

12. Prevención de riesgos democráticos

Prevention of democratic risks

Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono¹

Universidad Nacional del Comahue

drpablogutierrez@gmail.com

Resumen: Este artículo analiza cómo el Derecho Público debe aportar herramientas para prevenir riesgos que debilitan el Estado de derecho. Propone que el Estado, la ciudadanía y el sector privado colaboren para mitigar amenazas como el autoritarismo administrativo, la politización judicial y la opacidad legislativa. Se advierte sobre la normalización de disfunciones institucionales que generan un vaciamiento democrático. Finalmente, se destaca la importancia de la resiliencia y el uso oportuno del tiempo judicial para restaurar la confianza pública.

Palabras clave: Riesgo democrático, Estdo de Derecho, Derecho público y Prevención.

Abstract: This article by Pablo Gutiérrez Colantuono analyzes how Public Law must provide tools to prevent risks that weaken the Rule of Law. It proposes that the State, citizens, and the private sector collaborate to mitigate threats such as administrative authoritarianism, judicial politicization, and legislative opacity. The author warns about the normalization of institutional dysfunctions that lead to a "democratic emptying". Finally, he highlights the importance of resilience and the timely use of judicial time to restore public trust.

Keywords: Democratic risks, rule of law, public law, prevention.

1 Doctor en Derecho por la Universidad La Coruña España (2022). Profesor visitante Universidad de Oxford (2024) y Génova (2024). Profesor de postgrado en Iberoamérica e Italia, estudios de post doctorado en curso en la Universidad de Bolonia (2026). Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional del Comahue, Argentina.

I. Pregunta inicial

¿Qué mecanismos de alerta temprana e intervención puede aportar el Derecho Público en prevenir riesgos democráticos?

Prevenir según la real académica española presenta múltiples significados, aquí tomaremos el de «anticiparse a un inconveniente, dificultad» a fin de encontrar posibles respuestas a nuestro interrogante.

La posibilidad cierta y real que ocurran daños a las democracias mediante el debilitamiento del Estado de derecho nos despierta el interés por encontrar mecanismos preventivos de manera tal de evitar que sucedan. O ante su inevitabilidad, lograr que produzcan el menor impacto negativo posible.

El Derecho público mucho tendrá que elaborar desde tal perspectiva de manera de aportar posibles herramientas preventivas desde el Estado y más allá de éste. Ciertamente aquellas pueden pensarse desde el propio Estado en tanto protagonista primario en la preservación del Estado de derecho y por ende mejor posicionado para evitar la ocurrencia de riesgos democráticos. Más no es el único obligado según sean las circunstancias o hechos riesgosos. Otros actores, internos e internacionales pueden acaso encontrarse en una posición preferente o concurrente con el Estado a fin de evitar la ocurrencia de determinados daños democráticos. La ciudadanía, los sectores económicos, productivos y tecnológicos, la burocracia internacional son alguno de los actores más allá del Estado que, en distintas escalas temporales y espaciales, pueden o deben evitar la configuración de riesgos democráticos e intervenir a fin de mitigar los efectos negativos producidos al generarse el daño.

II. El Estado ante los riesgos

El tema de los riesgos y su prevención escala cada vez más en las agendas nacionales e internacionales tanto en los ámbitos públicos como privados. Existen agendas globales en la materia. No es un tema exclusivo y excluyente de agendas ambientales ni urbanísticas frente a riesgos de desastres sean estos generados por la naturaleza o por las personas.

Por el contrario, la existencia de múltiples y variadas actividades riesgosas ha generado tal nivel de preocupación y ocupación que incluso se habla en la actualidad de Estados cuya tipificación proviene de la actividad preventiva en materia de riesgos en una sociedad caracterizada por un entorno de riesgos en su convivencia. De allí que calificar al Estado como aquel que tiene la obligación de prevenir riesgos como nueva tipología del mismo no nos parece desacertado.

Ahora bien, debemos ser precisos en punto a no depositar en el Estado el monopolio de la gestión y responsabilidad en el tema. Implica el deber desde el Estado de articular preventivamente los roles públicos y privados en la materia, según quien esté en mejores

condiciones objetivas de evitar los factores de riesgos y/o mitigar sus efectos. Más no su única y exclusiva responsabilidad en la prevención de los riesgos y la debida intervención.

Las competencias regulatorias, fiscalizadora y de control estatal aparecen, de entre otras tantas funciones estatales, como herramientas pertinentes en la prevención. Junto a la autorregulación regulada del propio sector privado. Las relaciones privadas entre terceros ocupan o debieran ocupar especialmente un lugar no menor en la regulación en esta materia. El enfoque de las regulaciones en la materia requiere al menos: a. interdisciplinarietà; b. alto nivel de tecnicismo en su abordaje; c. independencia; d. participación de los sectores sobre las cuales se proyectan e. monitoreo permanente; f. afectaciones presupuestarias públicas y privadas g. articulación entre sector privado y público; h. armonización de regulaciones internas e internacionales, generales y sectoriales; entre otros aspectos y características.

El tema es ciertamente complejo. Requiere de verdaderas decisiones públicas y privadas con vocación de permanencia y no de gestos espasmódicos ni coyunturales. En otras palabras, la perspectiva y enfoque de riesgos debe asumir el carácter de política de Estado con las proyecciones que ello genera tanto desde lo presupuestario como de la propia organización estatal. Ello conjuntamente con los sectores privados y la necesaria concientización de la ciudadanía en la materia.

¿Alcanza con ello? Es condición necesaria más insuficiente. Es que nos encontramos ante una problemática en continua y creciente evolución con nuevos factores de riesgo que emergen. Estos exhiben notables aceleramientos junto a una multiplicidad de efectos a escala global. Ello debilita muchas veces las medidas locales adoptadas. Regulaciones estatales, globales junto a autorregulaciones de los sectores involucrados hablan, por ejemplo, de la preocupación y ocupación por los riesgos en el uso de la inteligencia artificial². Pero nada parece ser suficiente, ni tampoco la capacidad de anticiparse. Existen también otros factores de riesgo como el cambio climático³, la deforestación, el agotamiento del recurso agua, la inseguridad alimentaria, la desigualdad y la discriminación, por solo citar algunos. Es decir, verdaderas amenazas a la propia humanidad paradójicamente originados al menos por una parte de esa humanidad deshumanizada.

Vivir en la sociedad del riesgo nos interpela a analizar los riesgos democráticos desde la perspectiva del Derecho público y las herramientas que este acaso pueda aportar. Hablamos así de riesgos democráticos junto a los ambientales, los físicos, sísmicos, tecnológicos, entre tantos otros que son estudiados interdisciplinariamente. El objeto de

2 Ver por todos el informe elaborado en ocasión del Encuentro del Foro Económico Mundial (Davos, 2026) *Global Cybersecurity Outlook 2026*, enero 2026. https://reports.weforum.org/docs/WEF_Global_Cybersecurity_Outlook_2026.pdf. También puede consultarte las distintas opiniones en el Suplemento Administrativo N.º 2 | 2025 «Desregulación, privatizaciones y derecho administrativo», La Ley Thompson Reuters, Bs.As. 2025.

3 Sobre el tema bien pueden consultarse: 1. Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC 32/25, 29.05.2025), 2. Opinión Consultiva del Tribunal de Justicia Internacional *Obligations of States in Respect of Climate Change*, 23.07.2025. 3. Opinión Consultiva de la Tribunal Internacional del Mar sobre cambio climático, 21.05.2024.

estudio es la democracia, y cómo esta puede verse afectada por determinados factores de riesgo, pero desde la mirada disciplinaria del Derecho público. Aquí tan sólo ensayaremos algunos aspectos de estos riesgos democráticos.

III. Lecciones aprendidas

Sin dudas lo trabajado en enfoque de riesgos desde Naciones Unidas y en agendas multilaterales es insumo sumamente pertinente en el tema que nos ocupa. Utilizar la trazabilidad del recorrido en tales asuntos permite maximizar las buenas prácticas y descartar aquellas que no lo han sido. De entre ellas el Marco de Sendái para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015–2030, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (Agenda 2030), Acuerdo de París y, principalmente, los informes anuales emitidos por la Oficina de las Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres (UNDRR). En especial en el Informe 2022 de UNDRR se insiste en que «la reducción efectiva del riesgo requiere de concienciación, formación de una intención de actuar, identificación y selección de un plan de acción, y la ejecución de ese plan (punto 1.2)».

El Estado al formular las políticas que orientan el desarrollo sostenible debe tener en cuenta el enfoque de riesgo. Conocer cuáles son las amenazas y vulnerabilidades que existen a fin de reducir riesgos, evitar los desastres y/o disminuir sus efectos nocivos. En otras palabras, la clave es incorporar el concepto de prevención al momento de diseñar políticas públicas para trabajar sobre la presencia de amenazas y factores de vulnerabilidad. La mitigación y la resiliencia son herramientas, entre otras, que operan bajo la idea de la prevención.

La reducción de riesgo propone identificar las variables que interactúan en la generación de un evento no deseado, comúnmente definido como «desastre». Suele definirse al «desastre» pensando en grandes eventos que afectan a la población: huracanes, tsunamis y terremotos. Ciertamente su definición es más amplia y compleja. Los pequeños y medianos «desastres», que ocurren a diario y a escalas menores, generan mayores daños que los grandes y más esporádicos. Actualmente pocas teorías afirman que tanto la magnitud, la intensidad o la duración de los eventos, son los factores que permiten explicar por sí solos el nivel de daño sufrido. Más bien se trata de encontrar explicaciones en el conjunto de las condiciones económicas, sociales y ambientales existentes al tiempo del impacto. Esta mirada superadora explica el auge que ha tenido el concepto de vulnerabilidad social como factor explicativo del daño. El riesgo es, en parte, una construcción social por lo tanto conocerlo, evaluarlo, gestionarlo y reducirlo es crucial para el desarrollo de nuestros territorios y comunidades⁴.

4 TORRISI – GUTIÉRREZ COLANTUONO «El enfoque de riesgo en la provincia del Neuquén», *publicación Diario Río Negro* <https://www.rionegro.com.ar/el-enfoque-de-riesgo-en-la-provincia-del-neuquen-1540565/>.

Para ello existen principios orientadores: 1. preventivo, que implica la proactividad, 2. de responsabilidad compartida, centrada en la colaboración, participación y solidaridad, 3. De coordinación, exige articulación interinstitucional y multisectorial, 4. De articulación, en tanto vinculación entre los distintos niveles de gobierno y sectoriales.

Frecuentemente esas vulnerabilidades específicas indican cuáles son las capacidades comunitarias a ser reforzadas. Para ello se ha de trabajar fuertemente en la resiliencia como concepto que permitirá que lo ocurrido, con los impactos que implicó, no haya sido en vano.

Por otro lado, cuando pensamos en la gestión del riesgo aparece como central el paquete de medidas estructurales (obras) y no estructurales (sensibilización, prevención, planes) que se deben implementar.

Este proceso debe ser continuo y permanente, pues no tiene fin, siempre habrá un escenario de riesgo que gestionar y alguien más que pueda aportar su percepción y/o conocimiento para lograrlo.

El desafío es evitar que la recurrencia de un evento repita el mismo escenario de riesgo y genere nuevamente un desastre. Y para ello la forma en la que construyamos ciudades y ciudadanía podría hacer la diferencia. Así, y por citar un ejemplo muy generalizado, en materia de desarrollo territorial es sabido que se busca incorporar el concepto de prevención, manejo y mitigación de riesgos en las políticas públicas de planificación y gestión territorial, con el objetivo de aumentar la seguridad de la población y la resiliencia de las comunidades.

Un aprendizaje a incorporar en la línea de políticas públicas en prevención de riesgos democráticos es la necesaria articulación de los distintos actores bajo una estrategia común. El informe de UNDRR 2022, punto 8, da una pauta precisa al indicar la necesidad de integrar a todos los protagonistas en una misma estrategia, pero reconociendo al mismo tiempo distintos papeles y responsabilidades en la tarea. Así el sector público, comunidad científica y expertos en la materia, sector privado, comunidades y gobiernos locales.

IV. El derecho público y sus aportes posibles

En general podríamos decir que el Derecho público (no penal) estudia las relaciones entre los derechos, las libertades y las garantías de las personas en relación con el ejercicio de las competencias públicas y con el bienestar general de la propia comunidad. Las competencias públicas debieran entenderse siempre limitadas y expresas según mandatos constitucionales autorizatorios. En tal contexto las diversas funciones administrativas (fomento, servicio público, poder de policía, regulatorias, entre otras) hablan desde la intervención en la zona de las libertades, los derechos y las garantías de las personas

a fin de constituir relaciones jurídicas con determinados contenidos y finalidades. Las técnicas de la regulación, la fiscalización y el control son utilizadas en teoría para lograr el desarrollo armónico de una comunidad determinada. En ello las Administraciones públicas, a diferencia de otros estamentos estatales, al actuar de manera concreta, inmediata, práctica y permanente poseen una alta incidencia en lograr tal objetivo. O, por el contrario, de generar condiciones riesgosas frente a las libertades, los derechos y las garantías. Cabe recordar que no puede ni debe existir finalidad pública alguna invocada para actuar que no implique mayor desarrollo sostenible para la comunidad entera bajo expresas habilitaciones constitucionales.

Empero la «intervención» en la zona de las libertades, los derechos y las garantías suele estar instrumentada por verdaderos desbordes administrativos en la medida que aquella debió ser dispuesta por ley. Los fuertes presidencialismos en este sentido son una muestra clara de estos desbordes reglamentaristas. Esto es la regulación de los derechos, las libertades y las garantías por quién gobierna bloqueando así la competencia parlamentaria en la materia. La hiper normatividad administrativa avanza de tal manera que aparece incorporado en la cultura institucional y ciudadana como parte de la «normalidad» normativa. La percepción es la no percepción de vivir regulada la sociedad por fuera de los parámetros constitucionales de la división de poderes como parte del Estado de derecho.

De regreso a los riesgos de afectaciones a la democracia deben supervisarse y gestionarse como cualquier otro tipo de riesgos ciertos o potenciales⁵. Para ello el Derecho y muy especialmente el Derecho público debe repensarse desde tal rol con la finalidad de brindar y gestionar herramientas preventivas y de mitigación. Y ello debe hacerlo desde los dos subsectores, público y privado. En este último promoviendo, fomentando y regulando aquellas relaciones entre Estado y terceros, pero también en las relaciones ya entre terceros que puedan ser constitutivas de factores de riesgos⁶.

V. Riesgos democráticos

Así como los desastres, el cambio climático y sus impactos sistémicos pueden socavar los tres pilares del desarrollo sostenible (el social, el medioambiental y el económico) según el informe anual 2022 de UNDRR, creemos que en esta línea también debe incluirse a los riesgos democráticos. Esto es conductas u omisiones estatales, sectoriales privadas y de las propias comunidades que adquieren el carácter de factores de riesgos democráticos.

En esta entrega tan solo haremos foco en las decisiones estatales administrativas, legislativas y judiciales. Pero, insistimos, los factores de riesgos democráticos suce-

5 Ampliar Informe anual de evaluación global sobre la reducción del riesgo de desastres 2025, Capítulo VII, Oficina de las Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres.

6 GUTIÉRREZ COLANTUONO, PABLO A. «Democracias constitucionales y legalidades aparentes», Segundo número del *Anuario Iberoamericano de Buen Gobierno y Calidad Democrática*. <https://doi.org/10.69592/3020-8378-N2-ABRIL-2025>. Publicado: 2025-05-09.

den más allá del Estado tanto sectorial como ciudadanamente y aún más allá del orden interno ante la generación de factores de riesgo a nivel internacional (regional o global).

1. Decisiones administrativas

Quizás en aquellos países caracterizados por fuertes presidencialismos es más común encontrar este tipo de factores de riesgos, pero ciertamente no son exclusivos de ellos. Pues la tendencia a la hiper reglamentación administrativa de los derechos es notoria en Estados que podemos calificar de presidencialistas.

Ahora bien, y ya más en general, podremos decir que la manera en que los gobiernos adoptan decisiones puede constituir factores de riesgos democráticos. La tendencia a decisiones concentradas, unilaterales de «arriba hacia abajo» obstruye la participación ciudadana. Cancela así la legitimidad de una decisión que aun legal puede aparecer deslegitimada. También lo son aquellas que no incorporan el parecer de las personas a quienes se destinada la decisión previo al dictado de las mismas, ni hace parte del monitoreo en su ejecución al colectivo afectado (positiva o negativamente) por la decisión.

Las decisiones de gobierno que no incorporan la dimensión intergeneracional de los efectos de sus decisiones también pueden ser factores de riesgo por su potencialidad cierta de afectar los derechos fundamentales y el acceso a los bienes fundamentales de las próximas generaciones. La idea de equidad intergeneracional implica, en términos simples, que las decisiones que hoy se toman deben preservar las condiciones de existencia y de dignidad para quienes vendrán después. Esta noción, incorporada en múltiples instrumentos internacionales (como la Declaración de Río de 1992, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y el Pacto de Futuro de Naciones Unidas de 2025, entre otros) y en textos constitucionales como el argentino, exige no solo políticas activas sostenibles, sino también instituciones capaces de intervenir de manera oportuna y eficaz cuando los derechos colectivos están en juego.

Las decisiones de emergencia tan utilizadas en los fuertes sistemas presidencialistas convierten la legalidad ordinaria en una legalidad propia de los Estados de excepción. Ello «habilita» fuertes intervenciones en la zona de los derechos, las libertades y garantías sin título habilitante competencial constitucional aumentando los niveles de autoritarismo de los gobiernos. La división de poderes se transforma así tan solo en una formalidad, sustancialmente cancelada. Se trata de una suerte de fachada de institucionalidad que esconde una verdad incontestable: una gobernanza autoritaria.

Decisiones de inhabilitaciones políticas no judiciales también son una muestra de aquello que intentamos llamar la atención. Con notable habitualidad autoridades administrativas u otras no judiciales despliegan competencias sancionatorias con la finalidad «regular» la oferta electoral. Excluyen así de la contienda electoral a opositores. Lo hacen mediante la manipulación de la tipicidad de las sanciones administrativas, de los hechos reprochables calificados según la «medida ética» de quien decide (tipicidad subjetiva), careciendo de independencia e imparcialidad alguna. Agravándose ello al alegarse la ejecutoriedad inme-

diata de la decisión, no habilitando la suspensión de la medida en tanto esta es sometida al control judicial suficiente interno o ya en tribunales de derechos humanos internacionales.

La corrupción y un doble aspecto que queremos remarcar sobre este tema. El primero de ellos: la persecución mediante potestad sancionadora a quienes denuncian corrupción. El segundo: la ilegalidad de la actividad estatal como expresión de aquella. El primer aspecto es observado ante la falta de garantías de protección a quien denuncia hechos de corrupción cuando este pertenece a los cuadros burocráticos del poder denunciado. Su fuente laboral, el derecho a la carrera escalafonaria, los incentivos salariales son algunas de las vulnerabilidades a las que se somete quien denuncia. En la medida que las decisiones sancionatorias dependan del mismo poder estatal en el que presta funciones quien denuncia, pues su situación personal y laboral queda expuesta y vulnerable. Ello genera un efecto directo aleccionador a no denunciar, consolidándose así las prácticas corruptas⁷. El segundo aspecto indicado habla de la falta de percepción del abuso de la legalidad como hecho de corrupción, ya no tan solo disvalioso moralmente. Es que la antijuridicidad es traje a medida de los hechos que concretan el desvío de fondos o bien de funciones con fines distintos a los buscados por el ordenamiento jurídico. ¿Es la desviación de poder un hecho de corrupción en sí mismo o tan solo un vicio del elemento finalidad del acto administrativo? La respuesta implica avanzar en la lucha contra la corrupción o bien seguir manteniendo una suerte de legalidad formal.

2. Acuerdos legislativos que encubren conductas antidemocráticas

En las democracias (parlamentarias o no) determinadas decisiones requieren de acuerdos legislativos. Si bien la mayoría de la actividad parlamentaria centra la construcción de consensos en la negociación, el punto que queremos dejar de relieve es otro. Aquel referido a los acuerdos que directamente debilitan la institucionalidad. Formalmente se arriban a acuerdos sobre determinados temas pero que estos proyectan acuerdos sobre otros asuntos. Funcionan de «pantalla» de acuerdos no expresados. Son clásicos de este tipo de negociación los acuerdos vinculados a designaciones en los órganos de control externos y, principalmente, las designaciones de los máximos tribunales judiciales. Esto último proyecta en las democracias sospechas de negociación de asuntos a decidir una vez asumidos los cargos, sean judiciales o de órganos de control externo. O bien genera proyecciones negativas sobre la independencia e imparcialidad no solo de quién ha sido designado si no antes bien en todo el poder judicial en el caso de las designaciones judiciales. No se elige el mejor perfil, si no antes bien quien supera los filtros posibles de negociación. Y estos se dan a propósito de la necesidad de requerir quórum o mayorías ocasionales en otros asuntos de la agenda parlamentaria. Esta fachada de acuerdos legislativos vacía de contenido institucional la letra constitucional que busca mayorías generalmente agravadas para la designación de cargos de alta

7 Ver por todos *Caso Viteri Ungaretti y otros Vs. Ecuador* (2024) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

trascendencia institucional. Parecería suceder la regla inversa en la realidad: cuanto más estricta es la exigencia de acuerdos en atención a la trascendencia del lugar institucional a cubrir mayor pareciera ser la apariencia de formalidad. Órganos de control y judicatura aparecen así cubiertos formalmente de manera legal empero sustancialmente esconden acuerdos no legítimos.

Dentro de estos acuerdos legislativos no podemos dejar de indicar aquellos que transfieren competencias extraordinarias a los gobiernos basados en situaciones de emergencias (económicas, administrativas, sanitarias, ambientales, entre tantas otras). Tema de por más trabajado desde la academia con sólidas posiciones críticas en la materia. El punto que queremos resaltar es un tanto distinto. Refiere a la abdicación de competencias propias de uno de los poderes del Estado. En nuestro criterio es aquello que representa la mayor gravedad para analizar desde la perspectiva de riesgos democráticos. Las decisiones que cancelan las propias competencias habilitándolas a otro poder son altamente riesgosas para el sistema democrático pues la afectación del Estado de derecho es manifiesta. Abren así un abanico de alternativas posibles a los gobiernos autoritarios.

3. Decisiones judiciales y el tiempo

Hace un tiempo junto a Lorenzo hemos afirmado que en el Estado de derecho el tiempo es el modo en que se organiza la respuesta pública, de allí que el uso del tiempo no sea neutral. Es político, estructural, fundante. El poder judicial, en tanto órgano de garantía, no puede legitimarse únicamente por el contenido de sus decisiones, sino también por la oportunidad en que estas se producen. Un derecho reconocido demasiado tarde es, en los hechos, un derecho negado. El transcurso del tiempo desde una dimensión institucional permite analizar a la legitimidad del poder judicial. No se trata tan solo de una variable procesal, ni tan siquiera una garantía técnica: es una forma de constitución del poder en clave democrática. Pero hay algo más profundo aún: cuando el tiempo estatal se vuelve arbitrario, caótico o manipulable, lo que se resiente no es solo el acceso a la justicia; lo que se degrada es la confianza pública en la justicia como institución. Y de allí la afectación ya en términos de democracia⁸.

En contextos donde el poder judicial es instrumentalizado —ya sea por la pasividad burocrática o por la presión mediático-política—, la ciudadanía aprende a desconfiar no sólo de lo que se resuelve, sino de cuándo y por qué se resuelve. Esa es la fractura más peligrosa: cuando el tiempo judicial deja de ser expresión del deber institucional y pasa a ser expresión de conveniencias externas o internas.

Un sistema judicial que actúa a destiempo —con la lentitud de lo indiferente o con la selectividad de lo interesado— no es un sistema neutral: es un sistema deslegitimado.

8 GUTIÉRREZ COLANTUONO-LORENZO «El tiempo como bien común: claves para la construcción de una legitimidad democrática», *Palabras del Derecho*, posteo 16.06.2025, <https://www.palabrasdelderecho.com.ar/articulo/6019/El-tiempo-como-bien-comun-claves-para-la-construccion-de-una-legitimidad-democratica>.

Desde esta perspectiva, el tiempo no puede quedar reducido a una cuestión de eficiencia organizativa ni a un estándar técnico más: es parte del pacto democrático.

Parte del uso del tiempo por parte del propio poder judicial con fines distintos a la justicia es aquello que la doctrina ha llamado *Lawfare*⁹. Esto es el uso de la justicia por miembros del poder judicial a fin de eliminar de la contienda electoral a un enemigo señalado por el contendiente de turno. Posee técnicas específicas junto a diversos actores que concurren todos en el mismo objetivo: la destrucción de aquello que califica de enemigo político interrumpiendo así en la escena electoral cancelando el derecho a ser elegido. En nuestro caso y con fin de evitar algunas discusiones que pretenden ocultar el verdadero objetivo de invisibilizar este fenómeno, ya hace un tiempo hablamos de politización de la justicia. Junto a otro fenómeno el de la judicialización de la política en tanto exageradas (cuando no impropias) intervenciones judiciales en campos propios de la decisión de mérito, oportunidad y conveniencia que adoptan los otros poderes en sus márgenes competenciales. Salvo, claro está, el control de razonabilidad.

VI. Prevención de riesgos democráticos

Los riesgos democráticos son múltiples como hemos indicado. En esta entrega nos hemos concentrado por razones de espacio en algunos factores generados por el poder público. Conscientemente, de coyuntura en coyuntura, los decisores políticos cancelan cuotas de institucionalidad en pos de un supuesto valor político superior indicado por ellos mismos. Analizadas globalmente dichas coyunturas aparecen integradas a manera de eslabones en una verdadera cadena de vaciamientos democráticos. Cancelaciones de cuotas democráticas que al incorporarse como «habituales» permiten luego mayores niveles de degradación. Aquello que era motivo de alerta institucional en el tiempo se normaliza. Se fijan a su vez nuevos pisos por debajo de la institucionalidad exigida por la constitución. Para desde allí sumar nuevas prácticas de debilitamiento institucional. De esta manera la disfunción institucional aceptada y consolidada en el tiempo comporta cancelaciones de espacios constitucionales y debilitamientos democráticos. Llegando en casos extremos a permitir incluso fachadas democráticas que ocultan la huida del Estado de derecho.

Surge la necesidad de prevenir tales comportamientos que ponen en riesgo al propio Estado de derecho y las democracias. O bien de buscar los medios de mitigación una vez estos sucedidos. En este plano es que el Derecho público tiene mucho por aportar sabiendo, como lo hemos dicho, que la problemática de los riesgos es de abordaje interdisciplinar. Pero ante todo creemos necesario dejar de absorber como natural o normal institucionalmente factores que comportan riesgos a nuestras democracias. Es que muchas veces desde ciertos tecnicismos se habilitan comportamientos institucionales que, a la luz de esto que hemos descripto de procesos globales de las coyunturas, terminan socavando la propia institucionalidad. Otras tantas veces suceden micro cancelaciones de legalidades justificadas en el funcionamiento del propio Estado cuyo resul-

9 VALIM -TEIXEIRA ZANIN MARTINS, *Lawfare*, Astrea 2020, Bs.As.

tado termina siendo verdaderas cancelaciones constitucionales. Sea por afectación de la división de poderes, sea por la directa afectación de derechos, libertades y garantías. Son muchos los ejemplos que podríamos aquí traer a la mesa, pero quizás el del silencio como ficción de voluntad negativa de la actividad estatal sea por todos el que valga la pena citar. Es que una práctica absolutamente contraria a la institucionalidad como lo ha sido y lo es el no contestar las peticiones de la ciudadanía generó la ficción de brindarle un resultado denegatorio al silencio respecto de aquello que se solicita. Si bien ello pudo ser plausible en punto a no dejar sin respuesta lo solicitado, lo cierto es que termina por legalizar una práctica institucional que proyecta lo opuesto: la falta de institucionalidad.

Junto al silencio como expresión ficta negativa hemos anotado hace tiempo otros tecnicismos que entendemos son micro cancelaciones de la legalidad y otros tanto que importan debilitamientos institucionales. Entre ellos: a. la convalidación de la violación del debido proceso administrativo mediante la técnica de la subsanación, b. la ejecutoriedad de las decisiones administrativas en materia sancionatoria que afectan el derecho a la propiedad, c. la falta de aplicación, como regla general, de la teoría de los actos propios al Estado, d. el alcance limitado del deber de responder por actividad lícita en lugar de dejarlo sujeto a las respectivas pruebas de los daños y perjuicios (reparación integral), d. la tendencia a restringir con reglamentaciones administrativas el acceso a la información pública, e. el uso de la legitimación con fines de selectividad en el control de los asuntos públicos, f. la falta de independencia de la organización administrativa encargada de tomar decisiones administrativas que afectan los derechos y las libertades de las personas, g. la obligatoriedad de iniciar reclamos y recursos en sede administrativa de manera previa y como condición del acceso a la justicia. Estos factores de riesgo junto a tanto otros, a nuestro criterio, son posibles de ser prevenidos. Algunas veces con simples correcciones legislativas otras con verdaderas transformaciones culturales a lo interno del poder.

Dentro de los mecanismos preventivos sin dudas debemos anotar, entre tantos otros:

- a) La racionalidad como test de legalidad de las decisiones que se adoptan. Poco frecuente es un principio tematizado por la más aguda doctrina¹⁰ que bien puede y debe desaconsejar la toma de decisiones generados de riesgos democráticos.

10 Explicaba Gordillo: «...Detengámonos pues un poco en esos valores jurídicos que no podemos impunemente violar internamente, sin sufrir consecuencias en el orden interno e internacional. Esos valores son fundamentalmente los relativos a la seguridad y a la justicia, pero cabe incluir en ellos (entre otros) aquellos relativos a la razonabilidad de las medidas que los Estados de Derecho adoptan, lo cual tiene inevitable repercusión sobre las economías nacionales y la economía mundial en la cual se insertan. Dicho en otras palabras, en lugar de incorporar aquí y ahora la referencia al bien común, interés público o al progreso como un dato a armonizar con seguridad y justicia, pensamos que puede ser también útil la referencia a la racionalidad económica». Para complementar la idea: «No pretendemos la sustitución de la noción de bien común o interés público por la de racionalidad económica, sino precisar, a partir del pensamiento de Radbruch, que el bien común no puede ser contrapuesto a la racionalidad económica, que la irracionalidad económica no sirve al bien común y a la inversa la racionalidad económica sí le sirve»; Gordillo, AGUSTÍN GORDILLO, A., Tomo 1. *Fundación de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2013.

- b) El cambio del paradigma de qué se ha entender por acuerdos legislativos posibles, especialmente en lo cargos de control y de la alta judicatura. Es que sin un cambio cualitativo de ello pues la transparencia, la lucha contra la corrupción y la garantía del control judicial suficiente no estarán en los estándares que se necesitan en estos tiempos de debilidad democrática.
- c) El adecuado uso del tiempo en la toma de decisiones estatales.
- d) Separar funcional y orgánicamente la tarea de la alta dirigencia política de las decisiones habituales de las Administraciones públicas pueda acaso elevar los niveles de legalidad, oportunidad y equidad de las mismas. No se trata de más burocracia, solo de mejor burocracia.

VII. Reflexiones provisorias

¿A que debemos anticiparnos mediante la actividad de prevención? En parte a la creciente tendencia a la descalificación de los procedimientos institucionales democráticos de toma de decisión. La «inutilidad» de los procedimientos que llevan a la toma de decisiones estatales es alegada, amplificadas y manipulada desde las propias esferas de quien gobierna no tan solo con la finalidad de descalificar la metodología si no antes bien de «deslegitimar» las atribuciones de los otros poderes del Estado. En realidad, asechan sesgos autoritarios envueltos en supuestas pretensiones ciudadanas no atendidas, con la finalidad de indicar al «adversario» como enemigo de la propia ciudadanía. Explicar que quien gobierna tiene límites, que debe tomar decisiones dentro de un carril procedimental determinado y que no es posible adoptar cualquier decisión sino aquella que permite el sistema constitucional en tanto acuerdo político jurídico es en estos tiempos una proeza casi imposible de lograr.

Nadie «tiene tiempo de escuchar o leer» más de una línea de tantos caracteres. La «rapidez» de las redes sociales utilizadas directa o indirectamente por los gobiernos fomentando la creencia de realidades no existentes ya no es suficiente en el objetivo buscado; se acude también al aparato estatal interno de inteligencia o grupos especializados que dicen actuar en defensa de los intereses nacionales.

No podemos concluir nuestras reflexiones sin al menos dejar indicada la existencia de una suerte de apatía ciudadana por estos tiempos. La apatía no implica culpa en sentido de indicar a la ciudadanía como responsable de aquello que sucede en estos tiempos. Todo lo contrario. En general la apatía hacia «la cosa pública y su gestión» se vincula con los factores de riesgos que afectan la percepción ciudadana de la propia democracia. La incidencia negativa es directa en la zona de confianza ciudadana en la democracia como forma de convivencia pacífica, justa y equitativa en un lugar y momento determinados. Esa ciudadanía protagonista de perseguir su propio desarrollo y resolución de sus necesidades descrece de la dirigencia en general como depositaria de la gestión del bienestar general de la comunidad. Aunque mantenga la convicción que es junto al Estado

y no contra este que los problemas colectivos serán resueltos, sucede el alejamiento entre decisores ciudadanos y gestores gubernamentales. Dicha distancia muchas veces provocada por la indiferencia y la insensibilidad dirigencial proyecta en la ciudadanía parte de esa apatía democrática. Junto a los siempre crecientes niveles de corrupción. La desinstitucionalización toma cuerpo en sensaciones, gestos y palabras mucho más sencillas y elementales que aquellas construcciones grandilocuentes habitualmente teorizadas desde la academia.

Aparece así la democracia deslucida ante los ojos ciudadanos. Para ser aprovechado por aquella dirigencia presta a manipular falsos sentimientos individualistas y nacionalistas. En esa mirada todo aquello que proviene del Estado no sirve al igual que quienes vienen de otros Estados en su condición de inmigrantes son amenazas concretas a cada nacional. Una aldea global en proceso de deshumanización. ¿Seremos capaces de revertir esta realidad?

