

La participación ciudadana como un derecho. El caso de la contratación administrativa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Citizen participation as a right. The case of administrative contracting
of the Autonomous City of Buenos Aires

Isaac Augusto DAMSKY*

RESUMEN: La visualización positiva de la participación ciudadana se elogia a punto tal que existe acuerdo en conceptualizarla como un principio que se ha convertido en el paradigma del funcionamiento democrático. Lo anterior permite esbozar en los fines de este trabajo algunos de los fundamentos conceptuales básicos que en la actualidad se involucran en la participación ciudadana y son necesarios tomar en consideración para una apropiada presentación del tema.

PALABRAS CLAVE: participación ciudadana; democracia contemporánea; contratación administrativa; Buenos Aires; derechos fundamentales.

ABSTRACT: The positive visualization of citizen participation is praised to the point where there is agreement to conceptualize it as a principle that has become the paradigm of democratic functioning. This allows us to outline some of the basic conceptual foundations that are currently involved in citizen participation and are necessary to take into consideration for an appropriate presentation of the topic.

KEYWORDS: citizen participation; contemporary democracy; administrative contracting; Buenos Aires; Fundamental rights.

* Profesor Adjunto Regular por Concurso de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y fundador de las asignaturas optativas: “La internacionalización del Derecho Administrativo” y “La Protección del Patrimonio Cultural”. Contacto: <www.isaacaugustodamsky.com>. Fecha de recepción: 31/01/2017. Fecha de aprobación: 02/05/2018.

I. APROXIMACIÓN VALORATIVA A LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Un extendido consenso en el espectro jurídico iberoamericano campea en torno al compromiso activo de las instituciones y técnicas del derecho público con la definición democrática del estado, afincada en la dignidad de la persona humana, en donde la participación ciudadana está llamada a cumplir un rol central¹. Y no es para menos puesto que el modelo democrático vive hoy en día momentos especialmente trascendentes en cuanto a su extensión dado que jamás en la historia existieron tantos Estados que se organizaran según los parámetros de lo que se entiende mayoritariamente por democracia². Pero al mismo tiempo en las últimas décadas se verifica un generalizado rechazo social sobre el tradicional sistema representativo afincado en los partidos políticos acaso operando una divisoria entre sociedad civil y sociedad política³.

Con ello, también se ha operado un cuestionamiento al modelo democrático representativo que pasó a ser percibido como eminentemente formal⁴ a través de movimientos que reclaman una democracia real frente a la democracia que poseemos⁵. Ello se exteriorizó en demandas de creación de espacios de participación política que permitieran un mayor protagonismo de la sociedad

¹ Ampliar en PÉREZ ALBERDI, Reyes, “Derechos de Participación en los Estatutos de Autonomía de última generación”, en Revista Deliberación, núm. 2 y Revista para la mejora de la calidad democrática, Aragón, Dirección General de participación ciudadana, acción exterior y cooperación, Departamento de Presidencia y Justicia, Gobierno de Aragón, Octubre 2012, p. 36.

² Ver en CEBRIÁN ZAZURCA, Enrique, “Democracia y tecnología en época de crisis”, en Revista Deliberación... op. cit., pp. 57 y ss.

³ Ampliar en VARGAS, Jean-Paul, “Participación Ciudadana y Concertación en Centroamérica”, en Deliberación... op. cit., pp. 72-73 y ss.

⁴ Ampliar en *Ibidem*, p. 98.

⁵ Cfr. CEBRIÁN ZAZURCA, Enrique, op. cit., p. 58.

civil a través de la puesta en práctica de mecanismos de democracia participativa o de las distintas formulaciones de la democracia deliberativa⁶ que, paradójicamente, actualizaron al modelo democrático representativo, fortaleciéndolo y sin plantear su sustitución⁷.

Palabras aparte, ésta última afirmación reviste importancia porque tal como advirtió el Profesor Moderné –siguiendo el pensamiento de René Capitant– la democracia semi directa en América latina constituye un “último apoyo” de la democracia representativa, se verifica de manera “prudente y residual” y ha obtenido muy rápidamente los favores del constituyente latinoamericano porque responde a la preocupación de racionalizar y de mejorar el funcionamiento del sistema representativo. Además, agrega que aún desde una concepción universalista en el antiguo debate ideológico entre la democracia representativa y la democracia directa, los argumentos no han sufrido el paso del tiempo: la democracia semidirecta o «participativa» no pretende ofrecer un modelo alternativo a la democracia representativa. Se propone, al contrario, consolidarla asociando más o menos estrechamente el ciudadano a la toma de decisiones políticas o a la emanación de normas que quedarán oficialmente asumidas bajo la égida de gobiernos democrático-representativos⁸.

Ésta es la concepción actualmente imperante contra la cual puede contrastarse otra tesis que verifique una evolución de la democracia representativa –más que su reafirmación– de su tra-

⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 57.

⁷ Me remito al pensamiento del querido jurista y profesor francés Franck Moderné plasmado en su lúcido trabajo “El resurgimiento de los procedimientos de democracia semidirecta en los regímenes presidencialistas de América Latina”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 6, 2002, pp. 339-359.

⁸ MODERNÉ, Frank, op. cit., p. 340, con cita a AGUIAR DE LUQUE, Luis, «Democracia directa e instituciones de democracia directa en el ordenamiento constitucional español», en TRUJILLO, G., LÓPEZ GUERRA, L. y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P., *La experiencia constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 67.

dicional cuño cerrado a una concepción abierta debido al impacto que las técnicas participativas y deliberativas operen sobre su estructura tradicional, según resulten plasmadas como principio, objetivo o derecho. Como quiera que fuere lo cierto es que todo el cuadro expuesto ha posibilitado un muy atractivo y renovado entrelazamiento conceptual entre democracia y derecho público, potestades y revigorización de los derechos, abriendo el camino a la resignificación de ciertos fundamentos de legitimidad y algunas concepciones troncales del derecho administrativo clásico que – hasta no hace mucho– lucían inconmovibles⁹.

⁹ Buen ejemplo del fenómeno descrito lo encontramos presentado en el celebrado trabajo del distinguido Profesor español Jaime Rodríguez Arana-Muñoz, largamente publicado en el espectro jurídico de toda América Latina titulado “El derecho a la buena administración” (Revista Deliberación, op. cit..., pp. 13 y ss.) y “La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa” (en Revista Misión Jurídica, núm. 6, Bogotá, 2013, pp. 23 y ss.) trabajo que él mismo ha calificado como un “artículo de reflexión acerca del impacto que está produciendo en el sistema del Derecho Administrativo la centralidad de la dignidad del ser humano y, sobre todo, la buena administración entendida como principio jurídico y como derecho fundamental de la persona”. Principia su trabajo destacando el renombrado autor: “El Derecho Administrativo del Estado social y democrático de Derecho es el Derecho del poder público para la libertad solidaria de los ciudadanos (...). Atrás quedaron, afortunadamente, consideraciones y exposiciones basadas en la idea de la autoridad o el poder como esquemas unitarios desde los que plantear el sentido y la funcionalidad del Derecho Administrativo. En efecto, en este tiempo en que nos ha tocado vivir, toda la construcción ideológico-intelectual montada a partir del privilegio o de la prerrogativa como principio y fin de la actuación de los poderes públicos, va siendo superada por una concepción más abierta y dinámica, más humana también desde la que el Derecho Administrativo adquiere un compromiso especial con la mejora de las condiciones de vida de la población (...) El lugar que antaño ocupó el concepto de potestad o el de privilegio o prerrogativa, considerados como punto de partida y también de llegada, ahora lo ocupa, por derecho propio, la persona (...). Es decir, los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario ayudan sobremanera a comprender en su sentido pleno y alcance y funcionalidad del Derecho Administrativo en este momento (...). Ahora, por mor de su inserción en el Estado social y democrático de derecho, los ciudadanos, cada vez más conscientes de su posición estelar en el sistema político, se convierten en actores principales de

Una de sus manifestaciones radica en la visualización positiva de la participación ciudadana que resulta extendidamente elogiada a punto tal que existe acuerdo en conceptualizarla como un principio que se ha convertido en el paradigma del funcionamien-

la definición y evaluación de las diferentes políticas públicas. El interés general ya no es un concepto que define unilateralmente la Administración sino que ahora (...) debe determinarse (...) a través de una acción articulada entre los poderes públicos y los agentes sociales.(...) Ahora, como consecuencia de la proyección de la directriz participación, médula de la estructuración democrática del Estado, el interés general ha de abrirse a la pluralidad de manera que el espacio público pueda ser administrado y gestionado teniendo presente la multiforme y variada concepción de la realidad, ajena y refractaria a cualquier atisbo de unilateralidad o forma de pensamiento único (obra y autor citado, ps. 13-15). Ampliar en su obra: Rodríguez Arana Muñoz, Jaime, “El ciudadano y el poder público. El principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración”, Madrid, Ed. Reus, 2012, destacándose el siguiente pasaje del prólogo a cargo del Catedrático Raúl Canosa Usera (ps. 5-7), al elogiar el aporte general de la obra: “Al plantear una ética pública que dote de alma a la Administración, nuestro autor no está proponiendo un modelo cerrado, un pensamiento único, sino justo lo contrario un sistema administrativo abierto a las demandas sociales que se transmitan por los cauces que los medios de la sociedad del conocimiento y de la información nos proporcionan (...). Se trata, recuerda Rodríguez Arana, del Estado social, superador de la fría distinción entre Estado y sociedad, que desatendía a esta última, porque nada de lo que en ella acontecía, bueno o malo, preocupaba a este Estado abstencionista. No obstante su indiscutible grandeza, este modelo, del que somos herederos, no se ocupaba de promover el ejercicio de los derechos fundamentales cuyo disfrute individual dependía por entero de lo que aconteciera y decidiera cada cual. Con el Estado social cambia de modo radical la perspectiva porque los poderes públicos asumen la tarea de ocuparse de las condiciones vitales del ser humano (...). Una labor de remoción de los obstáculos que impiden el ejercicio por parte de todos de todos sus derechos. Se trata de que el Estado realice lo que antes omitía (...). Esa tarea de promoción tiene su norte en la dignidad de la persona (...) el derecho a una buena administración (...) acaba reforzando al administrado al hacerle titular del derecho a recibir el trato debido de la Administración. Ésta viene así obligada por dos vías, la objetiva que impone determinados procedimientos respetuosos con el administrado, pero también acuciada por éste que ya es titular frente a ella de derechos concretos”.

to democrático de las últimas décadas¹⁰, una condición inherente y fundamental de las personas y como un derecho humano. Y se la ha elogiado por permitir al ciudadano influir directa o indirectamente en los procesos de decisión y ejecución de políticas públicas, y expresar en toda su dimensión su condición de actor social de una comunidad¹¹, si bien bajo el riesgo de captación o manipulación por parte de estructuras organizadas de la sociedad civil con atributos de poder cuyas capacidades de imposición desplazarán la voz espontánea de las personas individuales¹². Entiendo que lo expuesto permite esbozar a los fines de este trabajo algunos de los fundamentos conceptuales básicos que en la actualidad se involucran en la participación ciudadana y son necesarios tomar en consideración para una apropiada presentación del tema que me ocupa. No obstante, la trascendencia de los fundamentos de legitimidad del derecho a la participación amerita sin duda alguna ser tratada con mayor detenimiento en futuros trabajos de quien esto escribe.

A) DÉFICITS Y PERCEPCIONES NEGATIVAS SOBRE LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN

Es un dato de la realidad que a pesar de numerosos esfuerzos institucionales, jurisprudenciales y doctrinarios la participación ciudadana en general sigue sin satisfacer en plenitud toda la expectativa depositada, continua aún sin alcanzar aceptables niveles de efectividad ni tampoco concita demasiado entusiasmo ni en las personas individualmente consideradas ni en los principales efectores de la sociedad civil, perdiendo predicamento y resultan-

¹⁰ Me remito en su totalidad al análisis de la Profesora IVANEGA, Miriam, “Cuestiones de Potestad Disciplinaria y Derecho de Defensa” 2ª ed., Buenos Aires, RAP, pp. 142, 143 y 146, y en “Instrumentos de participación ciudadana en la formación de los contratos administrativos”, Revista de Derecho Público, Contratos Administrativos II, Rubinzal Culzoni, 2007-2.

¹¹ Cfr. VARGAS, Jean-Paul, *op. cit.*, p. 71.

¹² Cfr. *Idem.*

do parcialmente eclipsadas por técnicas como las denominadas “gobierno electrónico”, primero, y “gobierno abierto”, en la actualidad, las cuales, a su vez, también generan dudas en torno a su efectividad. Precisamente porque todos estos mecanismos participativos tienen en común que surgen más por una promoción de parte de actores externos a la ciudadanía que por una iniciativa propia de los actores, individual u organizadamente considerados, redundando en una baja –o nula– espontaneidad e iniciativa de los ciudadanos¹³.

En ese orden, con carácter crítico se ha explicado la realidad cotidiana de utilización de la participación ciudadana como un resorte o mecanismo potestativo mediante el cual la Administración local solo se involucra con la ciudadanía para consultarla o para canalizar las iniciativas vecinales, en la creencia de que se trata de un resorte del que puede disponerse libremente como algo que podía ser utilizado o no, en función del modelo de política que el equipo de gobierno quisiera utilizar en contrario de su plasmación normativa como técnica administrativa obligatoria¹⁴. Es decir, en deliberado desconocimiento de su sustancia normativa y de sus fundamentos de legitimidad¹⁵. Para la autora, entre varias razones, ello resulta atribuible a la desconfianza que concita en la clase política la implementación de mecanismos aperturistas. Su apreciación es válida en nuestro contexto. Remarca la desconfianza de la clase política hacia la participación, acaso afincada en la hegemónica argumentación de que, allende las cláusulas participativas, sea como fuere siempre se recurrirá al argumento de que la Constitución declara que nuestro sistema político es el de la Democracia representativa, por lo que la responsabilidad y la rendición de cuentas, al final, recae sobre el representante elegido democráticamente¹⁶.

¹³ Cfr. *Idem*.

¹⁴ Cfr. SANCHEZ-SANCHEZ, Zulima, “La participación ciudadana en el ámbito local, hacia el gobierno abierto”... *op. cit.*, p. 127.

¹⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 129.

¹⁶ Cfr. *Idem*.

La organización estatal, en su mayoría, percibe a los mecanismos de participación ciudadana con recelo y desconfianza y tampoco aprecia a sus declamadas virtudes como palmarias. Y aunque nos cueste aceptarlo corresponde también decir que, acaso, las mismas dudas y prevenciones embargan también a la sociedad civil y a las personas individualmente consideradas porque éstas resultan deliberadamente desalentadas a participar¹⁷. Es un insoslayable dato de la realidad.

Este desaliento, no se nos escapa, se afina en la difusa “vinculatoriedad” de los mecanismos participativos. Problema que mereció tratamiento por la Corte Suprema de Justicia de Argentina en el Caso “Cepis” en 2016 al reafirmar la amplitud y operatividad del derecho a la participación en el marco de audiencias públicas unido al deber de la autoridad de tomar en consideración las posiciones allí ventiladas¹⁸.

Por ello se genera una percepción ambigua en las personas que, acaso también paradójicamente, ora descreen de estos mecanismos –claudicando en sus esfuerzos por reclamarlos– ora bregan por una mayor transparencia e inserción de todos en aquello que debiera ser de todos.

Así, no es ocioso advertir que gobernantes y gobernados visualizan más las sombras que las luces que ofrece la participación,

¹⁷ Ampliar en: Informe de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas-Derechos Humanos, “Comentario a la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos”, OACDH, Bogotá, 2012. Especialmente al expresar: “Los expertos en derechos humanos también han considerado que la reducción del espacio democrático amenaza el pleno disfrute de los derechos civiles y políticos y repercute en la vida de las personas corrientes, que cambia sin su opinión y en contra de su voluntad. Algunos Estados imponen no solo obstáculos jurídicos sino también prácticos a la participación” (p. 6).

¹⁸ Ver: C.S.J.N., “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, (Fallos: 339: 1077), 18 de agosto de 2016; considerandos 15, 16, 18, 19 se la Sentencia, considerandos 16 y 17 del voto del Juez Rosatti y considerando 12 del voto del Juez Maqueda.

siendo que acaso para el funcionariado los mecanismos participativos sean un difuso y riesgoso instrumento burocrático que conspira contra la celeridad de gestión.

Es una tendencia actual –acaso irreversible– de las ciencias de la administración y gestión de las políticas públicas que la Administración, hoy, discurre por técnicas de gestión por metas, objetivos y resultados mensurables en hitos progresivos, estructurados en breves plazos, computados en tableros de control dentro de los cuales toda instancia que no resulte estrictamente indispensable, directamente conducente, y pueda omitirse, se recorta. Y en esas descalificaciones frecuentemente cae la participación. La gestión pública no dimensiona su utilidad, sino que por el contrario la visualiza como un innecesariamente peligroso instrumento distractivo. Una instancia ralentizadora. Un enemigo de las muy ajustadas agendas e hitos estructurados dentro de los breves tiempos de gestión. Menos aún la comprende como un derecho que pueda resultar exigible y escasamente comprende sus beneficios.

Quizás no sea osado reconocer que ello resulte entendible y que desde el derecho tenemos mucha responsabilidad. Repárese que en tanto principio su formulación no encuentra reflejo en previsiones concretas de cuño clásico y cerrado y en tanto derecho resulta formulado en las normas individuales con carácter general e indefinido pero sin especificación de sus contenidos, alcances y garantías instrumentales y procesales. Menos aún el ordenamiento legal resulta dotado de sistematicidad. No se lo interconecta a las concretas instancias de gestión a las que, paradójicamente, está llamado a operar. Por consiguiente no es extraño que perviva un comprensible recelo o desinterés administrativo y que ello determine que se visualice a la participación como instancia superflua –recortable por innecesaria– o peor como instrumento riesgoso pues al no definirse sus concretos contenidos y alcances engendra el peligro de erigirse en un punto de fuga de los objetivos de gestión.

Este cuadro desalentador se acentúa al comprobar que desde la óptica del sistema de derechos la participación, al igual que los

de acceso, no se encuentra suficientemente desarrollada, en muchos casos no pasa de ser un “derecho emergente”¹⁹ sin especificación de contenidos y alcances, y reviste una efectividad ambigua por encontrarse desprovista de los atributos de eficacia propios de los derechos de petición y solo ocasionalmente merecen el reconocimiento jurisprudencial.

Siendo así el apuntado desinterés cívico luce comprensible pues aún en los contados casos –como el que específicamente me ocupa en materia de contrataciones públicas– aún cuando la participación es especificada como derecho en un ordenamiento especial suele frecuentemente resultar desactivada como tal²⁰. Es que tal como se advierte en doctrina, la participación a veces es formulada como un objetivo de la norma, otras como un derecho –y allí habrá que ver si se lo plasma con aceptable especificación o si resulta formulado a título general o bajo contornos ambiguos, como el caso que nos ocupa hoy– y en más de una oportunidad nos aparece tan solo como un principio rector de la actuación de los poderes públicos, todo lo cual conspira contra su efectividad²¹.

¹⁹ “Los derechos humanos emergentes son reivindicaciones legítimas de la sociedad civil dirigidas a la formulación de nuevos o renovados derechos humanos. Hace sesenta años que se redactó la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Desde entonces, tanto las sociedades nacionales como la sociedad internacional, han sufrido profundas transformaciones a medida que se intensificaba la globalización, apareciendo como resultado nuevas y apremiantes necesidades humanas. Los derechos humanos emergentes pretenden traducir estas nuevas necesidades en nuevos derechos (...) nace de una visión integradora de los derechos humanos. Pretende acabar con la dicotomía histórica en la que se han dividido los derechos humanos: civiles y políticos y económicos, sociales y culturales. Y pretende superar las contradicciones entre los derechos colectivos y los individuales. Estas reivindicaciones han adoptado distintas formulaciones, entre las que destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes, elaborada en el marco del Forum Universal de las Culturas de Barcelona en septiembre de 2004, y aprobada en el Forum de Monterrey (México) en noviembre de 2007” (Ver: “Derechos Humanos Emergentes”, Institut de Drets Humans de Catalunya (IDHC) consultado en: <www.idsc.org>).

²⁰ Ver PÉREZ ALBERDI, Reyes... *op. cit.*, p. 37.

²¹ Ampliar en PÉREZ ALBERDI, Reyes... *op. cit.*, p. 37.

Y es un dato de la realidad que la visualización de la participación como un derecho requiere de un esfuerzo especial. Primero, porque tal como trataré en términos generales, si bien puede apreciársela como un derecho protegido desde el sistema de los Tratados de Derechos Humanos lo cierto es que ello requiere de los esfuerzos de una hermenéutica que desarrolle una perspectiva contextualizada del principio de progresividad y la interpretación evolutiva de los derechos humanos²². Segundo, porque el ordenamiento administrativo particular la formula en términos generales y fragmentarios porque la menciona como principio y obligación del poder público pero luego omite especificarla y conectarla a cada una de las fases o instancias procedimentales llamadas a regir, al punto que solo logra su dimensionamiento cuando se la integra al plano constitucional superior que, en el caso que he elegido tratar, el del régimen jurídico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, lo encontramos en ciertas previsiones constitucionales que principian en su cláusula primera-constitucional. Ello verifica déficits que justifican las aportaciones de este trabajo y su reconfiguración en tanto derecho con otros que aún lucen en ciernes y vinculan con nuevas modalidades de relacionamiento con lo público que, en la actualidad, convergen en la fórmula del “Gobierno Abierto”, sobre el cuál trataré en futuras investigaciones.

II. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA COMO UN DERECHO HUMANO. SUS TRES NÚCLEOS DE PROTECCIÓN

Como corolario de lo dicho hasta aquí no cabe duda que resulta paradójico abordar los mecanismos participativos como un derecho. De una parte, se verifica un extendido consenso doctrinario

²² Ampliar en V.V.A.A., Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario. Christian Steiner/Patricia Uribe, Coordinadores, B.A., EUDEBA, 2014. Me remito al comentario de los artículos 1º, 2º, 26, 29 y 31 de la Convención.

respecto de la visualización positiva de los mecanismos participativos a tal punto que no solo se la tematiza como un principio²³ –el principio de participación- implicando en ello un sentido y legitimidad superior a su originaria concepción como un objetivo instrumental en la planificación estatal, sino que se concordó en reconocerla como un derecho que cuenta con reconocimiento constitucional y parcial sustancia legal²⁴, por la plasmación de sus principales manifestaciones a través de ordenamientos particulares²⁵ y se llegó a jerarquizarla como un derecho de raigambre superior²⁶.

²³ Ampliar en: IVANEGA, Miriam, trabajo citado: “Instrumentos de participación ciudadana en la formación de los contratos administrativos”, Revista de Derecho Público, Contratos Administrativos II, ed. Rubinzal Culzoni, 2007-2; STORTONI, Gabriela, trabajo inédito: “El ciudadano en los procedimientos contractuales. El principio de participación”; SÁNCHEZ-SÁNCHEZ, Zulima, “Estudio práctico de las asociaciones. Democracia directa y otras formas de participación ciudadana. Doctrina, jurisprudencia, formularios”, Valladolid, Lex Nova, 2004.

²⁴ Ver las menciones normativas especiales presentadas por la Profesora IVANEGA, Miriam, *op. cit.*, p. 142.

²⁵ Me remito a: Stortoni, Gabriela, trabajo inédito: “El ciudadano en los procedimientos contractuales. El principio de participación” con cita a: Sacristán, Estela, Audiencia pública y otros procedimientos consultivos en el dictado de actos administrativos de alcance general (nulidades por su omisión), LL 1999-B-480; CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, t. II, 6ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 305.

²⁶ Me remito a dos antiguos trabajos de mi autoría: DAMSKY, Isaac Augusto, “Los derechos de participación en el control administrativo del sector público a partir de la reforma constitucional de 1994”, en V.V.A.A., “A una década de la reforma constitucional”, BIDART CAMPOS-GIL DOMINGUEZ, (coords.), Buenos Aires, Ediar, 2004, pp. 172-197. Y muy especialmente a los términos y finalidades participativos –planteados más de veinte años atrás- dentro de los que inscribí mi análisis sobre los objetivos y racionalidades que justificaban la existencia del Defensor del Pueblo en: Damsky, Isaac Augusto, “El Defensor del Pueblo. Reflexiones acerca de su función promocional del cambio”, en Revista Jurisprudencia Argentina, 11 de junio de 1997, p. 37. Estrictamente vinculado a las racionalidades del derecho a participar en la contratación pública, ampliar en: Rejtman Farah, Mario, “Contrataciones públicas transparente: un desafío en la emergencia”, en V.V.A.A., “El contrato administrativo en la actualidad”,

Este largo iter de legitimidad por el que discurrió la participación en por lo menos algo más de cuarenta años²⁷ debiera operar la legítima expectativa sobre su operatividad plena y generalizada aceptación y, en parejo orden, la discusión actual debiera situarse en sus nuevos confines, en sus alcances procesales o, en términos generales, respecto de los aspectos atinentes a la expansión de sus atributos de sistematicidad y efectividad. Más aún debido al reconocimiento que le prodigó la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal, al igual que el tratamiento merecido en numerosos pronunciamientos de los Fueros especializados.

Sin embargo, como ya se ha planteado, ello no es así porque aún hoy los esfuerzos siguen centrándose en su estadio inicial. En los esfuerzos por la concientización de sus beneficios. Seguimos en una instancia fundacional, inicial, en la que los esfuerzos se sitúan en la comunicación de los beneficios que promueve el ejercicio activo del derecho a participar. Aún no se ha llegado a un umbral de reconocimiento y aceptación que posibilite escalar al estadio siguiente de su desarrollo²⁸.

El contexto presentado determina que resulte entonces útil intentar presentar la protección jurídica de la participación como derecho desde el sistema internacional e interamericano de de-

Agustín Gordillo-Director, LL, 2004, p. 116 y sgtes. Ampliar en: Sánchez-Sánchez, Zulima, ob. cit., “Estudio práctico de las asociaciones. Democracia directa y otras formas de participación ciudadana. Doctrina, jurisprudencia, formularios”, Valladolid, Lex Nova, 2004.

²⁷ Recomiendo con énfasis la atenta lectura de un valiosísimo libro del ilustre profesor Agustín Gordillo que fue la primer obra científica en América Latina sobre participación ciudadana, bajo un preciso enfoque contextual en su tiempo, pieza que debiera ser erigida a la jerarquía de obra fundacional en ésta materia. Me refiero a “Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio”, B.A., Macchi, 1973.

²⁸ Ver: Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Promoción, protección y efectividad del derecho a participar en los asuntos públicos en el contexto del derecho vigente de los derechos humanos: mejores prácticas, experiencias y obstáculos y medios de superarlos” (A/HRC/30/26), 23/07/2015.

rechos humanos²⁹. El derecho de participación se integra en tres núcleos que se reconocen en los sistemas internacional e interamericano de Derechos Humanos.

B) LA FORMULACIÓN GENERAL DEL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN

El primer núcleo se integra por aquellas cláusulas que formulan en términos generales al derecho de participación en condiciones de igualdad en la vida política y pública como elemento central del concepto de “democracia integradora”³⁰. Desde ésta concepción imperante en los organismos internacionales de derechos humanos se enfatiza el contenido amplio del derecho a participar dado su carácter esencial para la realización democrática³¹.

El reconocimiento se plasma en formulas que postulan el derecho a participar en forma directa en la dirección de los asuntos públicos y en el derecho de acceso a la función pública. Ello comprende “los derechos de todas las personas a participar plenamente en los procesos públicos de adopción de decisiones que les conciernen y a ejercer efectivamente su influencia en ellos” abarcando los derechos a que se les consulte en todas las etapas de la redacción legislativa y la formulación de políticas, a expresar críticas y a presentar propuestas destinadas a mejorar el funcionamiento y la inclusión de todos los órganos gubernamentales que intervie-

²⁹ Respecto a la actualidad de los términos generales de protección de los sistemas internacional e interamericano de derechos humanos y su proyección específica al derecho administrativo fronteras adentro del estado, ampliar en: GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo, “La dimensión dinámica y abierta de los derechos humanos, la Constitución Nacional y las Administraciones Públicas” (LA LEY, 18/01/2018).

³⁰ Ver: Informe anual- Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General, 30/06/2014, A/HRC/27/29, pp. 3-4.

³¹ Consultado en: <www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/EqualParticipation.aspx>.

nen en la dirección de los asuntos públicos³². Este derecho se encuentra indisolublemente unido a otros derechos humanos, que trataré en el segundo núcleo, tales como el derecho de reunión y asociación pacífica, libertad de expresión y opinión y los derechos a la educación y la información, que coadyuvan al ejercicio del derecho a participar.

Debemos situarlo con carácter principal en las siguientes cláusulas:

El artículo 25 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos³³ (PIDCP) al reconocer que “Todos los ciudadanos gozarán (...) sin restricciones indebidas³⁴, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos³⁵, directamente (...) c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país³⁶”.

El artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en especial su primer disposición en la que se señala la universalidad de participación en los asuntos políticos directamente o por medio de representantes. Este artículo 23.1.a) es prácticamente idéntico al artículo 25.a del PIDCP, lo que realza la importancia y efectividad de la citada Observación General 25 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas³⁷.

³² Cfr. Informe anual citado A/HRC/27/29, párrafo 21, p. 7 con cita a la Observación General N° 21 (2009) del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

³³ El artículo 25 se completa con la Observación General Interpretativa de 1996 (Observación General 25. Comité de Derechos Humanos. Art. 25. Participación en los Asuntos Públicos y Derecho de Voto. PIDCP.57 Período de Sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/REV.7 AT 194, 1996) y con la jurisprudencia adoptadas por el Comité de Derechos Humanos (<http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/EqualParticipation.aspx>). Destaco la centralidad de la Observación General 25 en la materia remitiéndome a sus términos.

³⁴ Ver Observación General 25, punto 4°.

³⁵ Ver Observación General 25, punto 5°.

³⁶ Ver Observación General 25, punto 23.

³⁷ Cfr. CABALLERO OCHOA, José Luis y RÁBAGO DORBECKER, Miguel, en V.V.A.A., *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, comentario Christian Steiner-Patricia Uribe, B.A., EUDEBA, 2014, ps. 562 y 562.

Así, se ha dicho que en las formulaciones de estas cláusulas y su interpretación contenida en la citada OG 25 es central advertir dos reafirmaciones: primero, que los derechos político-electorales son descritos fuera de la cerrada definición de la contienda electoral y se mencionan casos en los que la participación directa de los ciudadanos se encuentra garantizada por dichos derechos y, segundo, que se obliga a los estados a aplicar el principio de no discriminación y de no imponer restricciones excesivas en toda situación en que se haya establecido una modalidad de participación directa de los ciudadanos³⁸.

Esto es de importancia porque tal como ha concluido la doctrina especializada de derechos humanos: “ante los avances en la implantación de un modelo electoral liberal en América Latina, la Corte IDH en los casos de derechos políticos esta llamada a jugar un papel que trascienda un modelo estrictamente afincado en la participación electoral, hacia uno más amplio y efectivo de participación política. Los Casos Castañeda Gutman vs. México y Yatama vs. Nicaragua, ya nos hablan del rumbo a tomar, en el que la Corte IDH estará llamada a abrir espacios a sectores tradicionalmente excluidos tanto de la participación electoral como política en general (...) Sin embargo, para poder lograr este objetivo, el Sistema Interamericano debe de ser sensible ante regresiones de corte autoritario que pasan por alto un avance democrático en la región que no debe admitir marcha atrás, como la actuación de poder fácticos al margen de los Estados (...) o, la cada vez más grande brecha entre los partidos políticos y los electores”³⁹.

Sentado lo anterior y bajo la orientación expuesta se agregan las previsiones del artículo XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre al reconocer en términos generales el derecho de toda persona a “tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes”; el artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos al estipular –de manera similar- que “toda persona tiene derecho a

³⁸ *Ibidem*, pp. 562 y 563.

³⁹ *Ibidem*, p. 578.

participar en el gobierno de su país directamente (...) y el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas de su país”.

Destaco la especial cualificación con la que el sistema internacional de los derechos humanos promueve y protege a la participación en instrumentos internacionales cuyo eje de protección reviste alta sensibilidad⁴⁰ tales como: La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de discriminación racial que en su artículo 5º, incisos “c” y “d” especifica “el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley (...) en el goce de los derechos siguientes (...) a participar en el gobierno y en la dirección de los asuntos públicos en cualquier nivel, y el de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas” comprendiendo en ellos los consecuentes derechos instrumentales consagrados en los apartados VIII (libertad de opinión y expresión) y IX (libertad de asociación y reunión) del inciso “d”; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (artículos 7º y 8º)⁴¹; la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (artículos 4.3, 29 y 33.3)⁴²; la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (artículos 41 y 42), la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas de las Naciones Unidas (artículos 5º y 18), la Declaración y el Programa de Acción de Durban (artículo 22), la Declaración

⁴⁰ Ver: Informe citado de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas. Consultado en: <<http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/EqualParticipation.aspx>>.

⁴¹ Cfr. CABALLERO OCHOA, José Luis y RÁBAGO DORBECKER, Miguel, *op. cit.*, p. 575 con cita a los casos: “Caso del penal Miguel Castro-Castro vs. Perú” (25/11/2006); “Caso González y otras (“Campo Algodonero”) (16/11/2009); “Caso Fernández Ortega y otros” (30/08/2010); “Caso Rosendo Cantú y otra” (31/08/2010); “Caso Atala Riffo e Hijas vs. Chile” (24/02/2012). Ver Recomendación General, núm. 23 de Naciones Unidas, 1997. Sobre vida política y pública mencionados por los autores y obra, citada en pp. 575 y 576.

⁴² Ver CABALLERO OCHOA, José Luis y RÁBAGO DORBECKER, Miguel, *op. cit.*, p. 578.

sobre el derecho al desarrollo (artículos .1.1, 2 y 8.2) y la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos (artículo 8). Y en los ámbitos regionales, la igualdad de derechos políticos también está protegida por varios instrumentos, entre otros el Primer Protocolo del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 3), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 23) y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (artículo 13).

B) DERECHOS INSTRUMENTALES INTERRELACIONADOS CON LA PARTICIPACIÓN

El segundo, lo conforman derechos de libertad de pensamiento, opinión y expresión junto con el derecho de reunión y la libertad de asociación que se encuentran interrelacionados y coadyuvan al ejercicio del derecho a participar pues, a éste efecto, revisten un contenido instrumental que los vincula indisolublemente⁴³.

Se consagran principalmente en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sobre libertad de investigación y expresión; el artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el reconocimiento al derecho a la libertad de investigación y su apoyatura en el derecho a la verdad y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su reconocimiento al derecho “a la libertad de pensamiento y expresión comprensivo de la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”.

Por ello merece destacarse lo dicho por la doctrina especializada⁴⁴ respecto de la evolución jurisprudencial de la Corte Inte-

⁴³ Ver *Ibidem*, p. 564.

⁴⁴ Ver BERTONI, Eduardo y ZELADA, Carlos, “Comentario al artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos”, en V.V.A.A., *Convención*

americana experimentada en la última década y media respecto a “el derecho a la libertad de expresión” o “libertad de expresión” el cual había sido escasamente tratado hasta 2001. El punto de inicio en su análisis se dio en la Opinión Consultiva OC-5/85 (13/11/1985)⁴⁵ en la que estableció dos pilares básicos para la interpretación del artículo 13 de la Convención. Por el primero, denominado el “estándar democrático”, la Corte Interamericana propuso que la libertad de expresión es un valor que, si se pierde, pone en peligro la vigencia de los principios esenciales para la existencia de una sociedad democrática, por lo cual la califico de “piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática (...) condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada (...) una sociedad que no esté bien informada, no es plenamente libre”⁴⁶. El segundo, “el estándar de las dos dimensiones” postula que el contenido de la libertad de expresión no debe vincularse sólo con el aspecto individual del derecho, sino que también se relaciona con la dimensión colectiva o social del mismo porque este derecho “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”. Éstos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención Americana tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos (...) donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Es

Americana sobre Derechos Humanos, comentario de Christian Steiner-Patricia Uribe, Buenos Aires, EUDEBA, 2014, pp. 322 y ss.

⁴⁵ Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana de Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No 5, citada por BERTONI, Eduardo y ZELADA, Carlos, en *op. cit.*, pp. 322 y ss.

⁴⁶ Cfr. Corte IDH, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas, nota I, parr. 70, citado por BERTONI, Eduardo y ZELADA, Carlos, en *op. cit.*, p. 324.

decir, se implica un “derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”⁴⁷.

Muy brevemente corresponde tratar en los términos de la Convención Americana de Derechos Humanos al derecho de reunión (artículo 15) y a la libertad de asociación (artículo 16 y artículos 20 de la DUDH, XXII de la DADDH, 22 del PIDC, 8° del PIDESC, etc.) debido a la apuntada interrelación con el plexo de derechos expuesto porque, tal como explica doctrina especializada, constituyen un presupuesto indispensable para consumir esa combinación de esfuerzos. Más aún tratándose de la intervención de defensores de derechos humanos⁴⁸, en la medida en que opera como cauce para el ejercicio de otros derechos de participación⁴⁹. El derecho de reunión forma parte del contenido esencial de la libertad de asociación. Se encuentran ínsitamente relacionados y jerarquizados por su finalidad de desarrollo y fortalecimiento de sociedades inclusivas y democráticas⁵⁰.

Así, la citada doctrina especializada enfatiza con insistencia en que el derecho de reunión –comprensivo del derecho de ma-

⁴⁷ Autores y trabajo citado, con referencia al párrafo 30 de la OC-5/85, p. 324.

⁴⁸ Ver “Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos” (conocida como “Declaración sobre los defensores de los derechos humanos”), aprobada por Resolución 53/144 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 09 de diciembre de 1998.

⁴⁹ Ver: Informe anual del Alto Comisionado de Naciones Unidas para Derechos Humanos, “Factores que obstaculizan la participación política en condiciones de igualdad y medidas para superar esas trabas” (A/HRC/27/29), Consejo de Derechos Humanos, 27° período de sesiones, 30 de junio de 2014. Especialmente su comentario al artículo 8°, párrafo 2, de la Declaración citada (p.19).

⁵⁰ Cfr. MUJICA, Javier, “Comentario a los artículos 15 y 16”, en V.V.A.A., *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, comentario de Christian Steiner-Patricia Uribe, Buenos Aires, EUDEBA, 2014, pp. 356 y ss. y especialmente p. 361).

nifestación⁵¹— se encuentra íntimamente vinculado a los derechos de expresión y participación recreando los términos del Tribunal Constitucional español en su sentencia 85/1988 del 28 de abril de 1988 al sostener: “el derecho de reunión es una manifestación colectiva de la libertad de expresión (...) que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por lo tanto, un cauce del principio democrático participativo”⁵². En este contexto llegó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a jerarquizarlos como derechos que posibilitan el aseguramiento de la “existencia y el funcionamiento de una sociedad democrática”, motivo por el cual “la protección de tales derechos puede comportar no sólo la obligación del Estado de no interferir (...) sino requerir, en ciertas circunstancias, medidas positivas (...)” para su efectividad⁵³.

Respecto de la importancia del derecho de asociación se ha dicho que si bien constituye una prerrogativa de todas las personas, su protección adquiere una significación especial cuando reposa en cabeza de personas que lo ejercen para defender y promover los derechos y libertades de los demás, como el caso de los defensores de derechos humanos –actividad de interés público así calificada por la Corte IDH⁵⁴–, calificándose tal ejercicio como

⁵¹ Ampliar en: Comentario sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidas

⁵² Autor y trabajo citado, p. 361 con cita a otras sentencias del Tribunal Constitucional de España: sentencias 66/1995; 196/2002 y 301/2006.

⁵³ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. OEA/Ser. L/V/II.116, Doc. 5, rev. 1 corr, Washington, 22 de Octubre 2002, parr- 359, citado por MUJICA, Javier, *op. cit.*, p. 357.

⁵⁴ Ver autor y trabajo citado, p. 381 con remisión a Informes de la Comisión IDH (“sobre la situación de las defensoras y los defensores de los Derechos Humanos en las Américas”; “sobre Democracia y Derechos Humanos en Venezuela”, etc.).

“herramienta fundamental”⁵⁵ para el ejercicio de forma plena y cabal de las acciones de defensa y promoción de derechos.

C) PROGRESIVIDAD, GARANTÍA MÍNIMA Y MAYOR PROTECCIÓN

Y el tercer núcleo se afina en las centralidades de la progresividad o desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales como indisolublemente relacionados con los principios de garantía mínima y pro persona y sus plasmaciones en la preferencia de la norma más protectora y el principio de conservación de la norma más favorable. Principios y reglas que jamás es ocioso recrear –y más aún en nuestro ámbito del Derecho Administrativo en cuya arena preponderan contiendas sobre operatividad de los derechos económicos, sociales y culturales sobre las que frecuentemente opera la participación ciudadana– porque confieren fuerza expansiva a los Derechos Humanos⁵⁶. Por ello los menciono no sin antes advertir que excede muy largamente a los propósitos del presente trabajo un abordaje minucioso.

Como es sabido, se cristalizan principalmente en el artículo 26 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al postular su desarrollo progresivo e interpretación evolutiva; el artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el principio de progresividad previsto como obligación del estado y que se complementa con la regla de no regresividad de su artículo 5.2.; el artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos al postular el derecho al desarrollo de “un orden social internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”. Y en todo ello no pueden soslayarse los dos deberes

⁵⁵ Autor y trabajo citado, p. 380, con remisión a la doctrina sentada en el Informe Anual de 1998 de la Comisión IDH (16/04/1999), p. 1237.

⁵⁶ Sobre la prevalencia de una interpretación siempre a favor de la protección y promoción de la dignidad de las personas Ver: GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo, “La dimensión dinámica y abierta de los derechos humanos, la Constitución Nacional y las Administraciones Públicas” (LA LEY, 18/01/2018).

fundamentales que consagra el sistema interamericano de derechos humanos en orden al respeto de los derechos humanos y de garantía de su libre y pleno ejercicio, tal como se establece en los artículos 1º y 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos, sin los cuales no sería posible su ni la interpretación evolutiva, ni el desarrollo progresivo⁵⁷.

D) EN SÍNTESIS: EL DERECHO A PARTICIPAR COMO UN DERECHO EN SÍ MISMO

Tal como ha expresado el Alto Comisionado de Naciones Unidas “el derecho a participar es un derecho humano fundamental por sí mismo, así como un derecho que permite el pleno ejercicio de muchos otros derechos humanos. Desempeña una importante función en la identificación y reparación de la discriminación porque contribuye a que las opiniones y los intereses de todos los miembros de la sociedad se reflejen en la legislación, las políticas y otras formas de adopción de decisiones públicas. El derecho a la participación en la vida pública y política tiene un gran alcance (...) pasando por formas directas e indirectas de participación en la dirección de los asuntos públicos a todos los niveles, desde el local hasta el internacional. El concepto de participación en la vida pública y política evoluciona y varios mecanismos internacionales de derechos humanos han reconocido que los derechos de participación abarcan en la actualidad el derecho a ser consul-

⁵⁷ En sentido homenaje me remito a las enseñanzas del entrañable profesor Jorge Luís Salomoni al decir: “Allí se establecen claramente las pautas hermenéuticas evolutivas de los tratados de derechos humanos, al prescribir, entre otros supuestos, que ninguna de las disposiciones de la Convención puede ser interpretada en el sentido de excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano (...) la aplicación de estos principios abre el campo para una interpretación evolutiva que tiene en cuenta la dinámica de la conducta social y de la apreciación de los valores protegidos por las convenciones”. SALOMONI, Jorge Luis, “Teoría general de los servicios públicos, pp. 453 y ss., Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997.

tado y a tener las mismas oportunidades efectivas de participar en los procesos de toma de decisiones sobre todas las cuestiones de interés público”⁵⁸.

De forma coincidente se reconoció que la denegación del derecho a participar “debe poder recurrirse judicialmente y se debe disponer de recursos apropiados si se ha violado ese derecho. La adopción de un marco jurídico que incluya el derecho explícito de las personas y los grupos a participar en la elaboración, aplicación y evaluación de las políticas, los programas y las estrategias que afectan a sus derechos (...) es la forma más propicia de lograr la plena efectividad (...) el ejercicio del derecho a participar (...) también depende de la transparencia y el acceso a una información completa, actualizada y comprensible. Esa información debe estar disponible de forma gratuita y con suficiente antelación. La participación aumenta (...) cuando las decisiones importantes (...) se pueden debatir. Los mecanismos de participación deben basarse en el empoderamiento y el fomento de la capacidad (...) la vida pública también se ha visto enriquecida por nuevas formas de participación, como las iniciativas de los ciudadanos o el gobierno electrónico, y mediante el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones”⁵⁹.

⁵⁸ Informe anual del Alto Comisionado de Naciones Unidas para Derechos Humanos, “Factores que obstaculizan la participación política en condiciones de igualdad y medidas para superar esas trabas” (A/HRC/27/29), Consejo de Derechos Humanos, 27º período de sesiones, 30 de junio de 2014, p. 20.

⁵⁹ Informe anual del Alto Comisionado de Naciones Unidas para Derechos Humanos, “Promoción, protección y efectividad del derecho a participar en los asuntos públicos en el contexto del derecho vigente de los derechos humanos: mejores prácticas, experiencias y obstáculos y medios de superarlos” (A/HRC/30/26), Consejo de Derechos Humanos, 30º período de sesiones, 23 de julio de 2015, pp. 19-20, párrafos 71, 72, 73 y 75.

III. EL DERECHO A PARTICIPAR EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DE LA CORTE SUPREMA DE ARGENTINA

Conteste con el enfoque expuesto, en 2016 la Corte Suprema argentina en el Fallo “Cepis”⁶⁰ tuvo oportunidad de enmarcar el derecho a la participación en materia de audiencias públicas, enraizando sus fundamentos de legitimidad en la mención de las implicancias de la democracia deliberativa para enfatizar la necesidad de ajustar las audiencias a las exigencias de una real deliberación democrática que evite vaciarlas de sentido o desnaturalizarlas en prácticas usuales de autolegitimación del poder⁶¹. Se advierte en el Máximo Tribunal de mi país un razonamiento compatible con las ya tratadas ratios de derechos humanos⁶². Sin hesitar puede verificarse que, para este caso, en materia de derechos de participación no hay contraposición sino complementariedad argumental entre lo dicho por la Corte Interamericana en los precedentes citados en mi trabajo y lo expresado por la Corte

⁶⁰ C.S.J.N., “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, (Fallos: 339: 1077), 18 de agosto de 2016.

⁶¹ Cfr. GARGARELLA, Roberto, “6 puntos sobre el fallo Cepis (sobre tarifas)”, en su blog: “Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política. Una mirada igualitaria sobre el constitucionalismo”, ingreso del 19 de agosto de 2016, consultado en: <<http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/2016/08/6-vinculos-y-diferencias-que-tengo-con.html>>.

⁶² Ésta compatibilidad interpretativa entre la CADH y la CSJN en materia de derechos de participación no contradice, en su estado actual, a las ratios bajo las que nuestro Máximo Tribunal ha establecido recientemente los alcances de la jurisdicción de la Corte Interamericana referenciados a la doctrina del margen de apreciación nacional, a partir de la premisa “la CADH crea “una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos” (Considerandos 8° del voto de mayoría en C.S.J.N., “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”; Fallos: 340:47, 14 de febrero de 2017).

Suprema⁶³. Este fallo lucirá entonces estrictamente argumentado desde una hermenéutica constitucional interna sustentada en las referencias a los debates de la convención constituyente de 1994, tal como expresamente reconoce⁶⁴.

En mi opinión el fallo sentará los siguientes reconocimientos y definiciones en materia de participación:

Primero, que en materia de audiencias públicas “el texto constitucional puesto en vigencia reconoce en esta materia la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas con un conte-

⁶³ La apuntada complementariedad va en línea con el criterio sentado en el Fallo citado en la nota anterior, al destacar: “la protección internacional que otorgan los órganos de supervisión de la Convención es de carácter subsidiario” y remarcar “esta comprensión del rol de los tribunales internacionales de derechos humanos como actores subsidiarios” (Considerandos 9º y 10 del voto de mayoría en C.S.J.N., “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D’Amito vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Fallos: 340:47). Criterio de nuestro Máximo Tribunal luego confirmado a través de los considerandos 1º y 2º de la Resolución C.S.J.N. N° 4015/17, del 5 de diciembre de 2017 al especificar que “la Corte Interamericana de Derechos Humanos aclaró que su decisión anterior (...) no implicaba que esta Corte Suprema tuviese la necesidad jurídica de revocar su sentencia” y que “esta aclaración es plenamente consistente con los argumentos desarrollados por este Tribunal para fundar su pronunciamiento (...) en el que se decidió la improcedencia de revocar una de sus sentencias pasada en autoridad de cosa juzgada”, reafirmando así las definiciones que nuestra Corte ha comenzado en la actualidad a establecer en materia de límites y alcances de la efectividad y validez de los derechos humanos, abriendo a una muy trascendente polémica acaso acorde con las manifestaciones que la realidad mundial comienza a exhibir en las que parecieran comenzar a campear nuevos estándares de preeminencia y compatibilidad entre lo nacional y lo internacional de la mano de una resignificación de la sempiterna noción de soberanía y consecuente reformulación de la supranacionalidad y la internacionalización, acaso, con trastocamiento de sus premisas y bases de sustentación -que hasta no hace mucho se creían incommovibles- tales como el spillover en la evolución de la gobernanza global o la progresividad de los derechos fundamentales.

⁶⁴ Ver: considerando 15 de la Sentencia de Corte.

nido amplio, traduciendo una faceta del control social que puede manifestarse de maneras distintas”⁶⁵.

Segundo, que “este nuevo derecho resulta operativo”, aclarando que reviste “operatividad inmediata” en “la extensión y comprensión previstas en el texto que los enunció y que manda a asegurarlos”⁶⁶ y que no está condicionado a la actuación reglamentaria ulterior del Congreso⁶⁷, por lo cual dejó en claro: “Como concordemente subrayó el Tribunal es bien sabido que la Constitución tiene la condición de norma jurídica y que, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que estos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando, como en el caso, se encuentra en debate un derecho humano”⁶⁸. Ello es central porque tal reconocimiento conecta con los postulados de la tutela judicial y administrativa efectiva reforzando la protección de estos derechos que, bajo tal formulación, deben encontrarse protegidos por el “derecho a las garantías judiciales” (art. 8º CADH) y “derecho a la protección judicial” (art. 25 CADH) en pos de una validez y efectividad tangible⁶⁹.

⁶⁵ Ver: considerando 15 de la Sentencia de la Corte, considerando 11 del voto del Juez Maqueda y considerando 16 del voto del Juez Rosatti al especificar los siguientes atributos de la audiencia pública: “es un mecanismo participativo “abierto” (desde el punto de vista de los partícipes), “amplio” (desde el punto de vista temático) y “deliberativo” (desde el punto de vista actitudinal), requisitos que no se congregan en cualquiera otra modalidad participativa”.

⁶⁶ Me remito a: GELLI, María Angélica, “Acciones de clase, derechos y atribuciones razonables de los poderes estatales en materia de tarifas De “Cepis” a “Abarca”, (LL-Sup. Const. 2016 (noviembre), 09/11/2016, 7 - LA LEY2016-F, 212, AR/DOC/3184/2016) al explicitar: “De la sentencia en “CEPIS” surge claro el derecho operativo de los usuarios a la celebración de audiencias previas, en materia de modificación de tarifas, o de algún medio de participación al respecto (...) El derecho resulta operativo sin ley o con ley contraria o restrictiva”.

⁶⁷ Cfr. considerando 16 de la Sentencia de la Corte y considerando 12 del voto del Juez Maqueda.

⁶⁸ Cfr. considerando 16 de la Sentencia.

⁶⁹ Ampliar en: DAMSKY, Isaac Augusto, “Derechos Humanos y mecanismos de interdicción de la morosidad administrativa: una nueva legitimidad”, en V.V.A.A., “El Derecho Administrativo hoy. 16 años después”, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, RAP, pp.

Tercero, la reafirmación de la plena operatividad del derecho de participación mediante la delimitación precisa de los límites dentro de los cuales el legislador debe ejercer su obligación de reglamentación de derechos. Expresa que es al legislador “al que corresponde prever el mecanismo que mejor asegure aquella participación en cada caso”; es decir, “la determinación circunstanciada de los diversos procedimientos y situaciones bajo los cuales tendría lugar el nuevo derecho consagrado expresamente” pero estableciendo que si bien “Los derechos constitucionales son susceptibles de reglamentación, pero esta última está destinada a no alterarlos”, lo que implica “garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos”⁷⁰. Y remata el deber del legislador bajo el señalamiento de que “es imperativo constitucional garantizar la participación ciudadana en instancias públicas de discusión y debate susceptibles de ser ponderadas por la autoridad”⁷¹.

Cuarto, especificando el interés público comprometido en concreto en materia de participación. Ello es mediante la jerarquización de la participación en tanto técnica de consecución de “elevados fines institucionales”⁷² delimitados en el Fallo al establecer: “lo que genuinamente se persigue es profundizar el fiel ejercicio de derechos por parte de los ciudadanos en una sociedad democrática, y no acrecentar por parte de los poderes políticos su catálogo formal de instituciones nominales vaciadas de todo contenido, que únicamente aumentan sus credenciales democráticas y que solo pretenden legitimar decisiones verticales tomadas con

540 y ss. y en IBAÑEZ RIVAS, Juana María, comentarios a los artículos 8° y 25, en V.V.A.A., STEINER, Christian y URIBE, Patricia, “Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario”, Buenos Aires, EUDEBA, Konrad Adenauer Stiftung, 2014.

⁷⁰ Cfr. considerando 16 de la Sentencia.

⁷¹ Cfr. considerando 18 de la Sentencia.

⁷² Cfr. considerando 19 de la Sentencia.

anterioridad”⁷³. En parejo orden, lo dicho conecta también con el elemento finalidad del acto administrativo tratado⁷⁴.

De allí que tal especificación posibilite enraizar tales fines en las racionalidades democrático deliberativas a las que se orienta la plena operatividad del derecho de participación⁷⁵ así trazado por el Máximo Tribunal como una técnica que confiere previsibilidad, legitimidad y transparencia a las democracias contemporáneas⁷⁶.

Así, establecerá que “La participación (...) con carácter previo (...) constituye un factor de previsibilidad (...) y disminuye las estadísticas de litigación judicial sobre las medidas que se adoptan. Ello es consistente con la noción de democracia deliberativa, porque los términos de la cooperación que propone son concebidos como razones que los ciudadanos o sus representantes responsables se dan recíprocamente en un continuado proceso de justificación mutua. El debate público mejora la legitimidad de las decisiones al requerir criterios comprensivos de las distintas posiciones para arribar a un consenso entrecruzado, que si bien no conducirá a lo que cada uno desea individualmente permitirá en cambio lo que todos deseamos, es decir, vivir en una sociedad ordenada sobre la base de un criterio más realista de justicia”⁷⁷.

Quinto, el reconocimiento de la interdependencia del derecho de participación con el derecho de acceso a la información y con el plexo de derechos de libertad de pensamiento, opinión y

⁷³ Ver: considerando 19 de la Sentencia y considerando 16 del voto del Juez Rosatti.

⁷⁴ Ampliar en: BARRA, Rodolfo, “El caso “CEPIS”: su trascendencia para el derecho público”, (BA, LL, 14/12/2016, 14/12/2016, 6 - LA LEY2016-F, 470, AR/DOC/3805/2016).

⁷⁵ Ver: BARRA, Rodolfo, trabajo citado, al decir: “la obligatoriedad de la audiencia pública y previa al dictado de los reglamentos tarifarios para el servicio público del gas natural, como expresión e instrumento de la democracia participativa y deliberativa (la que complementa, sin sustituir, a la democracia representativa-electoral)”.

⁷⁶ Ver considerando 16 del voto del Juez Rosatti en su conexión con el pensamiento de Carlos Nino.

⁷⁷ Ver: Considerando 18 de la Sentencia de Corte y el considerando 15 del voto del Juez Maqueda.

expresión y los derechos de asociación y de reunión que resultan conceptualizados como “condiciones de cumplimiento imprescindible” para la concreción de una participación efectiva⁷⁸.

Sobre el derecho de acceso a la información lo define como “un derecho de contenido sustancial” y como “un elemento fundamental de los derechos” pues “es un presupuesto insoslayable para poder expresarse fundadamente”, precisamente, porque faculta a “recibir de parte del Estado información adecuada, veraz e imparcial”. Siendo así, especifica que conllevará el derecho y la obligación de “oír a todos los sectores interesados, deliberar y formar opinión sobre la razonabilidad de las medidas que se adoptaren por parte de las autoridades públicas, intentando superar las asimetrías naturales que existen entre un individuo y el Estado”⁷⁹.

Respecto del segundo plexo de derechos los establecerá de manera implícita como “segunda condición” para un eficaz ejercicio del derecho de participación determinado “por la celebración de este espacio de deliberación entre todos los sectores interesados, con un ordenamiento apropiado que permita el intercambio responsable de ideas en igualdad de condiciones y mantenga en todo momento el imprescindible respeto por el disenso, bajo el connatural presupuesto de que constituye un foro de discusión por un tiempo predeterminado en función de las circunstancias del caso y no de decisión, que se mantiene inalterada en manos de la autoridad pública”⁸⁰.

Sexto, corolario de todo el contexto de jerarquización presentado y, en mi opinión, uno de los más destacables pasajes del fallo se determina por la inferencia de vinculatoriedad que la Corte le atribuye a la audiencia pública. Aunque haya sido así señalado expresamente en el Fallo, éste y no otro es el elemento que posibilita cualificar la trascendencia jurídica de la omisión de celebrar audiencia pública en un procedimiento administrativo de deter-

⁷⁸ Ver: considerando 19 de la Sentencia y considerando 16 del voto del Juez Rosatti.

⁷⁹ Cfr. considerando 19 de la Sentencia.

⁸⁰ Cfr. considerando 19 de la Sentencia.

minación de cuadro tarifario y que, consecuentemente, posibilita determinar la magnitud del vicio sobre el elemento procedimien-
to⁸¹. El fallo logrará tal construcción a través de la conexión que establecerá entre el derecho de participación y el derecho a la decisión fundada⁸². Ello también es trascendente porque el derecho a la decisión fundada que antes fungía como contracara del derecho de petición, ahora luce también como atributo de los derechos de participación y acceso, como lógica derivación de los postulados democrático deliberativos.

La Corte Suprema argentina estableció: “este derecho compromete, precisamente, ese momento decisorio, pues todas las etapas anteriores constituirían puro ritualismo si la autoridad no considerara fundadamente en oportunidad de tomar las resoluciones del caso, las situaciones y argumentaciones que se expusieron en la audiencia y el modo en que ellas inciden en las medidas que se adoptan”⁸³. Ello luce trascendental y constituye un paso adelante, un salto de calidad institucional en el cual se vislumbra la plasmación del pensamiento del Juez Maqueda junto al Juez Lorenzetti. Es que la participación sin vinculatoriedad equivale a no participación. Precisamente porque aquella originaria participación “no vinculante” que alumbraron los marcos regulatorios de la era privatizadora si bien resultó trascendental en su tiempo requería del empoderamiento ahora especificado a modo de lógica evolución

⁸¹ Me remito al análisis del Profesor Rodolfo Barra (Barra, Rodolfo, “El caso “CEPIS”: su trascendencia para el derecho público”, BA, LL, 14/12/2016, 14/12/2016, 6 - LA LEY2016-F, 470, AR/DOC/3805/2016).

⁸² Me remito al pensamiento de la Profesora María Angélica Gelli al explicitar que la Corte en este punto reconoció que “Los usuarios tienen derecho a la celebración de las audiencias, que constituyen instancias de deliberación, no de decisión en términos estrictos. Pero, como ya se dijo, lo que surja de las audiencias no debe ignorarse por la Administración quien debe considerar y apreciar lo que allí se diga y obrar en consecuencia”. (GELLI, María Angélica, “Acciones de clase, derechos y atribuciones razonables de los poderes estatales en materia de tarifas De “Cepis” a “Abarca”... op. cit.).

⁸³ Cfr. considerando 19 de la Sentencia y considerando 17 del voto del Juez Rosatti.

de un sistema de derechos efectivos que pareciera recién ahora lucir un poco más tangible⁸⁴.

Acaso, sin referencia expresa, el Máximo Tribunal haya, silenciosa pero certeramente, erigido su construcción a partir de las líneas directrices trazadas en los sistemas internacional e interamericano de derechos humanos y, en ello, haya otorgado renovada vigencia al lineamiento jurisprudencial trazado veinte años atrás en el celebrado caso “Youssefian” sentenciado por la Sala IV de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal de la Ciudad de Buenos Aires, Capital de mi país, cuya ejemplar doctrina corresponde ser hoy elogiada por quien esto escribe⁸⁵.

⁸⁴ Ver: Sacristán, Estela, “Entre la Ley del Gas y la Ley de Emergencia”, RDA 2016-108, 05/12/2016, 1254, AP/DOC/1148/2016. La autora expresa, en lo atinente al derecho de participación: “CEPIS (...) ha puesto de relieve, a deshora, las cualidades y méritos de la participación ciudadana”.

⁸⁵ CNCAF, Sala IV, Youssefian, Martín c. Secretaría de Comunicaciones” (23/06/1998). El Tribunal sostuvo que los mecanismos de participación ciudadana, en este caso la audiencia pública “importa un mecanismo de formación de consenso de la opinión pública, una garantía de transparencia de los procedimientos y un elemento de democratización del poder” (Considerando XXVIII). Y estableció que la reforma constitucional incluyó “una serie de nuevos derechos y garantías para los ciudadanos” que “han abierto nuevos cauces para su participación, adoptándose figuras de democracia semidirecta” (Considerando XXXI). Merece especial referencia el voto del Juez Uslenghi al establecer: “la profundización del sistema democrático de gobierno, en nuestros días, pasa por asegurar con canales jurídicos idóneos la articulación de la voluntad ciudadana, y por promocionar una expresión más de ella (cfr. USLENGHI, Alejandro J. y GATTI, Walter O., “Aportes para una teoría de la participación administrativa”, R.A.P., 162-40). (...) si bien el derecho a la participación ciudadana –aún antes de la reforma constitucional del año 1994– se encontraba encapsulado dentro de la trama de derechos y garantías no enumerados, pero que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (confr. art. 33, Constitución Nacional), teniendo en consideración la jerarquía constitucional otorgada a los pactos internacionales enunciados en el párr. 2º del inc. 22 del actual art. 75, no puede dejar de señalarse que hoy se encuentra expresamente citado (...). La regulación de un procedimiento previo al dictado de actos de alcance general que contemple la participación ciudadana es altamente beneficiosa, en orden a conseguir una mayor eficacia en la acción de los órganos administrativos y en punto a lograr un máximo grado de acierto en la decisión.

IV. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y SU REFLEJO EN EL MARCO NORMATIVO DE LAS CONTRATACIONES ADMINISTRATIVAS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

La estructuración presentada sobre el derecho a la participación toma especial cuerpo en el ordenamiento constitucional local autonómico de la Ciudad Capital de mi país pues ya desde la cláusula primera de la “Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” se principia declamando el mandato de “organizar sus instituciones como democracia participativa” reforzado por la consagración del principio de publicidad de los actos de gobierno contenido en la misma cláusula primera⁸⁶.

Este cariz participativo nutrió de sentido a las 49 cláusulas de derechos del Título Primero de la Constitución de la Ciudad capital de mi país.

Reflejo de ello se vislumbró en el primer ordenamiento administrativo particular de la Ciudad pleno en invocaciones de garantismo, participación, pluralidad y vecinalismo, tal el caso de la Ley 6 de Audiencias Públicas, cuyo contenido si bien es central en la materia que me ocupa excede largamente su tratamiento.

Sin embargo, a éste énfasis inicial no le sucedió un ordenamiento administrativo particular susceptible de contener sosteni-

La intervención en el trámite de sujetos portadores de intereses colectivos proporciona a la Administración, además de aportes técnicos, la oportunidad de realizar una valoración preventiva de las consecuencias políticas y sociales de sus actos, esto es, del agrado u oposición que puede encontrar una futura decisión. Ello, sin perjuicio de constituir una razonable reglamentación del derecho de los interesados a participar en las decisiones administrativas trascendentes que hacen al gobierno o dirección de los asuntos públicos”.

⁸⁶ El artículo Primero de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dice así: “La Ciudad de Buenos Aires, conforme al principio federal establecido en la Constitución Nacional, *organiza sus instituciones autónomas como democracia participativa* y adopta para su gobierno la forma republicana y representativa. *Todos los actos de gobierno son públicos*. Se suprimen en los actos y documentos oficiales los títulos honoríficos de los funcionarios y cuerpos colegiados”. (Las cursivas me pertenecen).

damente aquella orientación pluralista, ciertamente, aún hoy de avanzada.

De allí el gran problema que enfrentamos cuando hablamos de participación en los contratos locales: las grandes fórmulas participativas resultarán soterradas y difusas dentro de un marco administrativo local que si bien se presenta como nuevo se estructuró bajo los estrictos cánones clásicos de especificación del ejercicio de las potestades estatales debido al fuerte arraigo institucional de los usos administrativos contenidos en ello. Me refiero a los regímenes normativos principales sobre los que se apoya la formación y ejecución de los contratos, las leyes de: administración financiera, regímenes generales y especiales de contratación y procedimiento administrativo.

Así diré que el sistema contractual de la Ciudad se apoya, básicamente, en dos grandes normas generales. La Ley local 70, versión vernácula de arquitectura muy similar a la Ley de la Administración Financiera Nacional. Y La ley 2095 denominada “Ley de Compras y Contrataciones de la Ciudad (...)”.

Respecto de la primera, la Ley 70, corresponde decir que principiará –con énfasis– su articulado consagrando en su artículo tercero que el sistema de control público se asienta en “*la obligación de los funcionarios de rendir cuentas*”, emulando así –o acaso fungiendo de contracara de– aquél *broccardo* revolucionario francés contenido en el artículo décimo quinto de la Declaración de los derechos del hombre y el del ciudadano del 26 de agosto de 1789, que proclamaba: “*La sociedad tiene derecho a pedir a todos sus agentes cuentas de su administración*”.

Luego, la ley 70 proseguirá con el mismo ahínco estableciendo en su artículo noveno que: “Se garantiza la participación de la población en la elaboración y seguimiento del Presupuesto Anual, del Programa General de Gobierno y del Plan de Inversiones Públicas del Gobierno de la Ciudad a través de foros temáticos y zonales (...)”.

También consagrará de manera indubitable en su artículo décimo que “*Los sistemas establecidos y regulados por esta Ley y toda*

norma que se dicte en consecuencia tendrán en consideración las prioridades de asignación de recursos elaboradas por instancias de participación de la población”.

Y finalmente llegará a establecer en su artículo 29 que *“El presupuesto de la Ciudad de Buenos Aires, tiene carácter participativo, el cual se garantiza mediante la consulta a la población en el proceso de elaboración y seguimiento”.*

Sin embargo, más allá de estos altos anhelos de apertura y participación el articulado comenzará progresivamente a omitir su pormenorización, precisamente, en aquellas normas en las cuales debieran de haber estado previstos.

Buen ejemplo de ello lo constituyen los denominados “objetivos de los Sistemas de Gestión Pública” trazados en su artículo doce, orientados a proveer de datos, metodología e información “necesaria para que las decisiones públicas se tomen siguiendo los principios de economía, eficacia y eficiencia”, más no en el principio de participación, cuya falta de mención, ahora sí, a partir de aquí –excepción hecha del apuntado artículo 29- comenzará a ser notoria y absolutamente extraña a los seis sistemas de Administración Financiera que luego desarrolló la ley -a partir de sus artículos 26 en adelante- entre los cuales se cuenta, ciertamente, el sistema de compras y contrataciones que aquí nos ocupa hoy.

Así, resulta elocuente que para cada uno de los sistemas se prevé un Órgano Rector en el que se concentran, como resorte exclusivo y cerrado, las potestades decisorias de cada uno sin reconocer, sin prever y sin incluso mencionar la posibilidad de mecanismo o instancia participativa alguna. Ejemplo de ello es lo que acontece en: el artículo 14 en materia del órgano rector de los Sistemas de Programación de la Acción de Gobierno y del de Inversión Pública. O en su artículo 39 respecto de la consagración de la Oficina de Presupuesto como el órgano rector del Sistema Presupuestario del Sector Público.

Aquí encontramos una notoria contradicción del sistema rayerana con el sarcasmo porque, precisamente, el presupuesto que tantas veces se declamó y edictó como Participativo resulta ahora

–por mandato expreso de sus artículos 48, 49 y 50- resorte exclusivo del Poder Ejecutivo, en orden a “determinar los lineamientos generales del proyecto de ley” sobre la base exclusiva de “los anteproyectos preparados por las jurisdicciones y entidades”, debiendo “El Poder Ejecutivo” presentar el Proyecto de Ley de Presupuesto General a la Legislatura, antes del 30 de septiembre del año anterior para el que rige”. Tal es lo dispuesto por las normas citadas. Así, el mentado presupuesto participativo se encuentra desvinculado y deviene un mecanismo que no se encuentra obligatoriamente integrado a las formas esenciales previas a la emisión del proyecto de ley ni tampoco a su debido trámite legislativo ulterior.

Lo propio acontece en materia de cierre de cuentas con motivo del cierre del ejercicio presupuestario. Es que el último párrafo del artículo 70 es prístinamente claro al disponer que la información reunida al cierre es “centralizada en la Contaduría General para la rendición de cuentas del ejercicio que debe remitir anualmente el Poder Ejecutivo a la Legislatura”. Huelga decir que ningún atributo exterioriza el sistema en orden a concretar reivindicación alguna de aquel mentado broccardo revolucionario francés atinente al soberano derecho del pueblo a la rendición de cuentas de sus administradores, el cual, así las cosas, quedará reducido a la futilidad de las bravatas retóricas...

Y lo mismo se verifica en la Ley 2095 de compras y contrataciones de la Ciudad. Si bien comporta una estructura afín a las previsiones del régimen nacional contenido en los Decretos del Jefe de Gobierno números: 1023/2001 y 1030/2016 en orden a la implementación de tipologías y modalidades contractuales más dinámicos y actuales, se mantiene, en cambio, dentro de la sustancia procedimental clásica cerrada –por ende, no participativa- de concentración de potestades licitatorias y de ejecución contractual de dirección, control, interpretación, sanción y extinción de procedimientos y contratos, en cabeza –ora- de Órgano Rector –ora- de Unidades Operativas de Adquisiciones –honrando el mandato de centralización normativa y descentralización operativa (dicho sea de paso) siempre interna, cerrada y no abierta-

con el consecuente mantenimiento del consabido muy estrecho margen de actuación de derechos de petición y acceso –propios de la dogmática licitatoria tradicional– restringidos a los sujetos legitimados clásicos del procedimiento administrativo tradicional afincados en los estrechos –y por demás superados– confines de los derechos subjetivos y los inciertos intereses legítimos.

Entonces, ambas normas tienen en común el hecho de que verifican la paradoja apuntada: un grandilocuente enunciado del principio de participación que luego no encuentra ni eco ni especificación concreta en su articulado el cual, por lo demás, modula y resuelve por remisión a las consabidas técnicas generales y tradicionales del procedimiento administrativo clásico. Veamos con algún detalle posible como se manifiesta esto en la ley local de compras.

Esta norma también principiará –con énfasis– su articulado declamando en el *inciso octavo de su artículo séptimo* que “La contratación pública se desarrollará en todas sus etapas en un contexto de transparencia que se basará en la publicidad y (...) la utilización de las tecnologías informáticas que permitan (...) facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión (...) de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad”.

Y rematará en el párrafo final del mismo artículo séptimo la siguiente admonición: “Desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato, toda cuestión vinculada con la contratación deberá interpretarse sobre la base de una rigurosa observancia de los principios que anteceden (...) los que servirán de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de la presente ley y como parámetros para la actuación de los funcionarios y dependencias responsables”. Pero al no prever la inclusión y desarrollo sistemático de mecanismos y resortes apropiados de actuación del derecho de participación que posibiliten vehiculizar una gestión abierta, éstos, en la cotidianeidad de la actuación concreta, se tornan ilusorios.

Buen ejemplo de ello lo constituye la cláusula de ronda de consultas y elaboración participada de pliegos de bases y condiciones. Así, su Artículo 88 establece como resorte exclusivo de la autoridad la facultad de convocar a una “etapa previa (...) para que los interesados formulen sugerencias y observaciones al pliego”, cuando la complejidad o el monto del procedimiento de selección lo justifiquen, ciertamente, a exclusivo criterio de la autoridad. Vale decir, la participación, en estos cánones, es entendida solo como un resorte, un recurso más del que cuenta el Poder, mas no como un derecho exigible puesto que no conlleva ningún atributo operacional propio de los procedimientos y sistemas abiertos.

Para comprobar esta aportación baste detenerse en la contracara de esta instancia abierta. Me refiero a lo dispuesto en el artículo 83 sobre los recaudos de tramitación de las observaciones e impugnaciones.

Dispone la norma que “toda observación, impugnación, reclamo o presentación similar (...) debe ser tramitado conforme las disposiciones de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad”. Se restituye así a las formas clásicas de actuación del derecho administrativo tradicional en el cual tenemos que: 1º) se reconocerá solo un estrecho derecho a peticionar y recurrir, enmarcado dentro de los cánones del debido proceso adjetivo el cual por ser anterior en su evolución –me refiero al derecho a peticionar como un estadio anterior a los derechos de participación y acceso– no será susceptible de contener a éstas nuevas formas abiertas de expresión; 2º) que como corolario de lo anterior cualquier pretensión impugnatoria solo podrá ser deducida por quien encuadre dentro de las estrechas categorías de legitimación procesal clásicas afincadas en el ideario del derecho subjetivo pero muy difícilmente resultará formalmente admitido quien invoque intereses o derechos colectivos; y finalmente, en 3º) lugar dado que la participación si bien es declamada como principio y como derecho, al no encontrarse entrelazada con efectividad y vinculatoriedad a los procedimientos de formación de la voluntad estatal, no se encuentra por ende erigida como un atributo o exigencia de

los debidos procedimientos previos, esenciales y sustanciales previstos en la norma ni tampoco integrada a las formas esenciales de validez del contrato administrativo.

Se verifica la contradicción apuntada en la cual la participación se declama pero no se entrelaza ni como derecho, ni como instancia previa, obligatoria, efectiva, ni mucho menos vinculante ni tampoco bajo cariz o apariencia instrumental dentro de los procedimientos ni de formación ni de ejecución contractual.

Baste asimismo con reparar en que el así denominado “criterio rector” del sistema de contrataciones de la Ciudad, tal como reza el artículo 16, propicia un sistema cerrado, sin ningún atributo participativo dado que es explícito al reconocer que se “organiza en función de los criterios de centralización normativa y descentralización operativa” basado en las exclusivas ratios “de economía y eficiencia” pero sin ninguna mención al principio de participación, todo lo cual implica, como abiertamente se reconoce en su artículo 17 que el sistema “estará integrado por un Órgano Rector y Unidades Operativas de Adquisiciones”, vale decir, mediante el tradicional mecanismo de organización administrativa cerrada propio y coherente con los cánones del Derecho Administrativo Clásico para el cual la idea de participación resulta contraria a sus objetos, técnicas y finalidades de actuación.

V. INVOCACIÓN FINAL

Debemos advertir en honor a la justicia y a ese sentimiento de humanidad que nos reconcilia con la vida y que debe guiar a los hombres que hacemos el derecho que, en la medida en que la participación ciudadana en el control de los actos del Estado siga siendo un derecho esencial de la democracia participativa moderna reducido ex profeso –por el propio Estado que lo declama– a una vacua proclamación, los ciudadanos, agobiados en el laberinto incierto de los rituales excesivos “de participación y acceso” que

les impone ese mismo Estado –el cual solapadamente persigue, en verdad, el espurio fin de no ser controlado– se congregarán en un éxodo inevitable de sublevación promovido, irremediamente, por el abuso de poder del Estado.

Como ocurriera en aquella gran obra de Lope de Vega, Fuenteovejuna, símbolo de la unión del pueblo contra la opresión y el atropello del poder y cuyas palabras, como la sombra terrible de Facundo que evocara Sarmiento, hoy les recuerdo en voz alta a modo de exhortación final para así advertirnos: “Señor, debajo de vuestro honor vivir el pueblo desea”. “La sobrada tiranía...fue el autor de tanto daño”. “Cuando se alteran los pueblos agraviados, y resuelven, nunca sin sangre o sin venganza vuelven.”. “Tiranos son, a la venganza vamos”. Que así no sea.