

Apuntes sobre ciudadanía y esferas públicas

Por Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono

Publicado Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica. Director Juan Carlos Cassagne, Buenos Aires, Lexis Nexis, Febrero 2012.

Para Violeta Castelli, porque los ángeles siguen siempre *haciendo universidad*

Sumario: 1. ¿Por qué hablamos de ciudadanía y no de nacionalidad ni de administrado? 2. El constitucionalismo moderno se desenvuelve en cierto desorden *a priori*. 3. La igualdad como eje fundamental de la previsibilidad en las relaciones derechos - estado. 4. Ciudadanía y gestión de los asuntos públicos. 5. El control social y las políticas públicas. 6.- Cierre de estas reflexiones.

1. ¿Por qué hablamos de ciudadanía y no de nacionalidad ni de administrado?

Al tiempo de hablar de ciudadanía intentamos referirnos a un concepto inclusivo de los diversos derechos que el hombre posee y cuya protección está encomendada a un conjunto de garantías. Ambos, derechos y garantías, pertenecen al hombre en tanto deben asegurarse universalmente – intraestatal y transnacionalmente – las condiciones mínimas que requiere el derecho a la dignidad de la persona.

De allí que nosotros partamos siempre en el análisis de las relaciones jurídicas entre el hombre y el estado desde una noción que va más allá de la idea de nacionalidad y que se encuentra en permanente búsqueda de la protección del ciudadano. Una conceptualización que no quede atrapada necesariamente al reconocimiento como *nacional* de un estado, sino desde la misma explicación de la existencia del estado a partir de reconocer y asegurar los derechos fundamentales en su orden interno. El hombre es ciudadano en el contexto constitucional internacional de los ordenamientos jurídicos.

Es por ello que debemos primeramente marcar las diferencias entre nacionalidad y ciudadanía. La nacionalidad refiere, en términos de la Corte IDH¹, "...a la expresión jurídica de un hecho social de conexión de un individuo con un Estado. La nacionalidad es un derecho fundamental de la persona humana que está consagrado en la Convención Americana, así como en otros instrumentos internacionales, y es inderogable de conformidad con el artículo 27 de la Convención. La importancia de la nacionalidad reside en que ella, como vínculo jurídico político que liga a un Estado determinado, permite que el individuo adquiera y ejerza los derechos y responsabilidades propias de la pertenencia a una comunidad política. Como tal, la nacionalidad es un prerequisite para el ejercicio de determinados derechos...En efecto, de la

¹ Corte IDH, Caso de la Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, 8.02.2005.

perspectiva doctrinaria clásica en que la nacionalidad se podía concebir como un atributo que el estado otorgaba a sus súbditos, se va evolucionando hacia un concepto de nacionalidad en que, junto al de ser competencia del Estado, reviste el carácter de un derecho de la persona humana...”.

En base a tal idea la propia Corte IDH considera a la nacionalidad en una doble perspectiva. Una, con el fin de dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en el conjunto de relaciones al establecer su vinculación con el estado. La otra, aquella que se vincula con la protección del individuo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, ya que de ese modo se lo estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo. En este sentido, la discrecionalidad estatal en otorgar o no la nacionalidad encuentra la interdicción propia de los nuevos tiempos constitucionales: el deber estatal de brindar protección igualitaria y sin discriminación atraviesa también a esta facultad que en otros tiempos quedaba capturada en los márgenes de inmunidad del poder.

Por nuestra parte, entendemos al concepto de ciudadanía como aquel que nos permite sintetizar un estándar mayor de disfrute de derechos; como así también de efectividad, en términos de garantías, en punto a reclamar la vigencia real de los mismos. La noción de ciudadanía refleja situaciones que incluso escapan a la vinculación territorial entre el hombre y el estado, ya que una multiplicidad de relaciones se proyecta más allá de los límites fronterizos territoriales y políticos de la organización estatal. Así, podemos hablar de ciudadanía respecto de los pueblos migrantes, con transitoriedad en un territorio determinado, o bien para incluir al particular abordaje cultural que se efectúa del dominio por parte de las poblaciones indígenas que escapan a las típicas notas de propiedad concebidas según parámetros del constitucionalismo decimonónico.

La ciudadanía parece vincularse más con la vocación de universalidad del hombre que respecto de una relación jurídica que vincula a la persona con una pertenencia territorial determinada. El ciudadano – incluido el nacional - tiene legitimación suficiente en base a tal calidad para exigir condiciones propias que tornen operativa la dignidad del hombre.

El centro de atención, pues, viene determinado, en líneas generales, por la obligación de garantizarle al ciudadano la existencia digna como parte del derecho fundamental a la vida. Y ello atraviesa cualquier estructura política-jurídica que impida, limite o restrinja el derecho a la dignidad del hombre.

En los párrafos que siguen intentaremos describir algunas realidades que rodean al ciudadano, especialmente en las relaciones que se proyectan desde y hacia el estado. Como la persona es un sujeto activo, que demanda de las administraciones el respeto de sus derechos fundamentales como justificación misma de las competencias estatales², es que nos permitimos abandonar la calificación de administrado que del ciudadano se efectúa tradicionalmente para indicar al sujeto activo o pasivo, según los casos, que se ubica en la relación administrativa. La idea de “administrar” no es acorde con nuestros

² Ver sobre el tema la posición de Bacellar Filho, Romeo Felipe, en Reflexoes sobre Direito Administrativo, editora Fórum, 2009, Belo Horizonte.

tiempos, ya que hoy la función de la administración respecto el ciudadano es mucho más amplia y se formula en términos distintos: Se ejercen competencias públicas con el fin de satisfacer los derechos fundamentales, persiguiendo el bien común consistente en la ampliación de los derechos de la comunidad toda. Por ello la relación hombre-estado es en términos de *ciudadanía* y no de *administrado*.

2. El constitucionalismo moderno se desenvuelve en cierto desorden *a priori*

Generalmente cuando se quiere referir a la expresión seguridad jurídica existe consenso en la idea de conocimiento previo de la norma que se aplicará y de las consecuencias que una conducta tendrá en el plano de la normatividad. En ello se incorpora también la noción del tiempo – plazo legal y razonable creado *a priori* para aplicar la norma, especialmente en los procedimientos y procesos de tipo sancionatorios en términos de prescripciones y caducidades³ – y de accesibilidad a la norma.

La incertidumbre, por principio general, parecería ser contraria a la conceptualización de la seguridad jurídica, ya que no permite prever apriorísticamente ni la norma aplicable ni la consecuencia del obrar en términos de sanción o de deber ser.

También y muy frecuentemente se le otorga a la seguridad jurídica el rango de principio general del derecho constitucional, ya sea expresamente previsto o bien contenido como principio general del estado de derecho. Ello así en atención justamente a que nadie puede ser juzgado – penado, sancionado, sometido a proceso u obligado a hacer o aceptar las consecuencias de su obrar - sin norma previa y cierta cuya aplicación sea previsible.

El problema que a mi criterio en nuestros tiempos debe afrontar la noción de seguridad jurídica es justamente la incertidumbre que se presenta en el nuevo escenario constitucional⁴. Este se encuentra marcado al menos por dos vertientes de un mismo fenómeno que impactan en la característica de certeza normativa: a) la multiplicidad de valores, principios y derechos existentes en las modernas constituciones⁵ y b) la pluralidad de fuentes internas que configuran verdaderos subsistemas⁶ y aquellas otras que provienen de la interdependencia de los sistemas internos con los externos.

³ Sobre el tema recomendamos revisar el fallo de la Corte IDH Caso López Mendoza vs. Venezuela (fondo, reparaciones y costas), 1.09.2011.

⁴ El problema de las nuevas técnicas interpretativas en el constitucionalismo actual puede ser consultado en *Hermenéutica jurídica e interpretación constitucional*, Hernández, Carlos y Mazabel, Pinzón Moisés Rodrigo, Ara editores, número 9, Perú 2010.

⁵ Nótese, por ejemplo, que la Constitución del Ecuador llega incluso a crear un nuevo sujeto de protección constitucional distinto a la persona: la naturaleza. Para una mirada de este y otros temas constitucionales en Ecuador, ver Zavala Egas, Jorge, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, Edilex S.A. Guayaquil, Ecuador 2010, reimpresión.

⁶ Generalmente se indican a la relación de consumo, de servicios públicos y la ambiental, entre otras materias, en las que el conflicto y su resolución poseen una

Ambas características son expresiones del fenómeno del constitucionalismo⁷ actual y que algunos han dado en llamar neoconstitucionalismo⁸.

Es justamente en esta nueva configuración de los modernos paradigmas constitucionales que algunos observan su incidencia negativa en la formulación de la certeza como característica típica de la noción tradicional de seguridad jurídica. Al tiempo de formularse críticas en tal sentido se indica que el constitucionalismo moderno generaría cierta incertidumbre de difícil articulación con el principio de seguridad jurídica, por la multiplicidad normativa y la alta invocación de principios y valores al tiempo de resolverse judicialmente un conflicto. Se amplía, para algunos negativamente, el margen de discreción del juez al desarrollar su tarea hermenéutica del ordenamiento jurídico.

La tarea de selección de la norma aplicable al caso se torna más compleja. No parece sencillo por estos tiempos - al menos como era antes, bajo la tradicional técnica de la subsunción - despejar una controversia de derechos por ante los tribunales cuando éstos han de resolverse bajo aquella fuerza constitucional expansiva. En determinados supuestos - claro que no en todos - el juez recorre todo el sistema de fuentes del moderno derecho constitucionalizado con el fin de encontrar el valor o principio que le permitirá hermenéuticamente seleccionar la norma que aplicará al caso.

Antes debió buscar sus propias respuestas a modernos interrogantes: ¿Qué sistema de fuentes adoptará para su decisión judicial? ¿Dará prioridad al derecho internacional sobre el interno? ¿Qué valor le adjudicará a las decisiones de los tribunales internacionales? ¿Qué alcances le otorgará al control de convencionalidad? En materias especiales ¿resolverá en base a microsistemas específicos de resolución de conflictos?. ¿La cuestión ambiental, las relaciones de consumo y usuarios tendrán un mecanismo de aproximación y resolución del caso judicial diverso a otros asuntos ordinarios? ¿Podrá el juez crear reglas específicas de alcance procedimental en procesos complejos tanto para la etapa de conocimiento como de ejecución de sentencias? Ante la existencia de un derecho constitucionalmente previsto y la ausencia de una garantía en el sistema legal ¿podrá el juez concretar la protección de tal derecho creando al tiempo de sentenciar una nueva acción judicial?.

especificidad tal que configuran verdaderos microsistemas de fuentes para su abordaje en general.

⁷ Ver sobre el tema Da Silva, José Alfonso, Curso de direito constitucional positivo, 34 edición, , Malheiros editores., San Pablo 2011.

⁸ Son muchas las obras que tratan ese fenómeno, nos permitimos sugerir por todas la obra de Carbonell, Miguel-Jaramillo García, - Leonardo, El canon neoconstitucional Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

⁹ Para una revisión de las principales sentencias del TEDH y su impacto en los sistemas internos bien se puede consultar la obra Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humano, por Díaz Revorio, Francisco Javier - Compilador , Colección jurisprudencia sobre Derechos Fundamentales, Palestra Editores, Lima 2004.

En este escenario novedoso que describimos la seguridad jurídica desde la perspectiva de “orden, previsibilidad, y certeza” parece desdibujarse en una primera aproximación. En realidad, creemos, que la seguridad jurídica en tanto principio del derecho la debemos simplemente armonizar con el conjunto de principios y valores constitucionales. Todos ellos antes o después, directa o indirectamente, se explican desde la perspectiva del hombre y su dignidad – en términos individuales y sociales – en tanto base antropológica del moderno constitucionalismo.

Por ello, no todo es incertidumbre en el nuevo sistema. La multiplicidad normativa y la pluralidad de fuentes pueden ser ordenadas en su correcta aplicación justamente a través de la jurisdicción constitucional. Esta permite unificar los criterios disímiles expuestos, a través de la labor que desarrollan los máximos tribunales constitucionales internos de cada país; sabiendo que ellos: a) son los últimos jueces internos que aplican la constitución, mas no los únicos ya que b) en materia de derechos se encuentran sus fallos supeditados *al control*¹⁰ que desde los sistemas de derechos humanos se efectúa en el plano internacional.

La existencia de una jurisdicción constitucional brinda determinados niveles de certeza. Por su intermedio se logra impregnar a toda la actividad judicial de fuertes niveles de constitucionalización del ordenamiento jurídico al tiempo que se unifican criterios constitucionales. Mayor vigencia constitucional, mayor eficacia en términos de derechos e institucionalidad.

Se amplían así los márgenes de control del ordenamiento infraconstitucional y se intensifica la vinculación del juez con la constitución, sus valores, sus principios y sus derechos. En términos ordinarios de “legalidad” o “juridicidad” estamos frente a un escalón superior en la impregnación de la normatividad al sistema: mayor constitucionalización del ordenamiento jurídico.

3. La igualdad como eje fundamental de la previsibilidad en las relaciones derechos – estado

El nuevo constitucionalismo está llamado, según entendemos, a paliar el déficit existente en muchos de los sistemas constitucionales occidentales: la desigualdad.

El ciudadano debe acceder efectivamente al disfrute de las condiciones mínimas que habiliten la vigencia real de sus derechos políticos, civiles,

¹⁰ Este es un tema de una profunda actualidad, generándose diversas tensiones en los ámbitos internos-internacionales. Aquello que sustancialmente se involucra en esta discusión es la tradicional mirada de aspectos de la soberanía, la función del juez y el impacto que tiene en el sistema interno el denominado control de convencionalidad. Sobre este último recomendamos consultar Globalización y control de convencionalidad, Gil Domínguez, Andrés, LL; El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales, Sagüés, Néstor P., LL 19.02.2009, 1; El control de convencionalidad. La Corte Interamericana y la Corte Suprema. Convergencias y divergencias, Albanese, Susana, SJA 29.8.2007 JA 2007 III 1148 - Lexis Nº 0003/013406; Gelli, María Angélica - Gozaíni, Osvaldo Alfredo, - Sagüés, Néstor P., Control de constitucionalidad de oficio y control de convencionalidad, LL 16.03. 2011, 3.

económicos, sociales y culturales. Sabido es que todos estos derechos se interrelacionan de forma tal que no pueden concebirse aisladamente: El derecho a la vida, por ejemplo, no se encuentra asegurado en términos de derechos humanos sin un mínimo de condiciones de salud, educación, habitabilidad, entre otros factores que impactan sobre el mismo.

La desigualdad en términos reales y concretos existente al menos en nuestros países latinoamericanos ha llevado, quizás indirectamente, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a construir un concepto fuerte de igualdad tanto en términos jurídicos como institucionales.

Tiene dicho la Corte IDH¹¹:

“El principio de protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en varios instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el denominado *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico.”

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

¿Podemos hablar de seguridad jurídica en el medio de índices de pobreza alarmantes? ¿Podemos seguir sosteniendo que la seguridad jurídica es garantía de las inversiones y que éstas a su vez derraman sus efectos sobre la población vulnerable? ¿Es la excusa de la seguridad jurídica válida para seguir sosteniendo que ella es precondition del avance de un pueblo en términos “macroeconómicos”?

Pareciera ser que en este plano el estado debería tener una fuerte injerencia en dos vertientes: directamente, a través de sus acciones positivas; indirectamente a través del control suficiente de determinados sectores privados en una sociedad más inclusiva¹².

Cabe resaltar que el ciudadano es junto al estado un obligado más en la gestión del interés público, realizable bajo la conceptualización que de él ha efectuado la Corte IDH¹³ y que refiere a mayores y mejores condiciones de la dignidad humana en una sociedad justa.

¹¹ Corte IDH, caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, 24.08.2010.

¹² Recomendamos vivamente el voto razonado del Juez García-Sayán, Diego en el caso Corte IDH Barbani Duarte y Otros vs. Uruguay, 13.10.11

¹³ Tiene dicho la Corte IDH en su OC-6/86, “La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” que debe “interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es la

La formulación de planes sociales, económicos y culturales debe adecuarse prioritariamente a la atención de los grupos vulnerables bajo la idea de permitir la movilidad ascendente en la titularización y goce de los derechos fundamentales. Es el diseño del presupuesto estatal una medida de acción positiva en sí mismo, en tanto éste sea estructurado desde la técnica de injerencia estatal con fines de igualdad. Los jueces tienen en su poder la competencia que les asigna el constitucionalismo moderno para poder corregir las desigualdades observadas en sus casos, transformándose sus fallos en la concreción de medidas positivas requeridas por los pactos internacionales sobre la materia. Aquí los aspectos procesales – acceso a la justicia en condiciones de igualdad – y sustanciales de sus decisiones judiciales – asegurar contenidos mínimos de los derechos – permiten advertir un poder judicial que cumple con las exigencias de los pactos internacionales.

4. Ciudadanía y gestión de los asuntos públicos

Representa, no hace mucho tiempo, una novedad que el ciudadano europeo goza de la aptitud de exigir eficazmente la buena marcha de los asuntos comunitarios. Regulado por la Carta de Derechos Fundamentales - artículo 41 -, el derecho a la buena administración¹⁴ permite al ciudadano europeo exigir eficazmente de su administración comunitaria la resolución de los asuntos bajo las reglas de imparcialidad, equidad, en un plazo razonable y bajo la debida fundamentación.

Se desprende de tal derecho el deber de las administraciones públicas y órganos comunitarios de facilitar el acceso a las actuaciones públicas, de oír al ciudadano previamente a la toma de cualquier decisión que pueda afectar sus intereses, de motivar suficiente y ampliamente las medidas que se adopten, de reparar los daños causados, entre otros posibles.

Pero quizás el dato más importante sea que la Unión Europea califica de *derecho fundamental* al derecho a la buena administración, otorgándole así una trascendencia jurídica e institucional mayor ya que vincula al deber de la buena administración con la realización del hombre, tanto en su perspectiva individual como social. En este sentido, y desde la mirada europea, la buena gestión de los asuntos públicos es a nuestro criterio, instrumental de la realización de la dignidad del hombre en el plano comunitario europeo¹⁵.

protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y materialmente y alcanzar la felicidad”.

¹⁴ Ver por todos Rodríguez Arana-Muñoz, *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas*, Thompson-Aranzadi, Madrid, 2006.

¹⁵ Así lo ha admitido expresamente el Tribunal Supremo Español (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) en su sentencia de fecha 15.10.2010 al sostener: “...El deber de motivación de las Administraciones Públicas se engarza en el derecho de los ciudadanos a una buena Administración, que es consustancial a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros de la Unión Europea, que ha logrado su refrendo normativo como derecho fundamental en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LCEur 2000, 3480), proclamada por el Consejo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000, al enunciar que este

¿Cuál es la situación del tema en Argentina? ¿Tiene el ciudadano un derecho similar para ejercer frente a las administraciones públicas nacionales, provinciales o municipales? La respuesta es categóricamente afirmativa. Este derecho, aunque bajo otra denominación, aparece previsto en el Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 8vo bajo la forma de la llamada tutela administrativa efectiva.

El derecho a la buena administración, bajo tal perspectiva, es uno más entre tantos otros que protegen al ciudadano argentino frente a la actuación de las diversas administraciones públicas. A través de su formulación, el ciudadano tiene un derecho individual a que sus asuntos sean resueltos: a) en forma eficaz, b) en tiempo oportuno, c) bajo la debida exteriorización de las razones – motivación en términos de debida explicación que justifique la intromisión en el área de los derechos por parte del estado - en que el funcionario basa la decisión del asunto que le es llevado ante sus despachos y d) previo a ser escuchado antes de resolver su asunto, entre otros aspectos de tal derecho..

Lo indicado importa, a nuestro criterio, la dimensión individual del derecho a la buena administración o a la tutela administrativa efectiva. Pero tal derecho no se agota allí.

El derecho a la buena administración trasciende la dimensión individual para proyectarse en un derecho colectivo – ya no tan solo personal – que le permite al ciudadano, en tanto integrante de una sociedad, reclamar de las distintas administraciones que enderecen sus acciones hacia la concreción del interés general de nuestras comunidades. Interés público que habrá de perseguirse y concretarse bajo los principios de transparencia, participación en los asuntos públicos y armonizando una multiplicidad de intereses sectoriales emergentes de una sociedad caracterizada por ser múltiple y diversa.

¿Que intentamos describir con esta mirada transindividual de la tutela administrativa efectiva? Pues que el buen gobierno y la buena administración han dejado de ser simples postulados políticos para transformarse en deberes estatales exigibles por los ciudadanos a través de garantías administrativas y judiciales contempladas expresamente en los instrumentos constitucionales.

La administración está atravesada por el deber de justificar ampliamente su obrar, actuando en un plazo razonable bajo los principios de imparcialidad e independencia en el tratamiento del asunto que envuelve a la determinación de un derecho fundamental.

Por estos tiempos, la *interdicción de la discrecionalidad estatal*¹⁶ es un tema de primerísimo orden, expresión que empleamos más allá de la “estricta discrecionalidad del derecho administrativo”¹⁷, para analizarla en términos del

derecho incluye en particular la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones”.

¹⁶ Ver el tratamiento que le ha brindado al tema Cassagne, Juan Carlos, en El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Marcial Pons, Bs.As., 2009.

¹⁷ La Corte IDH en el caso Baena Ricardo y Otros v. Panamá, 02.02.2001, entre otros tantos, ha sostenido que “.. En cualquier materia, inclusive en la laboral y la

moderno constitucionalismo. La justificación del obrar estatal se exige con mayor rigurosidad en tanto derecho fundamental a la buena administración. Las zonas de mayor margen de elección de los gobernantes en planos clásicos de políticas públicas caracterizadas por libre valoración de la oportunidad, el mérito o la conveniencia en la adopción de una u otra medida, encuentran hoy puntos de control que eficazmente pueden ser argumentados por parte de la ciudadanía. El control social que se ejerce respecto de tales políticas con el fin de asegurar que ellas respondan a estándares de igualdad y no discriminación, es una clara forma de interdicción de la discrecionalidad estatal en los programas públicos.

El concepto de ciudadanía importa que las administraciones no puedan ni deban descuidar la buena marcha de los asuntos públicos. Tal función es indelegable del estado, aún en aquellos casos en que se ha decidido traspasar a la gestión privada la organización y prestación de funciones vinculadas a los servicios públicos. Para el ciudadano, el estado sigue siendo responsable directo en exigirle al prestador no estatal que desarrolle su actividad conforme los máximos estándares de calidad y eficiencia que se desprenden del carácter de bien público del objeto de la actividad prestada.

Así, es impensable que un prestador privado de servicios públicos no incorpore en su alea económica las tarifas de alcance social en tanto derivado del carácter universal de la noción del servicio público. Pero más impensable aún es que el propio estado abdique de sus competencias propias –y que le dá sustento – de exigir al prestador privado el resguardo del principio de igualdad y no discriminación de su actividad.

Cabe recordar lo resuelto en el caso *Ximénez Lopez*¹⁸ en el cual Brasil fuera demandado. En tal sentencia la Corte IDH avanza sobre el régimen de una institución típica del derecho administrativo como lo es el servicio público¹⁹:

“La prestación de servicios públicos implica la protección de bienes públicos, la cual es una de las finalidades de los Estados. Si bien los Estados pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo. La delegación a la iniciativa privada de proveer esos servicios, exige como elemento fundamental la responsabilidad de los Estados en fiscalizar su ejecución, para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción y para que los servicios públicos sean provistos a la

administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso. ...”

¹⁸ Corte IDH, Caso *Ximénes Lopez vs. Brasi*, 4.07.2006

¹⁹ Siempre sobre el tema de los servicios públicos ver, entre otros, Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t 2, *La defensa del usuario y del administrado*, 6ta ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003; Salomoni, Jorge Luis, *Teoría general de los servicios públicos*, Bs.As., Ad- Hoc. 1999.

colectividad sin cualquier tipo de discriminación, y de la forma más efectiva posible. Los Estados están obligados a respetar los derechos reconocidos en la Convención y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, extendiéndose esa obligación a todos los niveles de la administración, así como a otras instituciones a las que los Estados delegan su autoridad. Los Estados deben, según el artículo 2 de la Convención Americana, crear un marco normativo adecuado para establecer los parámetros de tratamiento e internación a ser observados por las instituciones de atención de salud. Los Estados tienen la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea cumplido y puesto en práctica, y que tal legislación no se transforme en una mera formalidad, distanciada de la realidad. Por todas las consideraciones anteriores, la Corte estima que los Estados son responsables de regular y fiscalizar con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos de calidad, de tal manera que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y a la integridad física de las personas sometidas a tratamiento de salud. Deben, inter alia, crear mecanismos adecuados para inspeccionar las instituciones psiquiátricas, presentar, investigar y resolver quejas y establecer procedimientos disciplinarios o judiciales apropiados para casos de conducta profesional indebida o de violación de los derechos de los pacientes...”.

5. El control social y las políticas públicas

Un diseño del gobierno un buen diseño en términos constitucionales, debe ser controlado por el ciudadano²⁰. Control implica fiscalización pero al mismo tiempo también significa injerencia válida y eficaz sobre aquello que se controla.

Mucho se puede -y debe- discutir sobre el alcance del control en materia de políticas públicas sectoriales y sociales. Los modelos constitucionales parecen explicitar diversos modelos. Una constitución moderna como es la de España prevé que el desarrollo de las políticas públicas en materias económicas, sociales y culturales sea realizado por el legislador; la constitución tan solo le fija los principios generales orientadores en la materia que sirven de guías a las diversas leyes que crearán los respectivos programas. En sistemas como el argentino, creemos que la situación es distinta. Nuestro texto constitucional no distingue a los derechos según su contenido, y ello es correcto, ya que los derechos humanos no poseen jerarquía entre sí, sino que todos -civiles, políticos, económicos, culturales y sociales- se encuentran en un mismo orden de prelación. Aquello que sí existe es una interdependencia importante entre todos los derechos, ya que la vigencia real en determinados contenidos mínimos de cada uno de ellos hace a la obligación mayor de afianzar un derecho básico del sistema constitucional: el derecho a la vida. Es que la dignidad del hombre engloba las condiciones mínimas de accesibilidad, por ejemplo, a la vivienda, al agua, a la alimentación, a la salud para que el derecho a la vida no sea infraccionado.

²⁰ Ver la opinión de Ivanega, Miriam en Control del poder , LL 2010-B, 1290

¿Existe un derecho a controlar las políticas públicas y sus contenidos de desarrollo económico, social y cultural por parte de la sociedad?

Creemos que sí; el principio de igualdad y trato no discriminatorio nos permite transversalmente fiscalizar cualquier acto de gobierno en términos generales con el fin de corregir las asimetrías existentes. Sostener lo contrario - la imposibilidad de incidir en la elaboración de las políticas públicas de igualdad y no discriminación - importa vedar al ciudadano la posibilidad de verificar los niveles de acatamiento del poder al deber de garantizar y remover cualquier obstáculo estatal en la vigencia de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Y ello en tanto infracción a las obligaciones marco del Pacto de San José de Costa Rica²¹, permite que el afectado directo y/o quienes representan el interés de un sector vulnerable puedan acudir eficazmente por ante las autoridades públicas en la tutela administrativa y efectiva de sus derechos o el del grupo afectado en términos de desigualdad y políticas discriminatorias. Desde tal conceptualización, se puede hablar de la exigibilidad de determinados mínimos esenciales de los derechos económicos, sociales y culturales del ciudadano.

Creemos que ese derecho a incidir y controlar por parte del ciudadano, también posee una contracara en materia de deberes: Es un deber humano del ciudadano contribuir efectivamente en lograr el bien común según se desprende del mismo texto del Pacto de San José de Costa Rica, en que se formulan en diversos pasajes obligaciones y no tan sólo derechos a cargo del hombre.

¿ Y los jueces?

En el campo judicial, el control social impacta sobre las categorías clásicas del proceso judicial. Se requiere cierta *flexibilización* en términos de acceso a la justicia –legitimación – y de las formas bajo las cuales se aborda integralmente un “ caso” . En este punto siempre me han parecido paradigmáticos diversos pronunciamientos de la Corte Federal Argentina²² al tiempo de ejercer su condición de último tribunal de derechos humanos interno en Argentina. Especialmente menciono el caso de las “penitenciarias de la Provincia de

²¹ Las acciones u omisiones estatales se encuentran delimitadas por la regla general impuesta al Estado por los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana, los cuales constituyen la base para la determinación de la responsabilidad internacional. En efecto, el art. 1.1 prevé la obligación estatal de respetar y garantizar en forma genérica los derechos previstos en la Convención Americana, mientras que el art. 2 obliga al estado y a cada uno de sus órganos a remover cualquier obstáculo para el goce de aquellos y, por consiguiente, a llevar adelante medidas positivas tendientes a asegurar y efectivizar los derechos consagrados en ese tratado.

²² Remitimos al trabajo realizado en la obra La Corte y los derechos, un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2003-2004, ADC, siglo XXI editores, 2005, Bs.As. Allí se destaca el trabajo realizado en temas tales como la igualdad, acceso al justicia, los derechos de los trabajadores, los derechos electorales políticos, entre otros grandes temas de protección de los derechos fundamentales.

Mendoza”²³, ya que allí se logró: a) zanjar la discusión sobre los “efectos ejecutorios” de las sentencias y decisiones de las Corte IDH, b) corregir una política carcelaria al menos equívoca, y c) incidir el ciudadano en el cese de la conducta discriminatoria hacia determinada población carcelaria.

Ahora bien, si hablamos de control queremos significar la posibilidad de incidir en la “cosa pública” y para ello es condición previa conocer. Por ello, el acceso a la información que el ciudadano y/o grupos sociales puedan tener a los expedientes públicos es un tema también de primerísimo orden en nuestro moderno constitucionalismo.

El conocimiento a las actuaciones públicas, los informes, dictámenes y toda otra exteriorización de la voluntad pública en expedientes administrativos es un deber de las autoridades públicas como contracara del derecho a la buena administración que posee el ciudadano. Quizás por ello, hace tiempo ya, insistimos en el ámbito del derecho administrativo, que las formas de publicidad del acto administrativo – notificación para los individuales y publicidad para los generales – deben necesariamente incluirse dentro de los requisitos que hacen a su validez. El acto administrativo no notificado o cuya publicación hubiese sido omitida no puede generar efecto alguno desde la validez misma del acto. La distinción efectuada en países como Argentina en que su sistema federal considera a la falta de publicidad del acto como un vicio que afecta a la eficacia pero no su validez, es impropia de los modernos tiempos de nuestro constitucionalismo.

Sin acceso real y efectivo a la gestión pública no se puede hablar en términos modernos de una administración constitucional. El ciudadano por estos tiempos se involucra directamente en las políticas públicas, las asume como propias en tanto puede ejercer el control de las mismas e incidir en la planificación y en la corrección de los desvíos de las mismas.

El control social de la gestión pública es, entonces, un realizador de principios constitucionales mayores como el republicano y el democrático. En éste último, la participación del ciudadano, la libertad de prensa y la difusión de las ideas son derechos de máxima protección ya que sin ellos la democracia se debilita sensiblemente²⁴.

6.- Cierre de estas reflexiones

²³ Corte IDH, Caso de las Penitenciarías de Mendoza. Resolución de Medidas Provisionales. 30.03. 2006. Ese criterio fue seguido por la Corte Federal Argentina en Lavado, 2006, *Fallos*, 329:3863.

²⁴ La Corte IDH posee un firme criterio sobre el tema, justamente destacando el valor instrumental que tiene el acceso a la información pública, a los documentos, actuaciones y registros públicos. Y la Corte Federal Argentina ha convalidado tales criterios enfatizando la trascendencia institucional del acceso a la información y el libre debate y difusión de las ideas. Remitimos por todos al caso *Editorial Río Negro contra Provincia de Neuquén*, CSJN, 5.09.2007.

El hombre en tanto ciudadano va explorando su mayor capacidad de goce de derechos en sintonía universal, efectivamente vigentes y exigibles en un mundo que, en materia de protección de derechos, intenta disipar barreras artificiales creadas para limitar la vigencia del principio de universalidad de los derechos humanos.

Hablamos entonces ya no de administrado, sino de ciudadano en sus relaciones con las administraciones públicas, el gobierno y sus conciudadanos, todos actores que concurren a la concreción de la dignidad humana que permite explicar los modernos sistemas constitucionales de derecho. Desde allí se comprende la dimensión que en el actual constitucionalismo adquiere la perspectiva individual y social de los derechos del hombre.

En el plano de la Corte IDH la mirada desde los derechos es netamente garantista. Este garantismo, en palabras del juez Diego García-Sayán, "... apunta, en lo que atañe al punto que nos ocupa, precisamente a los elementos fundamentales del debido proceso y las garantías procesales. Más allá, por ello, de si se trata de un procedimiento seguido ante autoridades judiciales o ante otros espacios del poder público. Lo que la Corte ha reafirmado en su jurisprudencia constante - y que reafirma en esta Sentencia - es que la persona debe contar con las garantías adecuadas para actuar y defender sus intereses legítimos frente al poder público, con condiciones adecuadas de legalidad y racionalidad, en procesos en los que se definen sus derechos....".²⁵

En este sentido es interesante ver cómo la Corte IDH otorga una importancia cada vez mayor a las garantías mínimas que en procesos extrajudiciales – administrativos o no – deben exigirse como parte integrante del concepto mayor del debido proceso²⁶.

El debido proceso es el título habilitante que permite entender como posible la injerencia de la administración en los derechos fundamentales del hombre. Siempre que tal injerencia se realice bajo el respeto del principio de proporcionalidad.

Lo dicho, en términos sumamente generales, importa que la administración exhiba las razones por las cuales la medida adoptada es, entre otras posibles, la de menor injerencia en la zona de los derechos fundamentales del hombre.

²⁵ Corte IDH, Sentencia caso Barbani Duarte y otro, cit.

²⁶ En otras oportunidades hemos tratado los efectos expansivos en el derecho público, y en especial en el derecho administrativo de las consecuencias que tiene sostener la aplicabilidad directa del artículo 8vo del Pacto de San José de Costa Rica a los procesos judiciales en que se tensionan las competencias públicas con los derechos fundamentales de las personas. También hemos expuesto nuestra posición desde una mirada evolutiva de la interpretación de dicho artículo al extender los efectos de las garantías procesales al ámbito de la administración pública en tanto esta ejerza competencias para determinar derechos. Ver nuestra opinión en Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos – Justo, Juan, Colaborador - , Abeledo Perrot, 2009 Bs.As. El tema del procedimiento administrativo despierta siempre sumo interés y actualidad, se puede consultar la visión que Guido Tawil posee sobre el tema, en su artículo Sobre el futuro del procedimiento administrativo, publicado en la Revista de Derecho Público, Malheiros Editores, Número 56, San Pablo.

También debe acreditar en qué consiste el mayor beneficio que reporta a la comunidad en términos de interés público tal restricción individual.