo em Debate, cuyo objetivo es, según se aclara estimular la discusión sobre las transformaciones del Derecho Administrativo en el contexto histórico contemporáneo y su identificación gráfica una pintura de Eugène Delacroix titulada “La libertad guía al pueblo”, alusiva a la Revolución Francesa, “marco histórico del surgimiento del derecho administrativo”. En ese Blog se publicó un artículo de mi autoría, en mayo de 2008, en el que precisamente cotejaba la profundidad con que se encara en Brasil el debate sobre las transformaciones del derecho administrativo en los últimos años, con el poco interés en debatir al respecto que caracteriza a los estudiosos de la disciplina en Argentina, asidos a la fuerza de la tradición que se imparte en las aulas con referencia al régimen jurídico francés como el único conocido (D'ARGENIO, Inés A Los estudiosos del derecho administrativo permanecemos complacidos en nuestro propio pensamiento (una excepción: la justicia administrativa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires)). También Sabino CASSESE se refiere a los nuevos paradigmas del Estado que ponen en discusión todas las nociones, los temas y los problemas clásicos del derecho público y requieren un cambio de actitud científica respecto del derecho, porque la doctrina jurídica no puede dejar quietos los propios códigos de referencia con un cambio tan radical de su objeto (en La crisis del Estado Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2003, páginas 151 y siguientes “Los nuevos paradigmas del Estado”)

(5) Entre muchos otros, BERGMAN, Marshall Todo lo sólido se desvanece en el aire. La experiencia de la modernidad, Siglo XXI, 1999; MAFFESOLI, Michel El instante eterno Paidós, 2001, Elogio de la razón sensible, Paidós, 1997; NEGRI, Antonio La fábrica de porcelana, Paidós, 2008; y otras citas sistematizadas en D'ARGENIO, Inés A. Inserción social en la gestión administrativa en Derecho público para administrativistas, director BAS-TONS, Jorge Luis, Editora Platense, 2008.

(6) Publicados bajo el título Lo que hace a Grecia I. De Homero a Heráclito, La creación humana II, Fondo de Cultura Económica, 2006. En la presentación de la obra que realiza Pierre Vidal-Naquet, en junio-julio de 1999 destaca que Castoriadis y Claude Lefort, fundadores de la publicación Socialisme ou Barbarie, descubrieron durante el invierno 1963-1964 “más allá de Marx, la idea democrática y en particular, la idea de la democracia directa autoinstituyente”

a sí mismo (7); y expone que cada vez que una sociedad se instituye hay emergencia de un nuevo magma de significaciones imaginarias, creación de nuevas instituciones que las encarnan. Considera de suma importancia que en la religión griega no existe ningún dogma, ninguna verdad que repose en una autoridad trascendente (8) (en la religión olímpica no hay idolatría); existe, por el contrario una religión de la *polis*, el culto político está ligado a la ciudad que lo asume, lo organiza, le pone reglas, sanciona su observancia. Quienes no tienen *asamblea deliberativa de la comunidad* son monstruos y no humanos (como el caso de los Cíclopes en el relato homérico): no se trata sólo de poder decidir –afirma en página 183 en un pensamiento que vincula al sistema actual de regulación concurrencial– sino también de reflexionar, de preguntarse sobre qué asunto va a tomarse o no va a tomarse una decisión; como *no hay fuente trascendente de la verdad* –agrega en página 186– no hay intérprete designado de la verdad, sino que el campo está abierto a la competencia discursiva; y no hay ninguna fórmula cósmica que diga el derecho (en página 222). Señala que en las ciudades griegas, sin duda a partir del siglo VII y antes de Tales mismo, surgió una filosofía en acto, no simplemente en palabras, como lucha política dentro de la comunidad para cuestionar el orden instituido, y el demos comenzó entonces a autodefinirse como fuente de la ley. Para los griegos –afirma en página 311– el ser no es presencia sino peras, determinación. De toda su elaboración concluye –en los informes de enseñanzas anexos– en que *la sociedad no puede ser pensada más que como una creación de sí misma; la democracia directa de los atenienses* –dice en página 319– *implica que el cuerpo político legisla y gobierna en persona, requiere una participación efectiva de los ciudadanos en los asuntos de la polis, participación que es a su vez alentada y estimulada por medidas expresas; va a la par del rechazo de la representación. La polis democrática no tiene y no es un “Estado” en el sentido moderno del término; ella es la comunidad de los ciudadanos.*

“Por política yo entiendo la actividad lúcida (9) que apunta a la institución de la sociedad por la sociedad misma...Para transformar la polis de simple recinto y refugio fortificado en comunidad política, el demos debe crear el logos como discurso expuesto al control y a la crítica de todos y de sí mismo, y sin poder adosarse a una autoridad simplemente tradicional. Y recíprocamente, el logos no puede ser creado efectivamente más que en la medida en que el movimiento del demos instaura en acto un espacio público y común, donde la exposición de las opiniones, la discusión y la deliberación...se vuelven reales por primera vez en la historia de la humanidad. Y este espacio público es la creación de un tiempo público del pensamiento...Esta actividad política, esta autoinstitución de la sociedad, es al mismo tiempo pensamiento...En el plano estrictamente político es la creación de una institución donde las fuerzas en lucha...se equilibran por una autolimitación mediante la cual el poder ya no puede pertenecer a una persona o a una categoría particular, sino que pertenece a todos y a nadie, está a la vez ubicado “a igual distancia” de todos y ya no puede ser objeto de apropiación, sino que también es igualmente participado por todos de manera simultáneamente colectiva (es el demos en su Asamblea, en su ekklesia, quien legisla sobre todo)...Así el poder está esencialmente

(7) La ideología del interés general como principio rector de un derecho administrativo autoritario, surge de su calidad de ser trascendente a la comunidad y no inmanente a ella tal y como lo describe François RANGEON en una genealogía de lectura altamente recomendable para quienes pretendemos superar la vigencia de este mito fundante de una administración pública con poder suficiente para decidir por su sola voluntad acerca de nuestras vidas (RANGEON, Françoise L'idéologie de l'intérêt général, Preface de Georges Vedel, Economica, Paris, 1986).

(8) Dice en página 203 que la posibilidad histórica de la filosofía depende del hecho de que no hay un Dios que haya revelado la verdad del mundo, en cuyo caso solo tendríamos la posibilidad de una interpretación de la palabra divina; y que la actividad política de los hombres, el propósito explícito de una institución de la sociedad por parte de una colectividad que se instituye a sí misma, también presupone la ausencia de un orden ideal predefinido de las cosas humanas: no existe ley social conocida o impuesta de antemano que sea válida de una vez por todas.

(9) José SARAGAMO escribe Ensayo sobre la lucidez relatando cómo la población de la ciudad capital de un Estado imaginario se revela contra el orden instituido votando en blanco. Enardecido, el “gobierno” dispone una retirada de las autoridades para lograr el “regreso a la normalidad democrática” y amonesta a sus pobladores diciéndoles que “con esta acción radical la ciudad insurgente quedará entregada a sí misma, tendrá todo el tiempo que necesite para comprender lo que cuesta ser segregada de la sacrosanta unidad nacional” (página 99 de la edición en español Alfaguara, Buenos Aires, 2004).

desmitificado y desacralizado, y la democracia es concreta, no está reducida de ninguna manera a una igualdad abstracta ante la ley". (Saramago, 2004: 99) (10).

A algunos administrativistas puede resultarles pura poesía. Asidos como están a un sistema administrativo autoritario que ya lleva más de dos siglos de vigencia -y que surgió como hijo dilecto de la modernidad configurada sobre la base de un Estado fuerte que planifica sobre la sociedad sin requerirle consenso alguno, constituido como República única e indivisible en la Constitución de Francia en miras al interés extrasocial, trascendente y preestablecido de la defensa nacional- la mera posibilidad de reflexionar acerca de un sistema de organización diferente sustentado en los postulados de la Grecia antigua, resulta como mínimo "molesta": un sacudón innecesario al "diván imperial" (11) en el que descansan, que serviría solo para satisfacer algún desequilibrio "anarquista" de quienes postulamos la traslación a nuestra disciplina de estas profundas reflexiones (12).

Sin embargo, la tendencia general en la materia proveniente de ámbitos supranacionales resulta acorde con la presencia de un *espacio público y común donde la exposición de las opiniones, la discusión y la deliberación se vuelvan reales*. Así, la Convención de las Naciones Unidas contra la co-

(10) En la misma obra entre páginas 319 y 344; y a partir de allí, son destacables aún otros conceptos en los que insiste sobre el "espacio público": No hay polis sin creación de un espacio público de interrogación y de control recíprocos; la fuente de la institución es la voluntad instituyente del pueblo; nada puede determinar de antemano el contenido de una ley; y, con remisión a Aristóteles: el poder instituyente es originario, es vano buscarle una norma externa; el pueblo establece y dice el derecho a partir de sí mismo. Afirma que la democracia representativa es la gran mistificación política de los tiempos modernos; y en página 353 atribuye a Platón ser quien empieza y funda el engaño mortal de una pericia, de "un saber o ciencia particular que habilitaría para gobernar a los humanos"; con Platón, dice en página 365, aparece la fuente extrasocial de la institución, la búsqueda de la opinión correcta o recta que contiene la razón. El análisis de las posiciones contrapuestas de ambos filósofos está expuesta con maestría por RANGEON en la obra ya citada, como base de toda la genealogía del interés general, eje del sistema administrativo autoritario, que emprende en su obra.

(11) Siempre acudimos a esta expresión magnífica de Gregoire BIGOT, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Presses Universitaires de France, 2002. Debo decir que valoro profundamente la especial atención que pone siempre en nuestras reflexiones el profesor Osvaldo Héctor Bezzi, porque sin compartir el contenido de ellas, se ocupa de su análisis considerándolas especialmente en sus trabajos de investigación. Adopta así una posición excepcional en el ámbito de estudio al que nos dedicamos, que condice con su constante objetivo de formación plena, en cuanto al conocimiento exhaustivo de la doctrina tradicional suma su inquietud por no dejar fuera de contexto nuestras constantes interrogaciones acerca de un derecho administrativo diferente.

(12) Una sociedad heterónoma -dice CASTORIADIS- es una sociedad en donde los objetos sociales son investidos por los individuos de manera perfectamente rígida (Sujeto y verdad en el mundo histórico social. Seminarios 1986-1987. La creación humana I, primera edición en francés 2002, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2004). Para que haya reflexividad y capacidad de acción deliberada -en la misma obra, páginas 127 y siguientes- debe haber labilidad de las investiduras, relativa fluidez, movilidad; la heteronomía se caracteriza por la rigidez de las investiduras. Sin embargo, dice en su Seminario del 26 de noviembre de 1986, asistimos actualmente a un periodo de destitución, un movimiento del imaginario social que se retira de las instituciones sociales existentes y las desinstituye quitándoles lo esencial de su legitimidad. Para el resurgimiento del proyecto de autonomía se requiere nuevos objetivos políticos y nuevas actitudes humanas de las que, por ahora, los signos son escasos, dice en 1989 en *El mundo fragmentado* Caronte Ensayos, La Plata, 2008. Solo la profundidad intuitiva de su pensamiento original, pudo conducir a Agustín GORDILLO a hablar de fragmentación del poder para explicar el sistema de agencias con que se gestiona el derecho en el ordenamiento norteamericano. También Sabino CASSESE describe un universo administrativo fragmentado cuando analiza una distinta estructura de conjunto para una nueva forma de actuar de los poderes públicos. Alude entonces a un universo administrativo dominado por la dispersión en el cual, junto al poder central del Estado se añaden otros cuerpos centrales, siempre menos organizados en pirámide y siempre más en forma de red; y aclara: Si antes tales poderes actuaban en forma lineal, según las directrices impuestas desde el vértice superior de la pirámide, ahora desde dicho vértice no llegan impulsos coherentes sino, a lo sumo, indicaciones de los diversos intereses que deben tenerse presentes, por lo que las opciones se realizan por distintos grupos (en *Las bases del derecho administrativo* Ministerio para las Administraciones Públicas. Instituto Nacional de Administraciones Públicas, Madrid, 1994, Capítulo V nº 13, conclusiones; y en el Capítulo IX aborda directamente "El procedimiento" luego de anticipar que examinará en este capítulo una nueva forma de actuar de los poderes públicos).

rrupción, aprobada en nuestro país por ley del Congreso número 26.097 -lo mismo que la Convención Interamericana contra la corrupción aprobada por la Organización de Estados Americanos el 29 de marzo de 1996 y, en nuestro país, por ley del Congreso número 24.759-, tiene principalmente en cuenta en su preámbulo que los Estados deben cooperar entre sí para la prevención y la erradicación de la corrupción, y que deben hacerlo *con el apoyo y la participación de personas y grupos que no pertenecen al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones de base comunitaria, para que sus esfuerzos en este ámbito sean eficaces*. Por consecuencia, manda en su articulado a los Estados parte, aplicar políticas que *promuevan la participación de la sociedad* y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas (artículos 5 inciso 1 y 9 inciso 1); y adoptar las medidas que sean necesarias para aumentar la transparencia en su administración pública, en vinculación estrecha con el derecho del público en general a obtener información sobre la organización, el funcionamiento y los procesos de adopción de decisiones de su administración pública (artículo 10, así como el artículo 13 en cuanto manda adoptar medidas similares para *fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público*, a los que ya hizo referencia en el preámbulo, insistiendo en el objetivo de *promover la contribución de la ciudadanía a los procesos de adopción de decisiones*).

II. Los procesos de adopción de decisiones de la Administración Pública

El acto administrativo de autoridad es un acto emanado en ejercicio de prerrogativas propias de un poder público que desarrolla su actividad en el marco recoleto de una burocracia orgánica estructurada jerárquicamente, aún en las situaciones que resultan de los intentos conocidos de su descentralización o desconcentración. Como ya se expusiera, la mayor garantía de legalidad que protege a las personas a quienes sus efectos están destinados ha sido la instalación, en la segunda mitad del siglo XX, de un *procedimiento administrativo* consagrado como elemento esencial de creación del acto, en el que se expresan los antecedentes de hecho y de derecho que motivan la *decisión* así como las circunstancias que corroboren la concreción de la finalidad pública impuesta legalmente al órgano competente.

El procedimiento administrativo es un logro indiscutible en la lucha por la presencia de garantías para asegurar que el ejercicio de sus potestades por parte de la administración pública esté sometido a la juridicidad como principio inalienable del Estado de Derecho. Sin embargo, su estructura tradicional elaborada sobre la base del principio liberal del debido proceso, con intervención de los *interesados* a quienes la *decisión* pueda alcanzar -caracterizados en todas las legislaciones vigentes como titulares de derechos subjetivos o intereses legítimos, o a lo sumo, de los denominados intereses difusos-, ha sido definitivamente superada y desbordada por los nuevos postulados que mandan promover *la contribución de la ciudadanía a los procesos de adopción de decisiones*. Esos procesos de adopción de decisiones requieren de un marco estructural distinto, absolutamente superador de la idea de una relación estrecha entre el acto administrativo de autoridad a cuya emanación tiende la sustanciación del procedimiento administrativo conocido, y las personas a quienes sus efectos van dirigidos, sustentada en la relación jurídica sustancial del derecho privado entre partes interesadas, aún en el estadio más novedoso de los intereses difusos. Y requieren, fundamentalmente, el desplazamiento del acto administrativo de autoridad como única forma conocida de gestión del derecho por la administración pública, porque su sola presencia impide una contribución auténtica de la ciudadanía expresándose en el ámbito de un espacio público y común donde *la exposición de las opiniones, la discusión y la deliberación se vuelven reales*. Ambas situaciones son absolutamente antagónicas: el ejercicio de prerrogativas públicas en la adopción de la *decisión* por la autoridad administrativa y la inserción de la sociedad en el proceso pertinente, en el marco de un espacio público participativo.

La ley que regula el procedimiento administrativo en Italia (Legge 7 agosto 1990, n. 241) fue modificada en el año 2005 (por leyes n. 15 y n. 80 de ese año) para introducir entre otras muchas disposiciones nuevas, la contenida en el artículo 1-bis que dice: "La administración pública, en la

adopción de actos de naturaleza no autoritaria, actúa según las normas de derecho privado, salvo que la ley disponga diversamente”. Antes proclama, en este ámbito de modificaciones y en el artículo 1, que la actividad administrativa se rige por criterios de “publicidad y transparencia”. O sea que pretende estructurar un proceso de adopción de decisiones, que en el ámbito del derecho administrativo configura una decisión de autoridad –por opuesta al acto no autoritario regido por el derecho privado–, aplicando los principios de publicidad y transparencia, pero sin apartarse de la idea central de que es la autoridad quien decide. No acudimos a la legislación italiana para una crítica específica a su modo de encarar el proceso de adopción de decisiones, sino como paradigma del sistema continental europeo y latinoamericano de derecho administrativo vigente, incluida por cierto la Argentina.

En efecto: aunque en nuestro país el derecho administrativo no se estructuró sobre la base de un sistema de doble jurisdicción en el que el juzgamiento del acto administrativo quedaba reservado a una jurisdicción ajena a la jurisdicción judicial, la adopción del régimen administrativo francés trajo consigo, naturalmente, la existencia de una doble posibilidad de actuación administrativa: como autoridad y como gestión. La circunstancia de que la gestión se rigiera en el sistema de origen por el derecho privado y fuese sometida a la jurisdicción judicial –lo que brindó al derecho administrativo calidad de “exorbitante” del derecho privado (13)– agravó la confusión en la interpretación de nuestras instituciones administrativas que, en general, no aceptaron tal dualidad de regímenes, quedando ambas situaciones bajo la regulación del derecho administrativo (14). Pudo entonces haberse comprendido, como lo hizo Bartolomé Fiorini, que el derecho administrativo es un derecho íntegramente regulador del ejercicio de la función administrativa, sin las características propias de su configuración autoritaria que le imprime la exorbitancia: un derecho garantizador no solo en función de la libertad que la antinomia clásica opone a la autoridad, sino y, principalmente, como regulador integral de la actividad administrativa que no se caracteriza entonces por sus prerrogativas sino, al contrario, por su sujeción integral a la juridicidad (15). Toda la actividad administrativa,

(13) Decíamos en el trabajo citado en nota 4, publicado en el Blog del profesor Martins Riccio de Oliveira, que la configuración a partir de esa exorbitancia surge en Francia a principios del siglo XIX, sobre la base de que el Estado actúa fuera del derecho común, como fuerza y por el interés general, y que su autoridad se impone forzando la resistencia que pueden oponerle los derechos civiles, privados o particulares.

(14) Basta con leer el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en causa “Serra, Fernando H. y otro c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” del 26 de octubre de 1993, en el que el esfuerzo argumental para explicar el doble sistema – que implica en el marco de los artículos 23 a 32 del decreto ley 19.549/72 una doble vía de acceso a la justicia más o menos exigente según se trate de actos administrativos de naturaleza “autoritativa” o “non autoritativa”, en la expresión de la legislación italiana – no trae la consecuencia de excluir a la actividad administrativa de gestión del ámbito del derecho administrativo, sino solo de considerarla diferente del acto administrativo de autoridad para el acceso a la justicia.

(15) Cuando FIORINI habla de un enfoque garantizador del derecho administrativo, no lo hace siguiendo la concepción histórica liberal, a la que – según una magistral explicación de Alejandro NIETO – se opone la concepción que pone el énfasis en la eficacia de la Administración y el centro de gravedad en el interés público interpretado por el poder con la menor intervención posible del ciudadano (en La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo, Revista de Administración Pública, Civitas, Madrid, enero-abril 1975). En su tesis introductiva a la teoría jurídica de la actividad administrativa (Teoría jurídica del acto administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969) FIORINI ubica al derecho administrativo en nuestro ordenamiento jurídico, obteniendo como única consecuencia posible su concepción como derecho garantizador en tanto regulador de toda la función administrativa con causa primaria en la Constitución. De tal modo, considera al acto administrativo como resultado objetivo y previsto de normas legales previas imputadas a un órgano y lo presenta como manifestación concreta de la juridicidad que dimana del artículo 31 CN, como fuente de toda la actividad administrativa. La importancia no la adquieren por ser actos –dice– sino por la función jurídica que produce sus efectos o consecuencias reguladas por normas que los sustentan; y propone aprehender un unívoco concepto que exhiba la esencia de cualquier clase de la actividad jurídica de la administración pública, lo que conduce –según él– a desterrar cierto predominio de las ideologías autoritarias del pasado. En la segunda edición del Manual (Derecho Administrativo, La Ley, 1976) afirma que la juridicidad rige todos los quehaceres de conducta debida de la actividad estatal, considerando al acto administrativo como expresión de actividad institucional, en cuanto no es una manifestación de voluntad sino la consecuencia

generalizada sólo como actividad de gestión del derecho, está regida por el derecho administrativo como sistema integral garantizador de la juridicidad de ese ejercicio; y, de tal modo, se desplaza la necesidad de considerar a la función solo en actos administrativos de autoridad. Si en Argentina no utilizamos el sistema continental europeo que considera regido por el derecho administrativo solo al acto de autoridad, debemos coincidir en la elaboración de un derecho administrativo que no tenga por eje de desarrollo el acto administrativo de autoridad sino la gestión administrativa toda en cuyo marco, se diluye el acierto de aquél acto en el cumplimiento de los cometidos públicos (16). Y esto es materia de procedimiento administrativo.

que se produce en el complejo de la organización. También Franco Gaetano SCOCA otorga relevancia a la actividad administrativa afirmando que es necesario construir una teoría de la actividad administrativa al lado de la teoría de los actos, poniendo como ejemplo el procedimiento de la “conferencia de servicios” que rompe el esquema tradicional de la decisión solitaria (citado por Domenico D’ORSOGNA en Conferenza di servizi e amministrazione Della complexita Giappichelli Editore, Torino, 2002).

(16) En el año 2003 se sancionó en nuestro país la ley nacional 25.724 que creó el “Programa de Nutrición y Alimentación Infantil” en cumplimiento del deber indelegable del Estado de garantizar el derecho a la alimentación de toda la ciudadanía (artículo 1). Para su ejecución se dictó el decreto del Poder Ejecutivo Nacional 1018 del año 2003 ratificando los objetivos del Programa, destacando a la Comisión Nacional de Nutrición y Alimentación como Unidad Ejecutora Central para, entre otras funciones, la asistencia alimentaria directa, el sistema de monitoreo permanente del estado nutricional de la población, la evaluación integral del Programa, etc. y proclamando que las acciones serán emprendidas a partir del dictado de la presente reglamentación, conforme se detalla y en las etapas y para los componentes que en cada caso se establecen. Sin embargo, y cuando parece que a partir de este último enunciado la gestión ya está en condiciones de ser instaurada, el mismo decreto reglamentario manda a los Ministerios de Salud y de Desarrollo Social, en el marco de la “segunda etapa” de gestión, dictar una resolución conjunta tendiente a fijar los mecanismos de coordinación de las acciones inherentes a la implementación del Programa (cuando creímos que ya estaba en marcha, en la segunda etapa recién se manda dictar una resolución para fijar los mecanismos de coordinación). A su vez, la Comisión Nacional de Nutrición y Alimentación deberá dictar normas atinentes a su funcionamiento, elaborar un plan estratégico para “la articulación interjurisdiccional o intersectorial, así como la determinación de la competencia de cada organismo ejecutor”; y el Ministerio de Desarrollo Social, optimizar el acceso de la población más necesitada a las prestaciones alimentarias nutricionales y al cuidado de la salud. Toda la información que conforma este sistema permanente para la evaluación del estado nutricional de la población – dice el art. 5 inc. g) del decreto 1018/03 - deberá ser centralizada, evaluada y difundida por la Comisión Nacional de Nutrición y Alimentación. El 24 de noviembre de 2005 se dictó otro acto administrativo de autoridad, esta vez por la Comisión Nacional referida, con el fin de “expedir las normas” que contribuyan al cumplimiento del objeto de creación del Sistema Integrado de Alimentación y Nutrición creado por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 780 del 14 de noviembre de 2005. Esta nueva norma de la Comisión, además de ser nueva causa de un sin fin de actos administrativos consecuentes, define los programas sociales de alimentación como “instancias técnico administrativas con capacidad legal”...(si en este instante pensamos que va a decir con capacidad legal para “alimentar”, nos equivocamos, es solo para “diseñar, promover, ejecutar y evaluar actividades orientadas a la prevención y solución de un problema nutricional” que, en el año 2005, obviamente, aún no estaban diseñados, ni promovidos ni, mucho menos ejecutados). En el título 2 de esta normativa de la Comisión –que debió dedicarse a ejecutar la ley gestionando concretamente el derecho en la realidad social- se autoatribuye la definición de las políticas de alimentación y nutrición del país, sobre la base del estado situacional de la población beneficiaria y la capacidad institucional del Estado para su ejecución. Dos años después de la sanción de la ley que manda alimentar, la autoridad de aplicación recién se prepara para definir las políticas y los objetivos sobre los cuales deberán orientarse la planificación y ejecución de planes (artículos 14 y 15). Si a esta altura todavía se están definiendo la planificación y ejecución de los planes, quiere decir, inexorablemente, que todavía los planes no se han ejecutado, lo que se corrobora con la lectura del artículo 17 de la misma normativa, en el que ésta recién considera cuáles son los probables instrumentos a utilizar “para la definición de las políticas y con el objeto de garantizar la atención a los grupos vulnerables”. El 4 de setiembre de 2006 el diario La Nación informa, en su editorial “Hambre, un grito desesperado”, que el 70% de la población del país de menos de 18 años, esto es, nueve millones y medio de niños, continúan viviendo en la pobreza y la mitad ya casi carece de alimentación digna. Dice Gustavo Daniel Moreno, Asesor Tutelar del fuero en lo contencioso administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que el ordenamiento jurídico en materia de derechos económicos y sociales no ha superado su estado de imprenta: las leyes no se actúan, solo se declaman convenientemente desde el PE (en causa Villa 20 y otros c. Instituto de la Vivienda de la CABA, resolución de 1ª instancia del 4 de setiembre de 2007)

III. Obstáculos para la instalación de nuevos procesos de adopción de decisiones

A) *La inmutabilidad de la decisión administrativa unilateral*

Es imposible insertar la participación pública en el esquema de un procedimiento previsto para la emanación de un acto de autoridad. Concebido el procedimiento administrativo en el marco tradicional que lo estatuye en garantía del debido proceso pero limitado al esquema de emanación de un acto de autoridad, no admite el ejercicio pleno de la participación pública en la gestión del derecho. Todas las regulaciones vigentes -y, lamentablemente, aún las que se proyectan- exigen la calidad de "parte interesada" a quien pretende intervenir en el procedimiento, guiada por las categorías estancas del derecho subjetivo y el interés legítimo, con la consecuencia aberrante de una "denuncia de ilegitimidad" pergeñada como obstáculo para el acceso a la justicia.

Cuando la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires hace lugar a una excepción opuesta por una administración, a la que se demanda en virtud del dictado de un acto administrativo sancionatorio en el marco de una relación de empleo (17), y omite un pronunciamiento de fondo con sustento en que el referido acto administrativo ha adquirido *firmeza*, no solo vulnera de manera ostensible la garantía superior de la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 15 de la Constitución provincial -priorizando disposiciones formales de normas procesales de inferior jerarquía-, sino que otorga inmutabilidad absoluta a la decisión de un órgano administrativo a quien atribuye *poder para decidir con alcance de inmutabilidad absoluta*. Y lo hace sobre la base de aceptación dogmática de una "verdad que reposa en una autoridad trascendente": la necesidad de otorgar seguridad jurídica al ejercicio de una función estatal que no puede verse obstaculizada por la ingerencia de ciudadanos que pretendan cuestionar ese ejercicio, principalmente cuando se refiere a la perentoriedad de los plazos en materia recursiva y a las consecuencias de su vencimiento, en un desarrollo argumental circular sin ninguna base de pensamiento que concluye, para el caso, en la imposibilidad de efectuar alguna dispensa "para abrir la revisión judicial de un acto firme" (18).

(17) En causa B. 63.237 Domínguez, Alfredo Luis contra Banco de la Provincia de Buenos Aires, resolución del 4 de agosto de 2004, con disidencia de Héctor Negri para quien la decisión mayoritaria comporta "una grave afectación de la garantía del acceso a la jurisdicción que en amplios términos consagra el artículo 15 del ordenamiento superior". También en causa Telefónica de Argentina S.A. c. Municipalidad de La Plata del 7 de marzo de 2007, en la que sentenció que la interposición de recursos improcedentes, aún cuando fueran sustanciados por la autoridad administrativa, no tiene la virtualidad de interrumpir el plazo de caducidad establecido en el artículo 18 del Código Procesal Administrativo (en Jurisprudencia Argentina 2007-III, suplemento del fascículo nº 4, con nuestro comentario D'ARGENIO, Inés La reglamentación del derecho de acceso a la Justicia por ordenanza municipal, según la Suprema Corte de Buenos Aires, en el que señalábamos que la Suprema Corte omitió inexplicablemente la aplicación directa del artículo 166 párrafo final de la Constitución provincial, que había sido admitida por ella misma con carácter de principio general en causa Gaineddu, resolución del 22 de abril de 2003 y los precedentes a que remite. Por el contrario, siempre elogiamos por su insuperable razonamiento, la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Martín, en causa Comper S.A. c. Provincia de Buenos Aires del 23 de septiembre de 2004 en la que se afirmó que la exigencia de agotamiento de la vía administrativa que resulta del artículo 14 del Código Procesal Administrativo, debe interpretarse en el marco de mayor jerarquía estatuido por el art. 166 citado de la Constitución provincial, por lo que, en principio, los particulares que intenten iniciar demanda contra los entes estatales, no tienen obligación de recorrer un procedimiento recursivo previo. En el mismo sentido, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Sala I, en causa Covimet S.A. Concesionaria Vial Metropolitana S.A. c. Ciudad de Buenos Aires del 11 de abril de 2003, entre otras, en la que se expresó que el ordenamiento normativo vigente no establece como principio la necesidad del agotamiento de la vía administrativa cuando se ejerce una acción contencioso administrativa).

(18) En el mismo sentido, la Sala III de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, en causa B., C. J. c. Estado Nacional del 17 de noviembre de 2005 dijo: "El rechazo de una denuncia de ilegitimidad opera en el ámbito estricto del procedimiento administrativo y resulta manifiestamente extraño a la competencia del órgano jurisdiccional, ya que la valoración correspondiente al órgano administrativo a quien compete decidirla, se agota en sí misma, y su resolución no puede suscitar la reapertura de plazos perentorios". Destacamos la afirmación de que la valoración corresponde al órgano administrativo a quien compete decidirla para mostrar el énfasis en un poder de decisión inmutable confiado al órgano administrativo, sin perjuicio de advertir además que por aplicación de

En las antípodas, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por su Sala Segunda, declaró la inconstitucionalidad de una disposición de la legislación local de procedimiento administrativo por la cual “la decisión que resuelva la denuncia de ilegitimidad será irrecurrible y no habilitará la instancia judicial”. *Adviértase* –dice la Cámara en causa *Frávega S.A. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*, del 28 de diciembre de 2006– *que la norma refiere a una decisión de la Administración, esto es una declaración unilateral de la voluntad que produce efectos jurídicos directos e inmediatos, y, por ende, un acto administrativo, al cual, independientemente del transcurso de plazo alguno, se excluye de plano e ipso iure de la posibilidad de revisión judicial; y considera entonces que mantener la validez constitucional de esa norma de procedimiento, implicaría consagrar de hecho en estos casos, la facultad de la Administración de resolver una controversia con fuerza de verdad legal*. La misma Cámara, y por la misma Sala II, dictó sentencia en una causa en que un grupo de vecinos de la Ciudad reclamaba contra la vulneración del sistema urbanístico vigente (*Asociación Civil de la Estación Coghlan c. Ciudad de Buenos Aires y otros*, del 10 de agosto de 2007), producido por el dictado de un acto administrativo que autorizó la construcción de un edificio de una superficie mayor a la permitida por el código de ordenamiento urbano. La empresa co-demandada adujo que dicho acto se encontraba firme porque había sido publicado en el Boletín Oficial el 7 de diciembre de 2004 y los vecinos recién habían deducido recurso jerárquico el 4 de mayo de 2005; temperamento éste que compartió la fiscal ante la Cámara señalando que el acto en cuestión era un acto administrativo de alcance particular y que, por consecuencia la pretensión debía ser examinada a la luz de la disposición del Código procesal pertinente que exige el agotamiento oportuno de la vía en el marco del procedimiento administrativo. La Cámara rechazó la consolidación de una transgresión a la legalidad urbanística por el mero transcurso de un plazo fugaz para interponer un recurso administrativo. *La respuesta del sistema urbanístico al fenómeno patológico de su vulneración o conculcación* –dice la sentencia en el punto 6– *requiere que se reintegre el orden transgredido a fin de hacer desaparecer del mundo jurídico los actos ilegalmente producidos y, en su caso, la posibilidad de reponer las cosas a su estado anterior*. Esa es la auténtica seguridad jurídica que se preserva en el caso, definitivamente superadora de la seguridad jurídica invocada por quienes prefieren mantener la vigencia de un acto administrativo ilegítimo, imposibilitando el control de su legitimidad, en la convicción de que la administración pública es un poder que dice el derecho en el caso concreto con fuerza de verdad legal, como si se tratara de una sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada. Al priorizar la intervención de los vecinos por sobre la firmeza de un acto administrativo concebido como expresión de voluntad de un poder, la sentencia de Cámara tiene el mérito de restituir el agorá, la creación e institución de un espacio público verdadero cuya significación se hubiese perdido de haber resultado pasivizados los vecinos por el mero transcurso de un plazo fugaz. *Se trata de posibilitar la efectiva participación y el control comunitario en un tema vinculado a la protección administrativa y judicial de la legalidad urbanística*, dijo expresamente la sentencia de Cámara que además, se pronunció sobre la inoperancia de las normas procedimentales vigentes que concierne particularmente a estas reflexiones, del siguiente modo: *No se puede admitir una interpretación de las normas procedimentales que limiten el efectivo control en materia urbanística a una diligencia irrealizable por cada vecino de la Ciudad a la hora de cuestionar decisiones de esa índole*. La contienda judicial adquiere así en materia administrativa, la calidad de instrumento de control social que la justicia administrativa debe investir en estos tiempos, frente a la inoperancia de la administración pública en su cometido esencial de gestión del derecho.

La concepción del procedimiento como secuencia de actos ordenados respecto a la resolución final -dice Sabino CASSESE en *Las bases del derecho administrativo* ya citada-, en relación a la posi-

la doctrina del caso “Serra, Fernando y otro c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (fallo del 26 de octubre de 1993), el acto administrativo que desestima una indemnización por las lesiones sufridas a raíz del secuestro del actor por autoridades militares y su detención ilegal a disposición del Poder Ejecutivo de la Nación, habilita la “vía reclamatoria” de acceso a la justicia en el marco del proceso administrativo nacional, que no requiere del agotamiento de la instancia administrativa ni del consiguiente plazo de caducidad de la demanda que se exige en el caso.

bilidad de control judicial de su legalidad, muestra su debilidad también bajo un aspecto más general; se pretende hacer descender de un dato procesal -añade- un orden que, en cambio, encuentra su explicación en la forma en que están distribuidas y reguladas las funciones y sus interconexiones entre las administraciones públicas. Quien quiera referirse a la distribución y regulación de funciones -concluye- debe reconocer *que no hay una única estructura procedimental y que ni siquiera es posible una tipología, sino solo un catálogo de riquísima variedad.*

B) La imposibilidad del particular de intervenir antes de que el acto le ataña

Todavía hoy se celebra como un logro de avanzada la posibilidad de demandar conferida al oferte desplazado en el marco de un procedimiento de selección del contratista, y todavía hoy se impide la intervención de empresas vinculadas a la actividad que se considera en el procedimiento previsto en la ley nacional de defensa de la competencia para obtener la declaración unilateral de la administración de que la fusión propuesta no lesiona la competencia. En una sentencia de avanzada en la temática que analizamos, la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal autorizó la intervención de una afiliada de un programa nacional de salud para jubilados (PAMI) en un procedimiento de selección de prestadores del servicio de salud sustanciado entre estos y la administración pública, al considerar que se encontraba legitimada para demandar la nulidad de una cláusula del pliego de bases y condiciones respectivo, pues como beneficiaria del programa *tiene interés en que no se vean comprometidos sus recursos para fines distintos a los establecidos por la ley que lo creó, independientemente de la existencia de otros afiliados que estén de acuerdo con la contratación* (Sala I, en causa *Torello, Susana c. Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados*, resolución del 2 de febrero de 2000; en sentido similar, la Sala III de la misma Cámara en *Distribuidora de Gas del Centro c. Enargas*, del 30 de octubre de 2003).

La solución judicial expuesta, enmarca en los cometidos impuestos por las normas supranacionales de lucha contra la corrupción a que hemos hecho referencia, en cuanto mandan encarar esa lucha con el apoyo y la participación de personas y grupos como la sociedad civil, *promoviendo la contribución de la ciudadanía a los procesos de adopción de decisiones.*

Sin embargo, como en todos los tópicos que abordamos, la jurisprudencia es contradictoria y, frente al avance que significa la sentencia dictada en causa *Torello*, se perfila otra posición judicial que bloquea la participación amplia en el procedimiento administrativo. La Sala 3ª de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal consideró incompatible con la estructura del *trámite de autorización de concentración económica previsto en el artículo 8 de la ley 25.156* -es decir, el procedimiento administrativo establecido al efecto- la solicitud de una empresa de ser tenida por parte en una actuación originada con motivo de la compra del paquete accionario de su competidora, porque "al no constituir dicho trámite un proceso contradictorio en el que estén comprometidos los intereses y derechos de terceros ajenos al acto de concentración económica, las garantías citadas no se encuentran vulneradas". Y destacó especialmente que *al no haber aún una decisión de la citada Comisión que autorice la operación indicada, no existe una afectación concreta de intereses y derechos* (19). Un supuesto ostensible de los límites puestos a la ciudadanía en su disposición a

(19) En causa *Casa Isenbeck* del 29 de octubre de 2002, citada especialmente en D'ARGENIO, Inés Un enfoque erróneo en la concepción del derecho administrativo, en *Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica Lexis Nexis Depalma*, director Juan Carlos Cassagne, número 48, 2004. Recibimos respuesta a ese trabajo -circunstancia que celebramos principalmente por su carácter excepcional- del profesor Alberto M. SANCHEZ en *Acerca de los cuestionamientos al Derecho Administrativo como régimen exorbitante*, en la misma *Revista*, N°50, donde expresa que nuestra posición procura como objetivo poner a los particulares y al Estado en un pie de igualdad "negando toda posibilidad de que éste ostente determinadas prerrogativas que le permitan una posición de cierta preeminencia en la consecución del bien común". Y esa es realmente nuestra posición, avalada nada menos que por Sabino Cassese cuando dice que el nuevo paradigma en el derecho administrativo indica un espacio donde no se prejuzga las posiciones de los sujetos que en él operan (en *La crisis del Estado*, citada) Una publicación del *Blog Direito Administrativo em Debate*, ya citado, da cuenta de la diferencia existente en el control de concentraciones y fusiones entre el esquema de la Comunidad Europea y el sistema norteamericano, señalando que si bien

participar en los procesos de adopción de decisiones para asegurar una mayor transparencia en el ejercicio de la función administrativa.

C) La falta de idoneidad del procedimiento administrativo tradicional para canalizar el derecho a la información vinculado a la transparencia

La legitimación acotada sobre cuya base se elaboraron las normas de procedimiento vigentes durante la segunda mitad del siglo XX no se compadece con el derecho pleno de cualquier ciudadano de acceder a documentación pública o concurrir a una audiencia pública o intervenir en el procedimiento de elaboración de normas generales. Su vinculación histórica a la emanación del acto administrativo de autoridad lo transforma hoy en un instituto ajeno al consenso exigido desde la filosofía o la sociología como pilar del nuevo proceso social superador del Estado moderno concebido a fines del siglo XVIII.

Si la participación se limita solo a una intervención legitimada en calidad de parte interesada y el particular debe esperar a que el acto le ataña, la transparencia no está asegurada. Por el contrario. Entonces es necesario un nuevo concepto de procedimiento administrativo que no esté necesariamente atado a la emanación de un acto de autoridad, aunque como tal debe preservar su calidad de garantía de legalidad de la actividad en el ámbito de la autoridad o exorbitancia.

Nuestro país ha suscripto en el año 2006, el denominado *Código Iberoamericano de Buen Gobierno* en cuyas disposiciones se considera inaceptable *un gobierno que dificulte el escrutinio público sobre su toma de decisiones* (declaración inicial, punto 2), comprometiéndose por consecuencia a impulsar y garantizar el debate político *con transparencia y los mecanismos de información y participación* para el desarrollo de dicho debate (punto II-7, reiterando el anticipo efectuado en punto I-3 cuando enumera a la *transparencia entre los valores que guiarán la acción del buen gobierno*). Establece también reglas vinculadas a la gestión pública entre las cuales destacamos el deber de los miembros del Poder Ejecutivo de *fomentar la participación de los ciudadanos y los pueblos en la formulación, implantación y evaluación de las políticas públicas*; y, sin embargo, poco o nada se ha hecho al respecto en el ámbito de la regulación normativa interna para concretar tales postulados meramente declamatorios (20).

resulta similar en algunos de sus procedimientos, su naturaleza jurídica resulta distinta. Legislado a través del Reglamento N° 4064 del Consejo de Europa – dice el comentario de la Comisión de Defensa de la Competencia creada en Brasil por ley 8884 del año 1994, al que nos estamos refiriendo – este sistema confiere a la Comisión Europea no solo facultades investigativas sino poder de decisión respecto de las concentraciones y fusiones que tengan dimensión comunitaria.

(20) Podría tomarse el ejemplo de las Directivas relativas a la implementación del Open Government en los Estados Unidos de Norteamérica (Memorandum sobre Transparencia y Gobierno Abierto, 21 de enero de 2009, en el que el Presidente de la Nación instruye al Director de la Oficina de Administración y Presupuesto para concretar las directivas pertinentes) que manda a los jefes de los departamentos ejecutivos y agencias, adoptar acciones concretas para implementar los principios de transparencia, participación y colaboración, indicando, por ejemplo, que la información diseminada comience a presentarse de una manera clara y completa y que en su aspecto sustancial sea segura y confiable; para perfeccionar la información gubernamental disponible por el público – dicen las directivas – los conductores senior harán efectiva esta información conforme a guías de acreditación de calidad, poniendo a disposición estos sistemas y procesos mientras las agencias promuevan esa conformidad. Procura expresamente una institucionalización de la cultura del Open Government y la creación de tecnologías para abrir nuevas formas de comunicación entre el gobierno y la gente, mandando ejecutar la multiplicidad de acciones directas que describe con fijación de plazos breves a ese efecto, entre 60 y 90 días (por ejemplo, describir cómo las agencias pueden usar incentivos para hallar innovaciones o soluciones de costo efectivo para mejorar el Open Government, entre muchas otras conductas concretas que se imponen a los encargados de la gestión administrativa). Entre otras acciones positivas, cada agencia debe contar con su plan de Open Government, explicando claramente cómo esa agencia acude a la transparencia para incrementar el conocimiento público y promover el escrutinio público de los servicios de las agencias, perfeccionando el conocimiento público de las agencias y sus operaciones: ir al corazón de la misión de la agencia – dice textualmente al referirse a los componentes del plan – creando oportunidades o respondiendo a la necesidad y a la demanda como identificación de la consulta pública hasta el fondo.

En general, los proyectos y normas positivas vinculados a la *buena administración* y al derecho a la buena administración, no pasan de ser enunciados que no se condicen con la elaboración en la práctica de normas de procedimiento administrativo adecuadas para su real exigencia. Un autor español califica a la buena administración de “nuevo paradigma del derecho administrativo”; y sin embargo, a poco que ahondemos en la investigación en que así se expresa – y a pesar de que en ella destaca el *surgimiento de diversos principios jurídicos procedimentales* vinculados a esa institución y de *auténticas obligaciones procedimentales ligadas al surgimiento de un derecho a una buena administración* (21)- la solución, en su esencia, no se aparta de la concepción tradicional, brindando especial trascendencia a la discrecionalidad administrativa a la que pretende limitar desde otra óptica pero sin abandonar su calidad de elemento determinante en el dictado de actos administrativos de autoridad (22). Así, parte de la base de que el derecho *administrativo debe ser una herramienta útil para guiar a la sociedad* proponiendo orientarlo como *ciencia para la elaboración de decisiones públicas*, sobre cuya base acude al derecho administrativo alemán diciendo que tras el concepto de *Steuereingabe* late la idea de que el derecho administrativo debe ofrecer elementos que permitan la aplicación efectiva de las normas *ayudando a adoptar decisiones aceptables para los afectados*. La idea de que el derecho administrativo sea una herramienta útil para “guiar a la sociedad” no encuadra en la nueva concepción del proceso social a que venimos refiriendo que propende a la creación de un espacio público en el que el poder sea igualmente participado por todos de manera simultáneamente colectiva, y en el que la sociedad no puede ser pensada más que como una creación de sí misma. El propio autor afirma que en el derecho público norteamericano no se conoce el término legal “buena administración”, aunque la jurisprudencia y la doctrina jurídica –dice– usan un concepto similar al entender que *los procedimientos administrativos son importantes para la calidad de las decisiones*. Lo que realmente sucede, es que en el derecho público norteamericano no tiene cabida un instituto como el acto administrativo de autoridad perfeccionado en el régimen francés y al que nos referimos siempre, explícita o implícitamente, en el derecho continental europeo o latinoamericano como expresión discrecional de voluntad administrativa. Ambos conceptos son incompatibles y como la buena administración se concibe en términos de derecho frente a la administración, no sale del esquema de la petición frente al ejercicio de prerrogativas públicas, una cuestión absolutamente ajena al sistema de regulación concurrencial angloamericano en el que la sociedad se autorregula a través de agencias que gestionan el derecho mediante un sistema de auténtica participación pública. Por esa razón PONCE SOLÉ llega solo hasta la propuesta de elementos como la actividad convencional, el desarrollo de las cartas de servicio, el diseño de una organización administrativa que abreve en las “agencias” para la mejora de los servicios públicos, pero siempre sin excederse del eje central del dictado final de un acto administrativo. Así, cuando se refiere expresamente a la *participación*, la vincula a la necesidad de que el procedimiento administrativo esté informado por el principio contradictorio, entendido como la posibilidad de los ciudadanos de aportar datos, de introducir sus intereses y de manifestar sus opiniones en la toma de decisiones administrativas, *a fin de que sean conocidos y ponderados por la Administración antes*

(21) PONCE SOLÉ, Juli Procedimiento administrativo, globalización y buena administración en Jurisprudencia Argentina 2008-IV, suplemento del fascículo nº10.

(22) Su apreciación relevante en el sentido de que el interés general es inmanente y no trascendente a los intereses de los ciudadanos, se pierde en dirección hacia los espacios discrecionales que debe tener la autoridad administrativa a ese fin, aunque limitada por los principios del derecho de audiencia, de acceso a la información, la obligación administrativa de motivar así como la de indicar los recursos disponibles, que surgen de la resolución del Consejo de Europa de 1977 y de la Recomendación adoptada por el Comité de Ministros en 1980, relativa al ejercicio de poderes discrecionales por las autoridades administrativas. El artículo II-101 del Tratado sobre la Constitución Europea, equivalente según PONCE SOLÉ al artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, reconoce a las personas el derecho a una buena administración, consistente en que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable y en el que se incluye el derecho a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente, el derecho a acceder al expediente que le concierna; la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones, etc. Todas descripciones dentro del marco del sistema tradicional.

de decidir. Nada más alejado de la propuesta que encaramos en esta investigación y que propende, precisamente, a que el proceso de adopción de decisiones no desemboque en el ejercicio de un *poder de decidir* como prerrogativa pública de la autoridad administrativa (23).

Un poco más allá parece apuntar Vanice Lirio DO VALLE cuando afirma que la transparencia como vector característico del buen gobierno (*governança*), trasciende la condición de atributo del acto administrativo para convertirse en una cualidad de la actividad administrativa que no puede abdicar de la contribución de la participación social y el control. Cuando el artículo 3º de la Constitución Federal de Brasil – dice la autora – incorpora la idea de *governança*, introduce la percepción de que desde otras organizaciones humanas se puede construir un consenso ciudadano para alcanzar el bien común a través de la regulación económico social (24). También en Italia el artículo 97 de la Constitución centra en los principios de imparcialidad y de *buon andamento*, cánones jurídicos fundamentales referidos a los aspectos organizativo y funcional de la administración pública. Así lo expone Mario R. SPASIANO en *Il principio di buon andamento* considerando necesaria a los fines de una acción inspirada en ese principio, una configuración de la transparencia entendida como condición de real conocimiento de los actos y de los comportamientos de la administración pública. La relación de la transparencia con el buen andamiento (y la imparcialidad) del que constituye un lógico e indefectible corolario – dice – aparece evidente: ella desempeña una esencial función de tutela y de garantía de todos los intereses convergentes en el obrar de la administración pública; destaca que la ley de procedimiento administrativo (241/1990) impone al poder administrador estructurarse en forma dialogal a los fines de consentir la aplicación de todos aquellos institutos orientados a la *participación procedimental*; y afirma que si bien puede discutirse en orden a la individualización de más modernas formas de *participación en el procedimiento administrativo*, ningún estudioso de la disciplina puede poner en discusión la formidable capacidad de la par-

(23) Advertimos que los autores españoles no se permiten desbordar la idea central de la autotutela de la administración pública que, al decir por ejemplo de MENÉNDEZ Pablo, catedrático de la Universidad de Vigo, en el año 2003, otorga a la administración un “privilegio posicional”, al estar exenta de la carga de obtener, respectivamente, una sentencia declarativa o ejecutiva previa (en La capacidad procesal en la jurisdicción contencioso administrativa, Revista de Derecho Público Rubinzal-Culzoni Editores, “Proceso Administrativo I”, 2003-I; es interesante cotejar, una vez más en el marco de posiciones antagónicas que caracterizan hoy al derecho administrativo brindando la esperanza de un cambio reflexivo, con la sentencia del Juez en lo Contencioso Administrativo de La Plata, Provincia de Buenos Aires, Luis Federico Arias, en causa Canero, Emilce Alicia c. Instituto de Previsión Social de la Provincia de Buenos Aires, de fecha 23 de mayo de 2011, en la que se declara la inconstitucionalidad del artículo 61 del decreto ley 9650/80 que autoriza al Instituto a formular y deducir de la prestación previsional, el cargo deudor por aportes no efectuados). También Jaime Rodríguez-Arana, catedrático de derecho administrativo de la Universidad de La Coruña, aborda el tema del “derecho fundamental al buen gobierno”, con referencia a las normas europeas ya citadas a las que añade el artículo 103 de la Constitución Española que alude al derecho de los ciudadanos a gobiernos y administraciones adecuados, y a una implementación del poder como instrumento al servicio objetivo del interés general. Es menester – dice en El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de las instituciones públicas Ciberjure Portal Jurídico Peruano, 14 de abril de 2007- que ese poder sea abierto, plural, moderado, equilibrado, realista, eficaz, eficiente, socialmente sensible, cooperativo, atento a la opinión pública, dinámico y compatible...pero, apuntamos desde nuestra óptica, siempre poder y poder central no compartido. Sobre esa base, y al igual que el autor referido en el principal, afirma que el derecho al buen gobierno supone la obligación de la administración pública de ajustar su actuación a una serie de parámetros, de que las instituciones públicas sean “manejadas y conducidas” por criterios de buena administración, de que los responsables públicos tengan una mentalidad abierta superando el pensamiento sistemático cerrado, todo, para que las aspiraciones de los españoles puedan hacerse realidad. El aparato administrativo – dice y esto es crucial – debe promover las condiciones para que se ejerzan los derechos, y como aspiración trascendente alude a una reforma del procedimiento administrativo con acortamiento de plazos para resolver. Es toda la reforma que se permite, permaneciendo siempre en el esquema tradicional en que se elabora su pensamiento.

(24) En Transparência e Governança: novas vertentes legitimadoras do agir do poder, Blog Direito Administrativo em Debate, director Farlei Martins Riccio de Oliveira, 20 de abril de 2010. El tránsito de información a lo largo del proceso de formación de la decisión –señala- debe ser apto para el diálogo con los destinatarios de la acción transparente, a saber: otras estructuras de poder, la sociedad organizada y la ciudadanía; aunque más adelante se refiere a la “contribución de la ciudadanía a la decisión del poder público”.

ticipación para erigirse en verdadera fuente de legitimación del poder, presupuesto indefectible de una eficaz acción administrativa (25). De tal modo, su pensamiento se extiende mas allá de la conferencia de servicios consagrada en la misma ley 241/1990 como el procedimiento participativo por excelencia (26), en cuanto alude al pleno desarrollo de la persona humana a través de la efectiva participación de los individuos en la organización política, económica y social (27).

IV. En qué consisten los nuevos procesos de adopción de decisiones

A) *Los procedimientos alternativos a que se refiere el artículo 42 de la Constitución Nacional*

El artículo 42 de la Constitución Nacional ha fijado una impronta con respecto a la participación pública en la gestión administrativa, mandando expresamente al legislador *establecer procedimientos administrativos* de distinta índole para la concreción de esa participación a la que apunta. Aunque limitado a usuarios y consumidores en su texto, la inspiración del constituyente alude a la constitución de asociaciones y a la participación de éstas en procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Agustín GORDILLO ha destacado la trascendencia de esta nueva normativa, unida a la del artículo 43 de la Constitución Nacional en cuanto consagra los derechos de incidencia colectiva, en sentido coherente con su doctrina acerca de la participación pública y el control social. En un elogio que formula a la Justicia, analizando la jurisprudencia de 1997 -en La Ley 1997-F, 1318- se ocupa muy especialmente de destacar estos avances afirmando, en lo que aquí interesa, que no tiene sentido entrar en grandes disquisiciones sobre cuán “afectada” es una persona para permitir su intervención procesal e insistiendo en que el concepto de “afectado” es el que prima en materia de legitimación y ha de ser interpretado con criterio amplio. Las salas del fuero federal en materia administrativa -dice- son ya virtualmente unánimes en reconocer la necesidad de realizar audiencias públicas antes de dictar actos de trascendencia como la renegociación de una concesión o

(25) Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla lógica del risultato in senso giuridico; con remisión a L'organizzazione comunale. Paradigmi di efficienza pubblica e buona amministrazione, Nápoli, 1995; y La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostitutiva, Catanzaro, 2001, entre otras obras que cita.

(26) Esa ley general sobre procedimiento administrativo elevó a la conferencia de servicios al rango de instituto de carácter general y en su estructura actual, luego de la reforma de la ley 340 del 24 de noviembre de 2000, le dedica cuatro artículos como disciplina compleja y técnicamente sofisticada. Así lo explica Doménico D'ORSOGNA en Conferenza di servizi e amministrazione della complessità (en Nuovi problemi di Amministrazione Pubblica. Studi diretti da Franco Gaetano Scoca, 2002). Precisamente dice D'Orsogna que la jurisprudencia encuentra en la conferencia de servicios un instrumento idóneo de actuación del principio constitucional del buen funcionamiento de la administración pública, y que la doctrina administrativa advierte con claridad la exigencia de poner a la conferencia de servicios en el centro de la atención y el debate disciplinario, como una respuesta a la burocratización de los aparatos administrativos y a los problemas de legalidad y eficiencia de la administración y de la eficacia de la administración de resultados (con remisión a Scoca, para quien se trata de un instituto que puede influir sobre el comportamiento de la administración y en torno a una nueva concepción del poder como energía dirigida al logro de un resultado, en la que el procedimiento para obtener un resultado debe ser transparente y participativo). Se trata -añade D'Orsogna- de un modelo de administración concertada, un medio de actividad administrativa consensual, un módulo de armonización de la pluralidad de intereses públicos, fraccionado en una multiplicidad de centros orgánicos de imputación; y sintetiza: la conferencia de servicios rompe con el esquema tradicional de la decisión en la soledad del órgano decisor.

(27) Expone también acerca de una profunda revolución en el modo mismo de concebir la acción del poder público que, de ejercicio de actividad meramente conforme al dictado legislativo, ha pasado a responder a exigencias diferentes que se pueden definir sintéticamente, como “atención al resultado”. Habla también de las consecuencias que una nueva filosofía managerial pudo producir en el contexto de la legalidad, aclarando que el resultado administrativo no constituye algo que se coloca fuera de la norma, sino que atribuye a la legalidad un significado más coherente con la efectividad de la tutela de los intereses en vista de los cuales encuentran legitimación los diversos centros de poder público. Y con remisión a Scoca: la relevancia atribuida al resultado administrativo constituye la innovación más profunda del modo de concebir jurídicamente la actividad administrativa a punto tal de modificar la manera misma de administrar.

licencia monopólica o de sus tarifas (28); y brinda especial atención al conocido caso *Youssefian* (29) que reconoce legitimación amplia para exigir a la administración la realización de una audiencia pública para considerar una eventual prórroga de la exclusividad de una licencia. Vincula especialmente las posibilidades que brindan estas normas constitucionales con el requisito de la publicidad en las contrataciones públicas exigido por el artículo III inciso 5° de la Convención Interamericana contra la corrupción, como medida preventiva de la corrupción (30).

La Sala IV de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, en causa *Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y otro c. INSSPJ*, y en fecha 10 de febrero de 1999, hizo lugar a la medida cautelar y suspendió un procedimiento licitatorio encarado por el Instituto demandado, hasta que se remitiera la información requerida en los autos, por aplicación del artículo 42 de la Constitución Nacional, considerando el carácter imprescindible que reviste el derecho a la información a los fines previstos por esa norma. En causa *Caplan, Ariel R. c. Ministerio de Economía* tramitada por ante el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 8, a cargo en ese entonces de la Jueza Clara M. Do Pico (31), se hizo lugar a una medida autosatisfactiva solicitada por el representante de asociaciones de usuarios y consumidores en la Comisión de Renegociación de Contratos de Obra Pública y se ordenó al Ministerio de Economía no solo que, en forma inmediata, entregara al actor la información de la cual disponía la mencionada Comisión, sino y fundamentalmente, que permitiera su acceso sin restricciones a las reuniones de equipos técnicos efectuadas a los efectos de la negociación contractual (resolución del 16 de mayo de 2003). Es obvio que, como ya lo hemos advertido (32), el derecho de defensa del consumidor ha mostrado una faceta diferente del derecho público y ha expuesto otros modos de gestión del derecho ajenos al acto administrativo de autoridad, por lo que una nueva concepción del procedimiento administrativo deberá comprender, naturalmente, a los procedimientos alternativos que emergen del artículo 42 de la Constitución Nacional. Recordemos con Sabino Cassese citado supra, *que no hay una única estructura procedimental y que ni siquiera es posible una tipología, sino solo un catálogo de riquísima variedad*.

B) El principio de participación que "impregna" la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sancionada en el año 1996 proclama desde su inicio que la Ciudad *organiza sus instituciones autónomas como democracia participativa* y que todos los actos de gobierno son públicos. En el enunciado del principio de igualdad ante la ley, compromete a la Ciudad *a remover los obstáculos que impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad* (artículo 11); e insistiendo en el compromiso de promover el desarrollo humano y económico equilibrado, crea

(28) Cita, entre otras, Sala III Adelco, La Ley 1997-C-836; Defensor del Pueblo del 31-3-97.

(29) *Youssefian*, Martín c. Estado Nacional-Secretaría de Comunicaciones, CNCA Fed., Sala IV, sentencia del 6 de noviembre de 1997

(30) Siempre remitimos a su trabajo *Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana contra la corrupción*, La Ley 1997-E, 1091, entre muchísimos otros cuya lectura es altamente ilustrativa en el tema que estamos abordando; por ejemplo, los citados en la nota 36 del artículo sobre el elogio de la Justicia en La Ley 1997-F, 1318. Sólo por ejemplo.

(31) Es excelente el comentario que hacen a esta sentencia RODRIGUEZ PRADO Julieta y ZAYAT, Valeria en el Suplemento Administrativo de la Revista La Ley, bajo el título El derecho de la información: herramienta imprescindible para una efectiva participación de los usuarios, en el que efectúan un análisis crítico del decreto del PEN 311/03 porque reemplaza a la Comisión de Renegociación por una unidad de renegociación y análisis de contratos de servicios públicos, presidida por los Ministros de Economía y Producción y de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, sin contemplar dentro de este nuevo ámbito, la participación de un representante permanente de los usuarios, a lo que suman que el Defensor del Pueblo ha renunciado a participar en la comisión, en fecha 7 de julio del 2002, por las conductas desarrolladas por el gobierno.

(32) También en D'ARGENIO, Inés *El servicio público en el marco del derecho del consumo*, en la obra colectiva *Manual del derecho del consumidor*, coordinador y coautor RUSCONI, Dante, Abeledo Perrot, 2009.

el Consejo de Planeamiento Estratégico, integrado por instituciones y organizaciones sociales representativas del trabajo, la producción, religiosas, culturales, etc. con obligación *de articular su interacción con la sociedad, a fin de proponer periódicamente planes estratégicos consensuados que ofrezcan fundamentos para las políticas de Estado, expresando los denominadores comunes del conjunto de la sociedad* (artículos 18 y 19). Al ordenar a la Legislatura el dictado de una ley básica de salud, le fija como lineamiento *promover la descentralización en la gestión estatal de la salud y la participación de la población*, creando el Consejo General de Salud con representación estatal y de la comunidad (artículo 21 inciso 9). Toda persona –estatuye en el artículo 26 in fine– tiene derecho, a su solo pedido, a *recibir libremente información* sobre el impacto que causan o pueden causar sobre el ambiente actividades públicas o privadas; y en el artículo 31 promueve, en materia de vivienda, los planes autorregulados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterio de radicación definitiva. Crea el Consejo Económico y Social integrado por asociaciones sindicales de trabajadores, organizaciones empresariales, colegios profesionales y otras instituciones representativas de la vida económica y social; asegura el acceso a la información transparente a usuarios y consumidores e instituye un Ente Único Regulador de los Servicios Públicos que deberá promover mecanismos de participación de usuarios y consumidores (artículos 45 y 46; y artículos 138 y 139). Establece el carácter participativo del presupuesto señalando que la ley debe fijar los procedimientos de consulta sobre las prioridades de asignación de recursos (artículo 52) y añadiendo que los *sistemas de administración financiera y gestión de gobierno de la Ciudad deben propender a la descentralización de la ejecución presupuestaria y a la mayor transparencia y eficacia en la gestión*.

Sin perjuicio de otras disposiciones alusivas a la participación política a las que no referimos en esta investigación, en el título sexto del libro segundo crea las *Comunas* como *unidades de gestión administrativa con competencia territorial*, que ejercen en forma concurrente con el gobierno de la Ciudad, la fiscalización y control del cumplimiento de las normas sobre uso de espacios públicos y suelo; la decisión y ejecución de obras públicas y prestación de servicios públicos; la evaluación de demandas y necesidades sociales, la *participación* en la formulación o ejecución de programas; la *participación* en la planificación y el control de los servicios; la gestión de actividades en materia de políticas sociales y proyectos comunitarios; la implementación de un adecuado método de resolución de conflictos mediante el sistema de mediación, con participación de equipos multidisciplinarios (artículos 127 y 128). Cada comuna tiene un órgano de gobierno colegiado electivo y cada comuna debe a su vez crear un organismo consultivo (33) y honorario – integrado por representantes de entidades vecinales no gubernamentales, redes y otras formas de organización - de *deliberación*, asesoramiento, canalización de demandas, elaboración de propuestas, definición de prioridades presupuestarias y de obras públicas y *seguimiento de la gestión* (artículo 131). Al mencionar las atribuciones de la Legislatura de la Ciudad, perfecciona el alcance de la inserción social previsto en estas instituciones al decir que reglamenta el funcionamiento de las comunas, de los consejos comunitarios y la *participación vecinal en todos sus ámbitos y niveles* (artículo 80 inciso 3).

Los principios consagrados en esta estructura institucional han conducido la elaboración de una doctrina judicial en el fuero de la Ciudad a la que continuamente hacemos referencia en comentarios de sentencias o en ensayos integrales sobre la nueva justicia administrativa, con el elogio que

(33) La insistencia en la utilización de la expresión “consultivo” distorsiona el verdadero rol de la inserción social en el proceso de adopción de decisiones, intensificando reminiscencias de autoritarismo en los procesos de adopción de decisiones, en cuanto parece preservar el poder de decidir. En la misma línea, SCHEIBLER, citado en la nota siguiente, considera que no resulta compatible con el espíritu que abraza el estatuto porteño interpretar que el término “consulta” – utilizado en el artículo 52 - necesariamente implica una opinión no vinculante, y brega porque el legislador, al fijar los procedimientos sobre las prioridades de asignación de recursos, otorgue a la participación pública carácter vinculante. Exhibe como anticipo en tal sentido las disposiciones de la Ley de Sistemas de Gestión, Administración Financiera y Control del Sector Público de la Ciudad (Ley nº 70) que genera espacios públicos como “foros temáticos y zonales”, poniendo el énfasis en que la participación incluye expresamente el posterior seguimiento de la ejecución del presupuesto.

merece por su innovación en el diseño de una función administrativa con participación social y exigencia de resultados, especialmente en materia social. La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires - ha dicho la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, por su Sala II - constituye una pieza jurídica que se distingue en el universo federal de la República por definir a las instituciones de la Ciudad, en su artículo 1º, como una democracia participativa. Consecuentemente con ello -continúa (34)- la Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que impidan la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad (artículo 11 de la Constitución); y sobre tales bases, alude expresamente a *un principio de participación que impregna todo el articulado de la Constitución local*.

Al comentar precisamente esta sentencia dictada en causa Desplats, Gustavo M. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, del 6 de abril de 2004 - en el Suplemento Administrativo La Ley - Guillermo M. SCHEIBLER titula su aporte como *Presupuesto participativo: una redefinición de la relación administración - sociedad civil*. Y dice entonces que el presupuesto participativo implica una importante transferencia de ejercicio de función administrativa a una esfera pública no estatal, constituida por un complejo entramado de asambleas barriales, comisiones temáticas y consejo del presupuesto participativo, en el que el ciudadano no actúa en forma individual por afuera de la administración, sino que interactúa con ella en órganos que le son externos. No se trata de la cesión del ejercicio de función administrativa a personas públicas no estatales - insiste el autor - o inclusive a personas jurídicas del ámbito privado, sino de su ejercicio por parte de algo más inasible y dinámico: *la propia sociedad civil auto-organizada*. La presencia del mundo griego propuesta por CASTORIADIS se introduce en nuestro pensamiento sin necesidad de que su cita expresa lo ponga en evidencia. El presupuesto participativo -dice la sentencia de Cámara en el párrafo undécimo del considerando séptimo- *presupone la existencia de un nuevo tipo de ciudadano, activo, participante, crítico, que se diferencia del ciudadano tradicional, aquél que solo se afirma mediante demandas aisladas o que apenas ejerce su ciudadanía en ocasión del voto o por medio de revueltas aisladas e impotentes (35)*.

(34) En Desplats, Gustavo M. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, del 6 de abril de 2004 con expresa remisión a Comercio de Maderas S.A. y Denali S.A. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, del 8 de noviembre de 2001. La misma Sala revocó la sentencia que había rechazado una acción de amparo incoada por una asociación civil con el fin de obtener el acceso a la totalidad de las declaraciones juradas de los legisladores que integran la Legislatura de la Ciudad, considerando que no basta anteponer el criterio de defensa de la intimidad de los funcionarios, por sobre el claro mandato de la ley 104 de la Ciudad, de hacer público el contenido de aquellas manifestaciones juradas patrimoniales (en causa Campos Ríos, Maximiliano c. Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, sentencia del 9 de setiembre de 2005; en la publicación de La Ley se remite a Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal Nº5, causa Fundación Poder Ciudadano c. Cámara de Senadores de la Nación, 22 de noviembre de 2001). La misma Sala II de la Cámara del fuero de la Ciudad se expidió en similar sentido en causa Halfon Samuel contra Procuración General de la Ciudad, en la que se pretendía información sobre listado de inmuebles y automóviles que se encuentren comprendidos en las previsiones de la ley 52 y sobre sucesiones vacantes, recordando que el Tribunal ya ha señalado - en autos ACIJ c.GCBA, del 23 de octubre de 2007 - que el principio constitucional que rige en la materia establece que la publicidad de los actos de gobierno y el acceso a la información en manos del Estado constituye la regla y un estándar básico de transparencia institucional, directiva ésta que deriva también de normas supranacionales; y que el manejo de fondos públicos exige que todo ciudadano pueda tomar conocimiento del modo en que se ejecuta la norma en cada caso concreto, de forma de permitir un control de la sociedad a la gestión de las finanzas públicas (sentencia del 14 de abril de 2009; la misma Sala se había pronunciado con anterioridad en Barcala, Roberto c. Policía Federal Argentina, del 26 de setiembre de 2002 considerando precedente una acción de amparo deducida para vencer la negativa gubernamental a informar sobre sus actos - en el caso, situación de los inmuebles de su dominio público y privado -). La Cámara en lo Contencioso Administrativo de San Martín, Provincia de Buenos Aires, se expidió en sentido similar en Galinelli, Patricia y otros c. Municipalidad de Lincoln, el 24 de noviembre de 2005, al decidir que los vecinos y concejales de un municipio poseen legitimación para promover una acción de amparo con el fin de que el departamento ejecutivo brinde información sobre el estado de ejecución del presupuesto de gastos

(35) Con cita de GENRO, Tarso El presupuesto participativo y la democracia en Genro, Tarso y De Souza, Uribatan Presupuesto participativo. La experiencia de Porto Alegre Eudeba, Buenos Aires, 1998. Como juez a cargo del

En lo que a nuestras reflexiones críticas concierne especialmente, debe señalarse que la legislación que abordó la regulación del procedimiento administrativo en la Ciudad de Buenos Aires no guardó coherencia con tan magna institución. La Constitución impregnada del principio de participación ciudadana no fue considerada por el legislador a la hora de configurar procedimientos administrativos adecuados para la concreción de ese mandato. Por el contrario, como se ha hecho en todas las jurisdicciones al hablar de *procedimiento administrativo*, las normativas vigentes o en vías de modificación se refieren solo al procedimiento administrativo pergeñado para la emanación de un acto administrativo de autoridad: siempre el *poder de decisión* que anula toda posibilidad de presencia de una sociedad auto-instituida. La Ley de Procedimientos Administrativos vigente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, siguiendo en su articulado a todas las legislaciones vigentes sobre el tema en las restantes jurisdicciones, otorga firmeza a la declaración unilateral de voluntad de la administración pública por el mero transcurso de plazos que se imponen para su cuestionamiento. En contra de toda la normativa constitucional referida, impide de tal modo la participación pública en la gestión, priorizando la permanencia - por siempre - de actos administrativos viciados de ilegitimidad a los que dota de indemnidad a pesar de sus vicios. No otra cosa resulta del artículo 94 de la Ley de Procedimientos Administrativos que fue declarado inconstitucional por la Sala II de la Cámara del fuero. La armónica interpretación de las normas constitucionales -dijo en sentencia dictada en causa Frávega S.A. c. Ciudad de Buenos Aires del 28 de diciembre de 2006- impide en modo claro y terminante aceptar la existencia de una suerte de "zona franca" en cabeza de la administración, de una suerte de "blindaje" que pudiera otorgarse a sus decisiones unilaterales de voluntad, consagrando de hecho, en tales casos, la facultad de la administración de resolver una controversia con fuerza de verdad legal, como si se tratara de una sentencia judicial emergente de la realización plena del principio constitucional del debido proceso.

Es inexplicable que frente a la profunda modificación que significó la instalación de la Ciudad a través de una Constitución que tiende al desarrollo de la sociedad mediante mecanismos que permitan su inserción en la gestión administrativa (36), no se encuentre otro camino a la hora de prever procedimientos administrativos adecuados para esa gestión, que el del procedimiento administrativo tradicional estructurado en función del dictado de un acto final que implica la manifestación de un poder recoleto.

C) El sistema de agencias norteamericanas distorsionado en su traslado irreflexivo a nuestro ordenamiento jurídico

La revisión del concepto de procedimiento administrativo que se propone en esta investigación, no puede estar ausente a partir del momento en que se encara desde el poder público, el trasla-

Juzgado N° 13 del fuero de la Ciudad, Guillermo Scheibler dictó sentencia en la causa Parpagnoli, Máximo y otros c. Gobierno de la Ciudad, en fecha 18 de junio de 2009, haciendo lugar a una medida cautelar dirigida a impedir que entraran en vigencia decisiones adoptadas por el Ente Autárquico Teatro Colón sin que ese órgano estuviese integrado por el Director Vocal representante de los trabajadores. Comentamos esa sentencia en el Suplemento Administrativo de La Ley, bajo el título Un modelo de gestión administrativa caracterizado por la transferencia de poder hacia la ciudadanía, señalando entonces que la filosofía general que la sustenta es magnífica y que la resolución es sistemática en cuanto parte, para decidir, del principio de democracia participativa sobre cuya base han sido organizadas las instituciones de la Ciudad, consagrando un modelo de gestión de lo público que debe caracterizarse por estar signado por el diálogo, el consenso y la transferencia de poder hacia la ciudadanía.

(36) En un homenaje al profesor Agustín GORDILLO organizado por la Legislatura porteña en el mes de diciembre de 2010, tuve el honor de ser una de los expositores expresando entonces, y me parece procedente reiterarlo aquí, que en la Constitución de la Ciudad plasma el esfuerzo de su obra desarrollada desde mucho tiempo antes de la sanción de ella, en cuanto proclamó siempre la búsqueda colectiva de los consensos sociales necesarios a una sociedad madura. Por tal razón, lo comparé con el Kublai Kan de Italo Calvino - en Las ciudades invisibles - a quien Marco Polo describía las ciudades que había conocido, hasta que un día el Kan lo interrumpió en su narración resolviendo partir por cuenta propia y, desmontada la ciudad parte por parte, reconstruirla de otro modo: de una ciudad - dijo entonces a Marco Polo - no disfrutas las siete o las setenta maravillas, sino la respuesta que da a una pregunta tuya. Destaqué de tal modo, el método de interrogación permanente que utiliza GORDILLO en sus indagaciones vinculado claramente a los postulados de CASTORIADIS con que iniciamos este trabajo.

do a nuestro ordenamiento jurídico de sistemas de autorregulación de la sociedad del sistema angloamericano. El desconocimiento profundo en nuestro ámbito de la verdadera naturaleza de la gestión que realizan las “agencias” y de los procedimientos administrativos que desarrollan a tal fin, conduce a la distorsión que implica presentar a diversos organismos que toman de ellas solo su denominación, como sistemas novedosos para abordar una mejor manera de administrar el país.

La “manera más conveniente de administrar” fue propuesta por la titular del Poder Ejecutivo Nacional, al informar a la población por los medios de comunicación, su decisión de crear un Consejo Económico Monetario para la articulación de las políticas económicas (37), instituido por resolución presidencial e integrado por el presidente del Banco Central y el Ministerio de Economía. El juicio de mayor conveniencia se emanó con auxilio de la expresión “porque así lo hacen en todos lados”, en referencia a las agencias reguladoras independientes a cuyo sistema ya había dicho adherir al pronunciarse en una reunión del G-20 celebrada en Londres el 2 de abril de 2009 (38). El Consejo Económico Monetario se creó en definitiva como Consejo para la Coordinación de las Políticas Monetarias, Cambiarias y Financieras, compuesto por el Ministro y el Viceministro de Economía, el Presidente y el Vicepresidente del Banco Central, el Secretario de Finanzas y un director del ente monetario. Ninguna inserción social figura en su funcionamiento ni, por ende, ningún procedimiento administrativo especial para canalizar esa participación pública, por lo que la idea de considerarlo como un ente propio del sistema concurrential (39) es absolutamente descabellada. Y su carácter *consultivo* -agravado por su integración con funcionarios ubicados en la escala burocrática jerárquica del poder central- deja librado a la *decisión del Poder Ejecutivo* la adopción de las políticas a que se refiere, por lo que tampoco disciplina una modalidad diferente del ejercicio del poder basado en el consenso de distintas administraciones públicas, como las previstas, por ejemplo, en la nueva organización administrativa italiana a que ya nos hemos referido, en la que se diseñan mecanismos para la superación del disenso poniendo el acento en la obtención de resultados (40).

En agosto de 2010 se decidió desde el Poder Ejecutivo Nacional cerrar la Agencia Nacional de Desarrollo de Inversiones, creada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional n° 1225 del año 2006 para “apoyar el posicionamiento de la República Argentina como plaza de alto atractivo para la inversión nacional y extranjera”. El gobierno y administración de la Agencia estaba a cargo de un directorio compuesto por un presidente y dos vocales, designados todos por el Poder Ejecutivo Nacional, sin perjuicio de la presencia de un “consejo consultivo” cuyos miembros eran nombrados por el mismo Directorio. Su cierre resulta de la propia inoperancia de un organismo instalado en el seno de una burocracia centralizada, aunque así no se haya reconocido expresamente en el acto que dispuso su extinción.

También en agosto de 2010 se anunció la creación de un “consejo consultivo” en el marco de un proyecto de ley para declarar el papel de diario un insumo de interés público, es decir, a efectos de su regulación. A fines de ese mismo mes, el proyecto fue enviado a la Cámara de Diputados, confiriendo al Poder Ejecutivo la atribución para elaborar un marco regulatorio –cuyos alcances no se precisan– *para la fabricación, comercialización y distribución de pasta celulosa y de papel para diarios*.

Un autor brasileño a quien ya hemos hecho referencia califica a las “agencias reguladoras” instaladas en América Latina como “simulacros abastardados” respecto de sus instituciones de origen

(37) Entre otros, diario La Nación del 4 de febrero de 2010 “Crean un Consejo para coordinar las políticas”, página 6.

(38) Diario La Nación, jueves 2 de abril de 2009, sobre la cumbre en Londres, página 4.

(39) Para una acabada comprensión de este sistema siempre remitimos a COHEN TANUGI, Laurent *Le droit sans l'Etat*, segunda edición PUF, Paris, 1985; en la Introducción a la tercera edición, de 1986, insiste en que la exigencia americana del Estado de Derecho extiende la empresa de las regulaciones jurídicas a la sociedad civil y a la interacción Estado-sociedad.

(40) D'ORSOGNA, Domenico, en la obra ya citada.

(41). Precisamente, llama nuestra atención la toma de conciencia de las diferencias de sistemas por parte de los autores de derecho administrativo en Brasil, en comparación con lo que ocurre en Argentina. Desde Gerardo ATALIBA en los finales de 1960 –destacado por Agustín GORDILLO desde hace años entre las fuentes de inspiración de su obra– calificado por ellos como “persona inspiradora”(42), se han ocupado especialmente de cuestiones novedosas vinculadas a la participación y deliberación (43), proponiendo incluso en publicaciones periodísticas, debates sobre los límites para la actuación del gobierno en las agencias reguladoras (44), y una profunda discusión en el ámbito del derecho administrativo que implica la adaptación del sistema de agencias en el principio tripartito de división de poderes y de equilibrio entre los poderes estatales (45). También con relación al derecho urbanístico y el espacio público, ponen especial interés en la concreción de reformas legislativas o político institucionales para definir un marco regulatorio de democratización

(41) MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo en *Direito regulatorio y Quatro paradigmas... ya citados*.

(42) Señala Carlos Ari SUNFELD en el Blog ya citado el 29 de octubre de 2010 Gerardo Ataliba: o entusiasta do directo público – que la producción escrita de Ataliba fue relativamente discreta y que su influencia provino más de su aptitud personal de seducir e inspirar, en cursos, seminarios y congresos que organizó y frecuentó incansablemente en toda su carrera; mucha gente – dice – no gustaba de Ataliba, con o sin razón; podía ser bien ríspido, ultrapasaba límites...hacía enemigos; un líder presente, juntaba grandes figuras con novatos, creaba polémica.

(43) Farlei Martins RICCIO DE OLIVEIRA cita a Moreira Neto, Denise Vitale, Vera Coelho y Marcos Nobre entre otros, en una publicación en el Blog del 4 de setiembre de 2008, referido a democracia y participación. El 10 de octubre de 2009, en el mismo Blog – recordemos que se refiere al “Derecho administrativo en debate” -, se publica el comentario a una obra de Giorgio Agamben *Signatura rerum*, en la que se coloca en lugar central el concepto de paradigma desarrollado por Thomas Kuhn, aportando que se trata de formas de conocimiento que no son ni inductivas ni deductivas, sino analógicas, cuyo objetivo no es devenir hipótesis sobre la modernidad a la caza de una causa, sino volver inteligibles fenómenos cuyo parentesco escapa al historiador. Y en 15 de agosto de 2009, una opinión sobre la entrevista con el sociólogo Zygmunt Bauman quien propone el concepto de “modernidad líquida” para definir el presente, en lugar del término post modernidad, y la define como un momento en que la sociabilidad humana experimenta una transformación, una metamorfosis del ciudadano, sujeto de derecho, en individuo en busca de afirmación en el espacio social. También el Blog cuenta con remisiones constantes a la obra de Jürgen Habermas y su propuesta de “domesticar al Leviatán”, por ejemplo, el 29 de junio de 2009 Jessé Souza analiza uno de los conceptos claves del pensamiento de Habermas, el de la “esfera pública”, y describe la centralidad de este concepto para el debate en el Brasil de hoy. Un año antes, en junio de 2008, el Blog publica un reportaje de Folha de Sao Paulo en el que Habermas dice, entre otras muchas cosas, que, cuando hablamos de política estamos hablando de acción de gobiernos que heredaron una autoconcepción como actores colectivos que deciden de forma soberana; más esa concepción del Leviatán – continúa – que desde el siglo XVII se desenvuelve junto con el sistema de Estados europeos, hoy ya no es más vigorosa.

(44) Por ejemplo un editorial de Folha de Sao Paulo del 15 de junio de 2008, con debate de especialistas en la misma edición: Ronaldo Fiani, de Río de Janeiro, critica la convicción generalizada de que las agencias reguladoras no deben sufrir presiones; mientras que para Paulo César Coutinho, de Brasilia, uno de los mayores problemas para la vigencia de ese sistema es, justamente, la ingerencia del Poder Ejecutivo: la independencia de las agencias – dice – va contra la manera centralizada con que el partido de Lula gerencia el Estado. Es obvio que el tema está presente. En el mismo Blog del 16 de junio de 2008 se transcribe la magnífica expresión de Moreira Neto a la que hemos referido: La falsa independencia – dice – consiste en subordinar políticamente a las agencias reguladoras, sea de derecho o de hecho, resultando una creación de simulacros abastardados del instituto que apenas sirven a la administración pública que pierde eficiencia y a la ciudadanía que pierde en garantías. Y en fecha 10 de mayo de 2009, un comentario del mismo autor que dice: para que se institucionalice y gocemos permanentemente de una democracia sustantiva, la cuestión no se limita a la elección de quien nos debe gobernar sino a la elección de cómo queremos ser gobernados. En coincidencia, el Procurador General de la República Antonio F. B. Silva de Souza, funda una presentación ante el Supremo Tribunal Federal, en mayo de 2008, en defensa de la participación ciudadana diciendo: Como sabemos, en una República Democrática, ni la ciudadanía ni los derechos políticos se resumen a votar y ser votado. Incluyen también la participación activa de los ciudadanos en el debido proceso político, peticionando a los poderes públicos, haciendo sus sugerencias, postulando lo que es de derecho, cuestionando las decisiones proferidas y, en fin, actuando plenamente en la civitas.

(45) Sérgio GUERRA, en Blog del 28 de diciembre de 2009 sobre los límites de la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria en su poder de policía.

de las formas de acceso planificado al suelo urbano, oportunidad en la que destacan la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, Sala II, en la causa Amigos de la Estación Coghlan ya citada, como exponente de la defensa del principio de participación popular para la protección de la legalidad urbanística (46).

Por el contrario, en nuestro país, y retomando las reflexiones iniciales de este acápite, los intentos legislativos serios por abordar sistemas de gestión diferentes, inspirados en las agencias, ni siquiera han logrado que los organismos respectivos se constituyan como tales. La justicia federal ha tomado recientemente cartas en este asunto, censurando severamente la omisión y mandando constituir el organismo creado por la ley de defensa de la competencia así como distintos entes regulatorios de servicios públicos tal y como los prevé la ley aplicable (47), sin resultados efectivos a la vista. Si se ignora la integración misma del ente, no podemos aspirar a que se consideren procedimientos administrativos adecuados a esa forma de gestión.

Todo ello, en violación a la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, suscripta por nuestro país en la XI Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado celebrada en Lisboa, Portugal, en junio de 2008, que manda recrear el vínculo de confianza de las administraciones con los ciudadanos, facilitando la información, la comunicación y la participación, entendiéndose por participación ciudadana en la gestión pública *el proceso de construcción social de las políticas públicas*. Entre los principios consagrados en el artículo 10 se destaca aquí el de *institucionalización* porque manda a los poderes públicos promover los

(46) RICCIO DE OLIVEIRA, Farlei Martins, sobre derecho urbanístico y espacio público, en el Blog, 14 de marzo de 2008.

(47) La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, por su Sala A, anuló la resolución dictada por el Secretario de Comercio Interior del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas en virtud de la cual se subordinó la autorización de transacciones celebradas entre empresas de telecomunicaciones al cumplimiento de condiciones en el marco de la ley de defensa de la competencia. Dijo la Cámara, en sentencia del 1 de febrero de 2010 en causa Pirelli & CSPA y otros, que la ley de defensa de la competencia 25.156 fue dictada por el Congreso de la Nación en agosto de 1999 y promulgada por el Poder Ejecutivo el 16 de setiembre de ese año, reemplazando a la ley 22.262 sancionada en agosto de 1980. Del cotejo de ambas normas cobra importancia, para la Cámara, la sustitución de la anterior Comisión de Defensa de la Competencia creada por ley 22.262, por un Tribunal totalmente independiente del poder político, en especial del Poder Ejecutivo, como se señala en el debate parlamentario de la nueva ley; y sobre tal base, la sentencia afirma que constituye un verdadero escándalo jurídico que la ley 25.156 dictada hace más de diez años, se encuentre incumplida por la demora del Poder Ejecutivo en proceder a la designación que le fue encomendada expresamente, mandándole integrar el organismo que debe aplicar y controlar el cumplimiento de la ley de defensa de la competencia. También la titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal Clara M. Do Pico condenó al Poder Ejecutivo Nacional a cumplir con el procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico vigente para la designación de los cinco miembros del directorio del Ente Nacional Regulador del Gas, destacando que tanto la ley 24.076 - marco regulatorio de la actividad del gas natural - como su decreto reglamentario 1738/92 determinan que los integrantes del directorio del Enargas deben seleccionarse entre personas con antecedentes técnicos y profesionales en la materia con comunicación previa a una comisión del Poder Legislativo nacional (en causa Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia y Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria c/Estado Nacional, 14 de agosto de 2009). La Cámara Federal del mismo fuero contencioso administrativo se expidió también en causa Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia y otros c. Estado Nacional, por su Sala V, en fecha 10 de setiembre de 2009, ordenando a la Secretaría de Energía que arbitre los medios necesarios para realizar la convocatoria pública y dar cumplimiento a los demás procedimientos para que los integrantes del directorio del Ente Nacional Regulador de la Electricidad sean designados de la manera establecida en la ley 24.065 y su reglamentación. Comentamos ambas sentencias en D'ARGENIO, Inés A. La manera más conveniente de administrar el país II en Suplemento Administrativo La Ley, Director Agustín GORDILLO, del 6 de mayo de 2010. La misma Cámara, por su Sala III, también había resuelto en fecha 16 de abril de 2007 ordenar a la Comisión de Defensa de la Competencia que se abstuviera de dictar medidas cautelares en las actuaciones administrativas en que tramitaba una operación de concentración económica, en la inteligencia de que la facultad específica atribuida por el art. 35 de la ley 25.156 al Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia no fue delegada, transferida o asignada al órgano de aplicación existente hasta la puesta en marcha de dicho Tribunal (en causa Multicanal S.A. y otra v. Conadeco, reseñada en J.A. 2007- III).

mecanismos de participación informal y espontánea que hagan posible el ejercicio del derecho de inserción en la gestión pública, respetando la existencia de espacios públicos. Es decir que manda regular procedimientos alternativos al procedimiento tradicional para esos nuevos objetivos que consagra. Para garantizar la participación manda a las administraciones públicas propiciar *la gestión transparente de intereses a instancias de colectivos ciudadanos* (artículo 22 inciso g) y obliga a los Estados firmantes *a desarrollar medios de participación que posibiliten la incidencia ciudadana en las políticas públicas y que den poder a la sociedad, sea a través de la información, la comunicación, la consulta, la deliberación o la participación en la toma de decisiones* (artículo 27). Considera a la participación un proceso de doble vía que requiere como condición tanto que los órganos públicos sean receptivos a las propuestas de la sociedad, como que los ciudadanos y los colectivos sociales que ellos integran conozcan, dialoguen, deliberen e incidan sobre las competencias de las instituciones estatales (artículo 30); y manda institucionalizar *la toma de decisiones mediante formas deliberativas, desarrollar la rendición de cuentas a la ciudadanía como un proceso permanente, promover decisiones de la comunidad sobre inversiones públicas, facilitar la participación de sectores socialmente excluidos*.

He aquí un precioso material, impuesto por el ordenamiento jurídico positivo por sobre toda opinión doctrinaria que pretendamos, para desarrollar ideas originales en punto a la concepción de nuevos procedimientos administrativos. El sistema administrativo autoritario ha fracasado inexorablemente en la gestión del derecho porque nunca estuvo previsto para ese fin sino para imponer subordinación. El derecho administrativo se olvidó de la gestión del derecho que es su único cometido. Fracaso con sus métodos autoritarios en el objetivo de vigencia plena de la ley y arrastró en ese fracaso a todos los procedimientos administrativo propios del sistema autoritario, único concebido como idóneo al efecto. Ahora es necesario desarrollar un nuevo procedimiento administrativo idóneo para la participación social, que tienda a asegurar la información y la transparencia que van unidas a esa participación y permita la autorregulación de la sociedad si es que efectivamente se quiere instituir el sistema de agencias reguladoras, sin perder de vista, en tal caso, que estas nacieron y se desarrollan con un cometido específico de gestión del derecho ajeno por completo al sistema administrativo autoritario.