

**ITINERARIO LATINOAMERICANO DEL
DERECHO PÚBLICO FRANCÉS**

Homenaje al profesor Franck Moderne

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

*Catedrática de Filosofía del Derecho de la
Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO

*Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN

*Catedrático de Teoría y Filosofía de
Derecho. Instituto Tecnológico
Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

*Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la
Nación y miembro de El Colegio Nacional*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

*Presidente de la Corte Interamericana de Derechos
Humanos. Investigador del Instituto de
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la
Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho Mercantil
de la UNED*

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Catedrático de Derecho Constitucional de la
Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Civil de la
Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA

*Catedrática de Historia del Derecho de la
Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

*Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía
Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA

*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER

*Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
Catedrática de Derecho Internacional de la
Universidad de Colonia (Alemania)*

HÉCTOR OLASOLO ALONSO

*Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad
del Rosario (Colombia) y Presidente
del Instituto Ibero-Americano de
La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO

*Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad Carlos III de Madrid*

TOMÁS SALA FRANCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO

*Magistrado de la Sala Primera (Civil) del
Tribunal Supremo de España*

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad de Valencia*

RUTH ZIMMERLING

*Catedrática de Ciencia Política de la
Universidad de Mainz (Alemania)*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

**ITINERARIO
LATINOAMERICANO
DEL DERECHO
PÚBLICO FRANCÉS**
Homenaje al profesor Franck Moderne

Directores

HUBERT ALCARAZ

ALEJANDRO VERGARA BLANCO

Coordinador

DANIEL BARTLETT BURGUERA

tirant lo blanch

Valencia, 2019

Copyright ® 2019

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© Varios autores

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELEFONO: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 978-84-1313-244-0
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

Autores

Juan Carlos Cassagne
Isaac Augusto Damsky
Libardo Rodríguez Rodríguez
Alejandro Vergara Blanco
Julio Azara Hernández
Rubén Hernández Valle
Ernesto Jinesta Lobo
José Amando Mejía Betancourt
Jorge Vargas Morgado
Pablo Gallegos Fedriani
Iván Obando y Johann Allesch
Christian Rojas Calderón
Héctor Santaella Quintero
María Cristina Vázquez Pedrouzo
José Luis Benavides Russi
Rodrigo Díaz Inverso
Ciro Nolberto Güechá Medina
José Ignacio Hernández González
Víctor Hernández-Mendible
Carlos Villanueva Martínez
Jorge Femenías Salas
Juan Carlos Morón Urbina
Javier Paolino Drocco
Efraín Pérez Camacho
Juan Carlos Henao Pérez
José Miguel Valdivia Olivares
Allan R. Brewer-Carías
Manrique Jiménez Meza
Manuel Alberto Restrepo Medina
Miguel Ángel Torrealba Sánchez

Índice

INTRODUCCIÓN

1. Presentación de los directores	XVII
2. Explicación y agradecimientos del coordinador	XXV
3. Presentación de la obra por Pierre Bon	XXIX
4. Mapa de las visitas y estancias académicas. Listado de textos publicados en/ sobre Latinoamérica	XXXIII
5. Material gráfico, fotografías y otros documentos de las estancias en Latinoa- mérica	XLI
6. Entrevista especial al profesor Tomás-Ramón Fernández Rodríguez.....	LI

ESCRITOS EN HOMENAJE A FRANCK MODERNE

A) La figura de Franck Moderne

Franck Moderne: un perfil humano inigualable y un pensamiento jurídico adaptado a las transformaciones del Derecho Público	75
<i>Juan Carlos Cassagne</i>	
Transformación del procedimiento administrativo y mecanismos participativos. El pensamiento del Profesor Moderne	87
<i>Isaac Augusto Damsky</i>	
Análisis comparativo de las jurisdicciones administrativas de Francia y Colombia: visión a partir de Franck Moderne	105
<i>Libardo Rodríguez Rodríguez</i>	
Para una teoría de los principios jurídicos a partir de la obra de Franck Moderne	125
<i>Alejandro Vergara Blanco</i>	

B) Derecho constitucional y garantías

“La revocación de los mandatos de elección popular” (referéndum revocatorio). Un acercamiento crítico al mecanismo de Revocación de los Mandatos de elección popular establecida en la Constitución Venezolana de 1999.....	145
<i>Julio Azara Hernández</i>	
Los nuevos retos del Derecho Constitucional.....	159
<i>Rubén Hernández Valle</i>	

Aproximación general al control de constitucionalidad a priori en Costa Rica. Homenaje Iberoamericano a Franck Moderne	175
<i>Ernesto Jinesta L.</i>	
Hacia la democracia parlamentaria en Venezuela.....	191
<i>José Amando Mejía Betancourt</i>	
Control de la constitucionalidad actualmente en México	211
<i>Jorge Vargas Morgado</i>	

C) Principios jurídicos y fuentes del Derecho Público

El Derecho Administrativo en Francia y su recepción en el Derecho argentino	225
<i>Pablo Oscar Gallegos Fedriani</i>	
El principio de protección de la confianza legítima ante la doctrina y la jurisprudencia chilenas.....	237
<i>Iván Obando Camino</i> <i>Johann Allesch Peñailillo</i>	
Los principios jurídicos de mensurabilidad y proporcionalidad en el ejercicio de las potestades administrativas	257
<i>Christian Rojas Calderón</i>	
La línea jurisprudencial como instrumento esencial para conocer el Derecho Administrativo.....	275
<i>Héctor Santaella Quintero</i>	
Las fuentes del Derecho Administrativo con especial consideración de los principios generales de derecho.....	289
<i>Cristina Vázquez Pedrouzo</i>	

D) Contratación Administrativa y servicios públicos

¿Existen aún prerrogativas públicas en el contrato administrativo?.....	313
<i>José Luis Benavides Russi</i>	
Interés general y limitaciones a la libertad de empresa en el sector audiovisual, según la jurisprudencia reciente de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay	333
<i>Rodrigo Díaz Inverso</i>	
Las potestades públicas en los contratos del Estado: un mecanismo para garantizar la prestación del servicio público.....	347
<i>Ciro Nolberto Güechá Medina</i>	
El contrato administrativo en el Derecho Administrativo global	367
Una perspectiva Iberoamericana	367
<i>José Ignacio Hernández González</i>	
La regulación de la facturación del servicio público de energía.....	383
<i>Víctor Rafael Hernández-Mendible</i>	

El derecho de los postores al acceso del expediente contractual en los procesos de selección	401
<i>Juan Carlos Morón Urbina</i>	
Modificación de los contratos del estado	425
<i>Manuel Javier Paolino Drocco</i>	
Esquema de condiciones legales contractuales de las asociaciones público-privadas. <i>La concesión de servicios públicos y aprovechamiento de bienes estratégicos</i>	443
<i>Efraín Pérez Camacho</i>	
“Servicios públicos y regulación eléctrica en México. Apuntes en torno a las ideas del profesor Franck Moderne”	465
<i>Carlos A. Villanueva Martínez</i>	

E) Responsabilidad administrativa

El principio precautorio y su aporte a la responsabilidad por daño ambiental en Chile	485
<i>Jorge A. Femenías Salas</i>	
Reflexiones sobre las obligaciones <i>in solidum</i> a partir del escrito del profesor Franck Moderne	511
<i>Juan Carlos Henao Pérez</i>	
Sobre la responsabilidad extracontractual de la administración por daños provocados por sus contrapartes en contratos de construcción en el Derecho chileno.....	539
<i>José Miguel Valdivia Olivares</i>	

F) Contencioso administrativo

Estado de Derecho y contencioso administrativo, o de cómo el control judicial de la Administración desapareció en Venezuela a partir de 2000	559
<i>Allan R. Brewer-Carías</i>	
La nueva modalidad semiformalista del recurso de casación en el código procesal contencioso administrativo (CPCA) de Costa Rica	579
<i>Manrique Jiménez Meza (Costa Rica)</i>	
Elementos para diagnosticar la legitimidad de la justicia administrativa desde su diseño institucional. Una perspectiva del caso colombiano	591
<i>Manuel Alberto Restrepo Medina</i>	
El juez administrativo como juez constitucional en la Constitución venezolana de 1999	611
<i>Miguel Ángel Torrealba Sánchez</i>	

Transformación del procedimiento administrativo y mecanismos participativos. El pensamiento del Profesor Moderne

ISAAC AUGUSTO DAMSKY¹

Resumen ejecutivo: En *El resurgimiento de los procedimientos de democracia semidirecta en los regímenes presidencialistas de América Latina*, el Profesor Moderne trató la prevalencia de la concepción representativa en nuestra ideología constitucional a pesar de los mecanismos participativos desarrollados en las últimas décadas que, en su opinión, se orientan a mejorar el funcionamiento del sistema representativo en lugar de intentar reemplazarlo. Sus puntos de vista orientan la reflexión sobre algunas transformaciones que de *lege lata* pueden producirse sobre el procedimiento administrativo a partir del principio de participación.

Abstract: In the resurgence of the procedures related to semidirect democracy in the Latin American presidential regimes, Professor Moderne discussed the prevalence of the concept of representation in our constitutional ideology. However, the participative mechanisms, that in his opinion, developed in the most recent decades are designed to improve the function of the representative system rather than attempting to replace it. His perspectives influence the manner of thinking as connected to some of the transformations that can affect the administrative procedure originating in the principle of participation.

¹ Profesor Regular Adjunto por Concurso de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fundador de las Asignaturas Optativas “La internacionalización del Derecho Administrativo” y “Técnicas Jurídico Administrativas de Protección y Promoción del Patrimonio Cultural”. Miembro Titular del “*European Group of Public Law*” de la “*European Public Law Organization*” y de su “*European Law and Governance School*”. Miembro Fundador y Titular de las Asociaciones: “Internacional de Derecho Administrativo” y de “Derecho Público del Mercosur”. Miembro Honorario de las Asociaciones Mexicana y Nicaragüense de Derecho Administrativo y Mexicana de Magistrados en lo Contencioso Administrativo. Profesor invitado de Derecho Administrativo en Universidades de América Latina y Europa. Consejero Editorial Internacional de Revistas jurídicas de Derecho Público en América Latina. www.isaacaugustodamsky.com

I.

Con su realismo y sensatez característica, el Profesor Moderne tuvo oportunidad de reflexionar en torno a lo que denominó el “resurgimiento contemporáneo” de los mecanismos de democracia semidirecta en América latina. Lo concretó en un trabajo denominado “El resurgimiento de los procedimientos de democracia semidirecta en los regímenes presidencialistas de América Latina” (en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 6, 2002, pp. 339-359). En dicha oportunidad el autor homenajeado advirtió que en América esta tendencia reside más en los textos que en la práctica, que el apego a la idea de democracia representativa permanece y que las técnicas de la democracia semidirecta cumplen en realidad la función de coadyuvar a la reconfiguración de la democracia representativa. A brindarle nuevas bases de legitimidad. Es decir, en sus palabras, los institutos participativos funcionan como “instrumentos de racionalización (es decir, de control razonado) del poder político” y ello debido a que en nuestras latitudes “la democracia representativa se presenta, por lo general, como una opción legítima no sólo por razones teóricas sino también por razones prácticas, tales como su capacidad para asegurar la gobernabilidad de sociedades compuestas, sociológicamente y económicamente diferenciadas y su aptitud para concretar un control efectivo sobre los gobernantes elegidos”.

Los apuntados señalamientos son de importancia porque tal como lúcidamente explicará “las constituciones que en América Latina han adoptado uno u otro de los mecanismos de democracia participativa han cortado implícitamente un dilema cuyos términos esenciales los exponía la conocida obra de René Capitant hace algunos decenios: entre la democracia semidirecta como única modalidad de ejercicio del poder democrático en sí y la democracia semidirecta como último apoyo de la democracia representativa, es la segunda opción la que ha obtenido muy rápidamente los favores del constituyente latinoamericano”. Explica que ello ha sido posible en nuestro continente americano debido a que “algunas instituciones relativas a esta forma de ejercicio del poder han sido constituidas con ocasión del vasto movimiento de democratización que marcó los años ochenta del pasado siglo en todo el continente latinoamericano”, observando la existencia de un fenómeno que calificó como “democratización de la democracia”. Sin hesitar afirmó que las formas de democracia semidirecta solo se verifican en América latina de manera “prudente y residual” por lo cual “no parece en condiciones de destronar a la democracia representativa clásica”, de suerte que “corresponde más a la preocupación de racionalizar y de mejorar el funcionamiento del sistema representativo que a la voluntad de preparar la sucesión del mismo”.

Sus impresiones —muy brevemente expuestas— sobre la modulación de las ratios participativas en nuestro continente nos enmarcan algunas intersecciones de interés entre la participación y los institutos troncales del derecho administrativo, permitiéndonos trazar inferencias. Y en particular, respecto del procedimiento administrativo nos permite vislumbrar tres ejes de transformación, a partir de la concepción expuesta, que seguidamente plantearé.

I.1.- Así, en mi opinión, los principales núcleos de discusión orientados a la revitalización² del procedimiento administrativo como instrumento discurren hoy en torno a algunas cuestiones principales tales como la necesidad de abordar desde ratios de eficiencia en tutela de los derechos humanos al “principio de colaboración”³ mediante la transformación cultural del rol del abogado —como sujeto, la significancia del conflicto, como objeto y la negociación —como instrumento de acercamiento entre partes. Mi punto de partida se afina en la constatación de una nueva administración pública inscrita dentro de una nueva lógica relacional de lo público y lo privado acorde a nuevas finalidades y retos⁴. No es más la “estadocentrista” —“vicaria exclusiva del interés público” sino una operadora —a veces con mayor preponderancia— de una —acaso “mercado-centrista”— “arena pública”⁵ fuertemente impactada por los fenómenos de internacionaliza-

² Hablar de revitalización es reparar en la labor de los organismos internacionales y lo mucho que se viene discutiendo fronteras afuera en torno a los medios para dotar de mayor eficiencia a la administración pública y sus técnicas de actuación. Un hito, entre otros, lo situamos en los trabajos de la CLAD y la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico —México 2005— y en la labor de ONU exteriorizada en el Informe del Secretario General A/60/114 del 12 de junio del mismo año 2005 sobre administración pública y desarrollo. Se encaró seriamente allí la problemática de la denominada “revitalización” de los sistemas de la administración pública orientados a “convertir las organizaciones de la administración pública en sistemas de prestación de servicios abiertos, participativos, innovadores con intercambio de información y orientados a la obtención de resultados”.

³ Ampliar en: Tawil, Guido Santiago, “El principio de colaboración y su importancia en el procedimiento administrativo”, LL-1985-E-952. También, en: Petrella, Alejandra, en V.V.A.A., “Procedimiento Administrativo, Procedimientos Administrativos en las Provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Legislación - Comentarios”, Pozo Gowland, Héctor, Halperín, David, Aguilar Valdéz, Oscar, Juan Lima, Fernando, Canosa, Armando – Directores, Cap. VI “Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, Tomo V, pp. 247 y ss., B.A., La Ley, 2012, especialmente en p. 278.

⁴ Ampliar en: Márquez Gómez, Daniel, op. cit., p. 79, siguiendo a Barnes, Javier, “Innovación y reforma en el Derecho Administrativo, Sevilla, España, Global Law Press, 2006, p. 13.

⁵ Me remito a lo dicho en: “La internacionalización del ordenamiento jurídico argentino a través del sistema interamericano de derechos humanos”. En “Diritti interni diritto comunitario e principi sovranazionali —profili amministrativistici”— a cura di

ción, globalización y mundialización⁶; estamos frente a un dato con independencia de su percepción.

La administración pública enfrenta nuevos desafíos y reviste nuevos contenidos que deben traducirse en la búsqueda por las técnicas más apropiadas de actuación. En ello se encuentra trastocado —lo veamos o no— el procedimiento administrativo y sus principales técnicas de actuación⁷. De allí que pueda postularse la necesidad de propiciar un cambio cultural que permita superar el tradicional cuño beligerante y adversarial que ha teñido al procedimiento para pasar a una concepción más negociada y de articulación mediante la cual se conforme un marco de real acercamiento entre Administración, Sociedad Civil y sectores económicos, en tiempo oportuno, en tiempo real, como un medio que posibilite concretar los postulados de la tutela administrativa efectiva pero desde una concepción dialógica y no adversarial, insisto, de acercamiento, de formulación de consensos en tiempo real para así evitar uno de los grandes males actuales del procedimiento administrativo —y del proceso judicial— como lo son las demoras excesivas en las tramitaciones, la dificultad para arribar a decisiones afin-

Vera Parasio. Ed. Giuffrè Editore, Roma, 2009, p. 151; “Aproximación a la crisis del sistema de control público a partir de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos”. En *Suplemento de Derecho Administrativo* de Ed. El Derecho, Año XLVII, N° 12307, del 31 de Julio de 2009 – EDA, 2009-546; “El control público en la internacionalización de los ordenamientos jurídicos. Los nuevos horizontes del Defensor del Pueblo”. En Cisneros Farías, Germán; Fernández Ruiz, Jorge; López Olvera, Miguel Alejandro (Coord.) “Ombudsman Local. Memoria del Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo”. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México DF, 2007. P. 151 a 177; “El control público en la internacionalización de los ordenamientos jurídicos. Aproximación a la crisis y transformación del control”. En “Control de la administración Pública. Memoria del Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo”. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México DF, 2007, p. 141 a 173; “Variaciones y contrapuntos en los nuevos sistemas de contratación de actividades económicas públicas en Argentina. Crisis del Estado, crony capitalism y alteración de la gobernabilidad económica”. En *Revista de Derecho Administrativo & Constitucional A&C*, Belo Horizonte, Brasil. Año 2007, N° 27, Enero-Marzo 2007, p. 11 a 42.

⁶ Ampliar en: Cassese, Sabino, “El Derecho Global. Justicia y democracia más allá del Estado” y “Los Tribunales ante la construcción de un sistema jurídico global” y Meilán Gil, José Luis, “Una aproximación al derecho administrativo global”; todos ellos en Sevilla, España, Global Law Press, 2013.

⁷ Ver en: Márquez Gómez, Daniel, ob. cit.. P. 79, con cita a Pichardo Pagaza, Ignacio, “Modernización Administrativa. Propuesta para una reforma inaplazable, México, el Colequio Mexiquense y Facultad de Ciencias Políticas y Sociales UNAM, 2004, pp. 371 y 372).

cadadas en los hechos determinantes y, en todo ello, la sempiterna búsqueda de la anhelada transparencia⁸.

La necesidad de bregar por el paso del cariz adversarial a uno más negocial a través de la revivificación del principio de colaboración es un factor de acercamiento que brinda marco para el desarrollo de escenarios superadores de conflictos, de fortalecimiento y estrechamiento de vínculos entre sociedad civil, estado e iniciativa privada. Quiero remarcar desde el inicio que la efectivización de éste núcleo conlleva, sin dudas, un profundo cambio cultural porque nuestro cuño procesal latino y nuestra práctica profesional se encuentra fuertemente estructurada bajo un sesgo claramente litigioso, adversarial y por ende antagónico a los postulados del principio de colaboración⁹.

En segundo término, profundizar en la implementación de las Tecnologías de la Información al Procedimiento Administrativo¹⁰, todo lo cual resulta facilitador de prácticas participativas de “Gobierno Abierto”. Y en tercer lugar, inscriptos dentro del ideario expuesto por el Maestro Moderne, la pregunta por las transformaciones que debieran seguir operándose sobre el procedimiento a partir del impacto de los postulados de la democracia participativa deliberativa en el marco de prácticas de fortalecimiento de la democracia representativa que posibilitan un cauce de participación de la sociedad civil¹¹. Claramente la transformación del histórico paradig-

⁸ Ampliar en: Ivanega, Miriam, “Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa” (segunda edición actualizada), Ed. RAP, BA, 2013, pp. 117 y ss. y 197 y ss. García Pullés, Fernando, “Tratado de lo Contencioso Administrativo”, Ed Hammurabi, BA, 2004, T. I, pp. 16 a 18, 93 a 102 y especialmente en pp. 329 y ss.

⁹ Ampliar en Caivano, Roque, Gobbi, Marcelo y Padilla, Roberto, “Negociación y mediación, instrumentos apropiados para la abogacía moderna”, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997.

¹⁰ El citado informe del Secretario General de Naciones Unidas A/60/114 resalta la importancia de desarrollar mecanismos que posibiliten optimizar la aplicación de las tecnologías de la información y las comunicaciones a la gestión interna y a los procesos externos de prestación de servicios, a los que considera “elementos predominantes en los sistemas de administración pública bien establecidos”. Precisamente, es útil remarcar, que en los términos del documento la revitalización entraña sencillamente la reorientación de los procesos internos hacia las demandas externas. En su numeral 24 se expone como una de las razones para revitalizar los sistemas administrativos “b) Aplicar las tecnologías de la información y las comunicaciones para mejorar los procesos de gestión interna y los sistemas de prestación de servicios externos, así como promover la automatización de la administración pública (especialmente en el caso de sistemas de administrativos sólidos y en situación de cambio rápido)”.

¹¹ Me remito a mis ideas expuestas en: “Derechos Humanos y mecanismos de interdicción de la morosidad administrativa: una nueva legitimidad”, en VVAA, “El Derecho

ma democrático representativo —que alumbró al constitucionalismo tradicional— a una suerte de nuevo constitucionalismo humanitario de sesgo democrático participativo —o en términos del Maestro Moderne de mayor democratización de la democracia— va impactando progresivamente a las principales instituciones troncales del procedimiento administrativo, trastocándolas y perfilando —casi imperceptiblemente— una singular cantidad de contenidos normativos a reformar, que quiero invitar a discutir *de lege ferenda* en orden a todas éstas nuevas racionalidades a las que entiendo se orienta el nuevo procedimiento administrativo del Siglo XXI.

En todo ello se permite vislumbrar —si bien con mayor o menor perceptibilidad dependiendo los contextos— que acaso el procedimiento administrativo esté hoy, superando el cuño procesal-judicial-privatista originario de carácter bilateral asentado sobre la dialéctica relación adjetiva actor —demandado tributaria de la relación jurídica sustancial acreedor— deudor de fuerte sesgo litigioso y, acaso, adversarial. Vemos en cambio que el procedimiento del siglo XXI viene perfilándose no ya más como bilateral sino progresivamente multilateral, siendo que las antiguas herramientas litigiosas van abriendo paso cada vez más a una dinámica más negocial en busca de consensos y articulación entre todas las partes involucradas.

Ello es en la creencia cada vez más enraizada de que todas las partes convergen en la determinación de un interés público que ya no reconoce más a la Administración Pública como su vicaria exclusiva. De esta manera tenemos que, cada vez más, los procesos de formulación de políticas públicas, toma de decisión e incluso en los de revisión nos encuentran dentro de procedimientos administrativos más abiertos, más democráticos y participativos y mas apartados —como superando— aquel antiguo cariz procesal judicial de carácter bilateral y antagonico.

Tengo para mí que en tales cuestiones convergen el objetivo común de intentar aprovechar toda la riqueza instrumental que tiene como herramienta útil para volver a producir reales acercamientos concretos en tiempo oportuno, que se traduzcan en soluciones efectivas en las que se pueda realizar el tantas veces declamado principio de colaboración resignificado a través de una participación real de la sociedad civil, para intentar acaso superar algunos déficits que perviven —porque en muchos ámbitos y sectores hoy es percibido solo como una formalidad previa inútil o a lo sumo como una prueba de obstáculos— y, en todo ello, intentar explorar

o lograr una resignificación del sistema por intermedio de una reconfiguración tanto de sus bases de legitimidad como principalmente de sus técnicas de actuación, en todo lo cual se compromete la necesidad de —ante todo— trabajar para producir un necesario cambio cultural ínsito en cada uno de los tres aspectos que propongo en esta breve aportación.

II. RECUPERAR AL PRINCIPIO DE COLABORACIÓN

En mi opinión, hay una debilidad que aqueja por igual al proceso judicial y al procedimiento administrativo determinada por un déficit propio de nuestra cultura jurídica afincada en el sesgo claramente adversarial o controversial que atraviesa a las principales instituciones de nuestro derecho procesal en América Latina¹².

Claramente nuestro sistema procesal y nuestra cultura jurídica es marcadamente litigiosa y muy escasamente negocial. Identifico al proceso y al procedimiento administrativo precisamente porque éste último fue estructurado bajo las mismas técnicas de defensa y contradicción propias del proceso judicial¹³ —las que adoptó casi sin cortapisas— no obstante declararse su distinción por un objeto y finalidad afincados en la inveterada postulación de que mientras éste procura aunar los intereses particulares con el interés público mediante la puesta en acto del principio de colaboración¹⁴, aquél presupone una contienda con pretensiones delimitadas por partes debidamente apersonadas ante un tercero imparcial.

Esta identidad es tan marcada que encontramos pocas distinciones trascendentes entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial, de suerte que la más significativa finque en el criterio de unidad de vista que

¹² Ampliar en Caivano, Roque, op. cit., pp. 69 a 72, numeral 1.7 “los abogados y el cambio de perfil profesional”.

¹³ Ver Petrella, Alejandra, ob. cit., p. 257. Explica la autora que el procedimiento administrativo resultó desde siempre construido sobre la base de los principios propios del proceso judicial —entre ellos el principio de contradicción y de defensa en juicio— por lo que, en estos términos, los derechos de raigambre constitucional requieren ser incorporados y garantizados en términos ciertos y efectivos.

¹⁴ Vale la pena señalar que los fundamentos de la norma de procedimientos administrativos de la Ciudad de Buenos Aires, de arquitectura muy similar a la nacional, ilustran respecto de que el régimen local de procedimientos administrativos tiene por finalidad “llevar por fin la posibilidad de que la administración revea sus decisiones con la colaboración del particular evitando, de ser posible, una confrontación en sede judicial”.

imperera en el procedimiento, postulando que desde su inicio hasta la decisión administrativa se cumpla un único hito procesal, a diferencia del proceso jurisdiccional estructurado por etapas preclusivas. Pero aún así, inclusive ésta diferencia, no hace más que demostrar identificación en su sesgo litigioso controversial y la escasa presencia de incentivos institucionales de naturaleza conciliatoria y negocial. Se agrega que el sistema interamericano de derechos humanos mediante la jurisprudencia de la Corte Interamericana —muy positivamente— reforzó la apuntada identidad al promover la vigencia del derecho a las garantías del proceso judicial consagrado en los artículos octavo y veinticinco de la Convención Americana de Derechos Humanos al procedimiento administrativo¹⁵.

Tengo para mí que la extrapolación de las principales técnicas del proceso judicial al procedimiento administrativo haya proyectado en él la misma percepción adversarial que se rigidiza aún más a partir de la sempiterna y contradictoria rigidez del derecho público tradicional —ínsita en nuestra cultura jurídica— que aún hoy —si bien bajo mínimas modulaciones— sigue aferrándose a la declamada indisponibilidad de unos intereses públicos cuya interpretación solo la Administración está facultada a ser vicaria exclusiva y único efector por intermedio de las también inveteradas técnicas de la *potestas* y el *imperium* que, provenientes del derecho romano¹⁶ se cristalizaron en la Lex Vespasiani del 69 DC y habiendo sido objeto de una matizada evolución milenaria que hunde sus raíces en la construcción

¹⁵ Ver: Damsky, Isaac Augusto, “Derechos Humanos y mecanismos de interdicción de la morosidad administrativa: una nueva legitimidad”, en VVAA, “El Derecho Administrativo hoy, 16 años después, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho”, BA, RAP, 2013, p. 527 y ss.

¹⁶ Ampliar en: Giannini, Massimo Severo, “Derecho Administrativo”, MAP, Madrid, 1991, pp. 42 y ss. y Gaius Institutas, texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro, Ed. Librería Jurídica, La Plata, 1967, pp. 8 y 9. Si bien excede en mucho a este trabajo, la piedra fundamental de lo expuesto en este punto puede encontrarse en la letra de las “Institutas” que luce exquisita al explicitar: “En cuanto a las normas jurídicas del pueblo romano, las mismas surgen de las leyes, de los plebiscitos, de los senadoconsultos, de las constituciones imperiales (...) (constitutio principis) es lo que el Emperador establece por decreto, edicto o rescripto (epístula). Jamás se ha dudado que estas decisiones tengan fuerza de ley, puesto que el poder (imperium) mismo del Emperador le es conferido por ley. Ulpiano ratifica lo mismo (...) pero dando la razón jurídica: “aquello que es voluntad del príncipe tiene vigor de ley, ya que por la lex regia llamada también de imperio, el pueblo le ha concedido todo imperio y toda potestad”. Esta lex era la que ratificaba los poderes que tenía el Emperador al momento de asumir el cargo y precisamente por tener la suma de ese poder era que podía determinar la vida legislativa de sus súbditos (...)” {cfr. “Institutas”, op. cit., pp. 6, 8 y 9}.

medieval¹⁷, han contribuido a blindar al sistema de poder, atravesando al período revolucionario¹⁸ y terminando de consolidar en el último siglo esa robusta coraza —digamos cultural jurídica— normativa, doctrinaria y jurisprudencial sobre la presunción de legitimidad y ejecutoriedad propia de actos administrativos, aún enmarcados dentro de una cultura jurídica mayoritaria de justiciabilidad revisora de carácter restrictivo y solo minoritaria, esporádica, circunstancial y espasmódicamente amplificada por las ratios de la demandabilidad plena *a fuer de* tutela efectiva.

Me pregunto, en este marco de estructuración jurídica tradicional aún fuertemente enraizado en nuestra cultura jurídica, ¿Qué lugar efectivo le cabe al principio de colaboración? ¿Qué posibilidad de convergencia existe o cabe entre el Estado vicario del interés público y las necesidades e intereses de la sociedad civil y de la iniciativa privada empresarial? ¿Qué incentivos institucionales reales existen para alentar la articulación, el consenso, la negociación entre los intereses individuales, sectoriales, sociales, económicos con los del estado?

A pesar de que un análisis en profundidad del tema excede en mucho al trabajo y aún a fuer de repetición o insistencia, conviene decir que no es difícil advertir que perviven contradicciones originarias dentro del sistema procedimental administrativo. Si bien desde siempre se lo pensó como un mecanismo de acercamiento y revisión orientado a la articulación de los intereses enmarcado en la pretensa abstracción superadora del interés público, lo cierto es que se lo plasma, afinca y articula casi exclusivamente desde las técnicas propias de contradicción y defensa del proceso judicial tradicional.

Es un dato de la realidad que las normas de procedimientos administrativos no prevén prácticamente ninguna técnica o instancias de acercamiento real que permitan especificar y traducir dentro del articulado de la norma a los grandes principios cardinales en los que se apoyan las finalidades del sistema. Sin especificación concreta de técnicas apropiadas dentro del articulado de la norma, la colaboración, la eficacia y eficiencia, la buena fe y con ella hasta incluso la confianza legítima y la seguridad jurídica¹⁹ quedan a las claras reducidas a una piadosa declamación de buenas intenciones, fuera del con-

¹⁷ Ampliar en Santamaría Pastor, “Fundamentos de Derecho Administrativo-I”, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, en especial pp. 71 y ss.

¹⁸ Ampliar en Santamaría Pastor, ob. cit., en especial su Capítulo Segundo, pp. 72 a 188.

¹⁹ Ampliar en Brewer Carías, Allan R., “Algunos principios generales del derecho administrativo en Venezuela. En particular, sobre el procedimiento administrativo y los efectos del silencio administrativo”, en ob. cit., VVAA, “Estudios Jurídicos sobre Administración Pública”, pp. 13-44.

texto, de la estructura de la norma de procedimiento y de la racionalidad procesal que las inspira y, con todo ello, carentes de fuerza normativa.

Algo similar acontece con los erráticos intentos de desarrollar mecanismos alternativos negociales de solución amistosa de controversias. Tampoco se nos escapa que estos incentivos institucionales negativos encuentran están acentuando la disfunción apuntada. Por ello creo percibir una debilidad determinada por la histórica contradicción —de la cuál el régimen local es tributaria— entre las técnicas procesales de estructuración del procedimiento administrativo bajo un sesgo confrontativo *vis a vis* sus declamados fines de convergencia y síntesis de los intereses públicos y privados a partir de un marco facilitador que reconozca al particular como “colaborador” de la administración y al procedimiento como una instancia facilitadora de un real acercamiento. Claramente, si se mantiene acentuado su cariz netamente contradictorio y litigioso inmersos dentro de una inveterada cultura jurídica latina “adversarial”, es decir, de sesgo eminentemente beligerante o, cuanto no, agresiva, el logro de tales finalidades deviene prácticamente imposible.

Esta concepción latina del conflicto bajo un tinte litigioso-beligerante, en cuyo seno se ha erigido —y aún pervive— el mito del abogado ‘agresivo’ como perfil ideal, en alguna medida ha desconocido, desalentado y, por ende, no ha sabido articular, el desarrollo de instrumentos concretos que promuevan algún nivel de efectividad a las técnicas de negociación, transacción, mediación administrativa y demás mecanismos alternativos de resolución de controversias, a los que sólo acudimos cuando la oprobiosa cotidianeidad nos abrumba con una miríada de causas a tratar, en expedientes sobrecumulados²⁰. Es un hecho notorio que la demanda de justicia supera geométricamente a la capacidad resolutoria del aparato estatal y judicial²¹.

En todo ello hay sin duda un sinnúmero de cuestiones atinentes a la necesidad de propiciar una revitalización, asimismo, del rol del abogado en tanto administrador de conflictos de interés público.

De allí la importancia de comenzar a tematizar de manera integrada las técnicas de actuación del procedimiento administrativo y los mecanismos

²⁰ Ampliar en: Caivano, Roque, Gobbi, Marcelo y Padilla, Roberto, “Negociación y mediación. Instrumentos apropiados para la abogacía moderna”. Ad. Hoc. SRL, BA, 1997, pp. 116, 117).

²¹ Ampliar en: Muñoz, Guillermo, “Silencio de la administración y plazos de caducidad”, Buenos Aires, Astrea, Ensayos 27, 1982, p. 69 y ss.; “Inmunidad del Poder: La inactividad administrativa”, en LL, 1990-B, p. 891, y reeditado en Muñoz, Guillermo y Grecco, Carlos Manuel, “Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo”, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pp. 675 y ss.

alternativos de resolución de controversias, dado que —aún en su estado normativo actual— el régimen de procedimiento contempla instituciones que posibilitan la inserción de los métodos alternos *de lege lata*, pero requiere una profunda transformación cultural y una resignificación de los términos dentro de los cuales ha de inscribirse una discusión actual del conflicto, el rol del abogado y la negociación como instrumento.

La superación y capitalización del conflicto es uno de los grandes desafíos del derecho. Lo percibamos o no, la concepción tradicional procedimental es insuficiente porque la preeminencia de la concepción adversarial y su reflejo en los incentivos institucionales negativos es en gran medida la razón —entre otras— que explica —por caso— la pérdida de legitimidad del procedimiento administrativo como real marco de confluencia y colaboración entre la autoridad y el particular —individuo o empresa— porque precisamente es percibido como una oportunidad procesal inútil.

Por esto es que coincido con quienes postulan la necesidad de reformular la teoría procesal y repensar al conflicto, al rol del abogado y a una de sus técnicas principales de optimización resolutive: la negociación.

Debemos resignificarlo como una instancia que posibilita, mediante un adecuado abordaje negociador, una oportunidad de desarrollo de mayor entendimiento y sinergia. Negociar es algo más que intentar lograr una solución acordada, presupone una *búsqueda de acuerdos posibles* orientadas al *mejor resultado posible*, entendiendo que no presupone una victoria sobre el adversario mediante el ejercicio de un poder de imposición. Éste es solo útil en el corto plazo y absolutamente inútil en relaciones a largo plazo, tales como la ejecución de contratos administrativos de prolongado alcance. Imponer el poder sólo genera ánimo de revancha, se corona mediante estilos confrontativos y opera como catalizador de nuevas divergencias siempre de mayor intensidad²².

Sin embargo insisto, resignificar todos éstos elementos para reconfigurar al principio de colaboración requiere, ante todo de un profundo cambio cultural. Porque insisto nuestra realidad administrativa posee un muy cargado y marcado sesgo adversarial con lo cual el reclamo, el recurso y la acción contencioso administrativa lejos de disolver las tensiones del conflicto o de erigirse en una instancia de acercamiento, articulación y fortalecimiento de vínculos, posee el serio riesgo de acentuar la escalada de beligerancia y generar nuevos conflictos de mayor intensidad que ahonden más la brecha

²² Ampliar en Caivano, Roque, ob. cit., pp. 117 y ss.

y distancia entre las partes, quienes por tal motivo perderán la oportunidad de afianzar vínculos de colaboración, con el consecuente incremento de costos litigiosos y desperdicios de energías productivas. Señores, ningún cliente empresario —en su sano juicio— quiere un pleito. Prefiere ceder ante el omnímodo poder de imposición estatal, huir a otros escenarios de negocios más promisorios, reconocerá su error estratégico de invertir de una plaza determinada, pero eso sí, no cometerá dos veces el mismo error.

III. PENSANDO AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO A TRAVÉS DE LOS POSTULADOS DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA Y PARTICIPATIVA

Avancemos hacia el tercer núcleo: el impacto que debiera tener sobre el procedimiento administrativo los postulados de la democracia participativa deliberativa reconocidos en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Sobre estas cuestiones se viene discutiendo abundantemente en los últimos tiempos porque solemos reconocer como debilidad estructural del procedimiento administrativo vigente su inadecuación a estas racionalidades acaso inspiradas en el ideario de John Rawls²³, Jûrgen Habermas²⁴, Carlos Nino²⁵ y otros autores²⁶.

Claramente nuestra cultura jurídica en materia de procedimiento administrativo se acuño a la luz del clásico modelo constitucional “democrático

²³ Ver Rawls, John, “La justicia como equidad. Una reformulación”, Barcelona, España, Ed. Paidós, serie: Estado y sociedad, 2002.

²⁴ Ver Habermas, Jûrgen, “Facticidad y validez”, Madrid, Ed. Trotta, 1998, “Aclaraciones a la ética del discurso”, Madrid, Ed. Trotta, 2000, “Verdad y justificación”, Madrid, Ed. Trotta, serie Ensayos filosóficos, 2002, para quien “la democracia no es un mero agregado de intereses o preferencias sino un complejo mecanismo deliberativo para definir que preferencias, qué instituciones, qué políticas públicas están o deben ser justificadas”.

²⁵ Ver Nino, Carlos Santiago, “La constitución de la democracia deliberativa”, Barcelona, España, Ed. Gedisa, 1997, entre otros, para quien la democracia se legitima en la discusión, debate, apertura y participación.

²⁶ Ver, entre otros principales, los siguientes trabajos y obras: Haberle, Peter, “Pluralismo y constitución”, Madrid, Tecnos, 2002; Pettit, Philip, “Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno”, Barcelona, España, Ed. Paidós, serie: Estado y sociedad, 1999; Fearon, James, “La deliberación como discusión”, en Elster, Jon, “La democracia deliberativa”, Barcelona, España, Ed. Gedisa, 2001; Porras Nadales, Antonio, Representación y democracia avanzada, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates N° 50, 1994.

representativo”. Se estructuró, consolidó e internalizó en nuestra cultura jurídica a partir de las categorías tradicionales en su formulación clásica, obturando la adecuada percepción de las nuevas racionalidades positivizadas en la constitución argentina reformada. La cuestión no es semántica ni fortuita porque —como sabemos— las distintas improntas constitucionales debieran impactar y modular en uno u otro sentido el contenido de una norma de procedimientos administrativos. Así tenemos que en la concepción tradicional de la democracia representativa, de carácter *estadocentrista*, el poder de decisión se centra en el efector de poder. El procedimiento administrativo es el cauce exclusivo de expresión de una voluntad estatal cuya legitimidad se encuentra asegurada en la legalidad de las formas; por caso, la legitimidad de un contrato administrativo casi exclusivamente se sustenta en la estricta observancia de formas esenciales de corte licitatorio pero desvinculado de las ratios de su contenido.

La administración pública luce tradicionalmente como vicaria exclusiva de los intereses generales. El órgano y el ente administrativo disponen de amplias facultades y potestades concentradas en una intensa prerrogativa dotada de una ejecutoriedad robusta y un hábito de discrecionalidad muy amplio y cimentado —aún con las cortapisas actuales— que reduce al particular a muy limitadas capacidades de intervención solo necesaria y siempre subsanables, de escasas garantías operables en tiempo real, encorsetadas dentro de ambiguas situaciones jurídicas subjetivas de interpretación restrictiva y a esporádicas convocatorias a ejercer una participación no vinculante, secundaria y siempre bajo limitados parámetros de control administrativo y judicial de corte exclusivamente revisor, enmarcado dentro de muy limitadas pretensiones procesales condicionadas todas por innumerables vallados formales.

En cambio, la situación es sensiblemente distinta a partir del impacto de las técnicas de la democracia deliberativa participativa, en la cual los representados tienen mecanismos directos y regulares de inexcusable intervención previa y vinculante así estipulados dentro de los respectivos procedimientos administrativos, integrando a los particulares y a la sociedad civil al proceso de toma de decisión porque se trata de la legitimación del procedimiento y no de la legitimación a través del procedimiento, ya que este modelo ve en la Constitución un proceso abierto, una tarea que debe ir realizándose y que coincide con el principio de que la democracia es un proceso que garantiza la configuración de múltiples alternativas a favor de los diversos grupos de la sociedad. Se moldea así un sistema más horizontal y dinámico que posibilita una inserción del particular y de la sociedad civil de carácter integral y sistemático en las decisiones públicas, respecto del cual los mecanismos de participación ciudadana conforman una exteriori-

zación del componente expuesto. A las claras, en la idea de Moderne, se actualiza a la democracia representativa mediante la progresiva integración de éstos mecanismos participativos en la cultura cívica.

Se parte de una premisa: la regla de la mayoría no garantiza necesariamente la imparcialidad de la decisión. Ésta debe contemplar las posiciones de todos los interesados e involucrados en el conflicto para evitar deslegitimaciones provenientes de su tacha de parcialidad. De allí que se propicie la llamada colegiación de las decisiones orientada a fortalecer el componente de imparcialidad de una decisión pública a la que se aspira como producto de una participación inclusiva²⁷.

También amplía las categorías de legitimación procesal junto con los derechos, las facultades y las garantías procesales de los particulares; reconfigura a las tradicionales formas de *participación* no vinculante —actualmente más cercanas al desahogo que a la efectividad— y las jerarquiza elevándolas al carácter de *intervención* previa y vinculante, al tiempo que reduce considerablemente los condicionantes formales de articulación de peticiones, pretensiones y ejercicio del control administrativo y judicial, ya no reducido a los estrechos parámetros revisores. Por caso, ensambla dentro del régimen general del procedimiento como instancia estructurada, previa y vinculante, a las reglas de participación ciudadana, instituciones propias del corte deliberativo participativo como ser las normas de acceso a la información y audiencias públicas.

Esto último es importante porque el modelo deliberativo participativo entiende que la democracia es una cuestión de procedimientos y resultados y que ambos deben ser públicos, pues para comprender el resultado es necesario entender el procedimiento y cómo éste se gesta²⁸. Necesita entonces de la publicidad y de la transparencia porque esas características favorecen el control por los particulares y la sociedad civil y la rendición de cuentas, al tiempo que promueven las condiciones para que los distintos sectores se involucren desde sus inicios en la formulación de las políticas públicas.

²⁷ Ampliar en: Cárdenas Gracia, Jaime, ob. cit., p. 59 y en: Nino, Carlos Santiago, “La constitución de la democracia deliberativa”, Barcelona, España, Ed. Gedisa, serie: Filosofía del Derecho, 1997, pp. 154 a 198.

²⁸ Cfr. Cárdenas Gracia, Jaime, “El modelo participativo deliberativo”, en “Cuestiones Constitucionales, N° 11, Instituto de Investigaciones Jurídicas-U.N.A.M., México, julio-diciembre 2004, p. 75.

De esta manera encontramos a los ciudadanos y a la sociedad civil integrados a un poder público, ya no más sujeto titular exclusivo de la formulación e implementación de las políticas públicas —operando un deseable y consecuente empoderamiento de la sociedad civil— al posibilitar a los particulares y actores de la sociedad civil un nivel superior de intervención efectiva que los prefigure como *sujetos activos con capacidad de intervención* y no meros *sujetos pasivos destinatarios revisores*, del sistema.

IV. PROSPECTIVA

A la luz de los órdenes de cuestiones brevemente trazadas dentro del marco explicitado por el Maestro Moderne, corresponde identificar algunas necesidades de desarrollo del procedimiento administrativo:

Primero, transparentar los ciclos de gestión e implementación de políticas públicas, reglamentos y actos individuales desde su formulación comprendiendo su fase previa e inicial y sus actos preparatorios, traducido ello en la necesidad de extender y especificar las previsiones normativas sobre mecanismos de publicidad para facilitar la toma de conocimiento y el acceso a la información efectivo. Hoy, la tecnología de la información hace posible transparentar todos los ciclos de gestión, desburocratizándolos y es, por otra parte, inestimable vehículo de canalización de las peticiones individuales y la participación.

Segundo, efectivizar —en los ordenamientos rituales administrativos— las categorías de legitimación procesal de carácter colectivo mediante el desarrollo de previsiones que les brinden tratamiento especial, preestablezcan sus alcances y distingan los supuestos ordinarios de participación que carecen de vinculatoriedad respecto de otros que sí la poseen y, que por tal motivo, no traducen participación sino intervención dada su virtualidad, trascendencia y aptitud para engendrar derecho a decisión fundada.

Tercero, en orden al afianzamiento del cardinal derecho humano a la buena administración se debe propiciar la reformulación de la teoría del acto administrativo principalmente extendiendo la fuerza expansiva de su normación a todos los actos de gobierno que revistan interés jurídico con derogación de toda rémora perviviente de cuestiones no justiciables y de zonas de reserva, resignificando la discrecionalidad y especificando las concretas técnicas que posibiliten su control efectivo. En parejo orden se determina la necesidad de reconfigurar los elemen-

tos esenciales de validez del acto mediante el fortalecimiento del deber de motivación circunstanciado, para procurar aventar las tautológicas desinterpretaciones de la discrecionalidad. También, preestableciendo cuáles clases de actos se encuentran al amparo de la presunción de legitimidad y su ejecutoriedad propia, especificando los requisitos de configuración con limitación de su alcance según pautas de trascendencia, entre muchos otros aspectos a revisar.

Cuarto, integrar los distintos regímenes en materia de audiencias públicas, acceso a la información y elaboración participada de normas —entre otros— dentro de la norma de procedimientos administrativos bajo un cariz dialógico para optimizar su interdependencia, indivisibilidad y progresividad en tanto mecanismo promotor de la efectividad del sistema de Derecho, enmarcados en una democracia sustancial.

Quinto, desarrollar normativamente al principio de colaboración mediante la especificación de sus contenidos y técnicas de acercamiento concreto que sirvan de base a la apertura de instancias contenedoras del desarrollo de mecanismos efectivos de negociación, incluso en fases preparatorias para fingir como auténticos medios preventivos de conflictos.

V. INVOCACIÓN FINAL

Creo que, a esta altura de los tiempos, promediando la segunda década del Siglo XXI, nos debemos un debate abierto que nos permita superar las graves contradicciones que deslegitimaron a nuestro procedimiento administrativo. Revitalizarlo, en mi opinión, requiere ante todo una reflexión crítica y previa. Presupone reconocer que durante muchos años hemos hablado de los derechos pero los hemos pensamos desde el poder; hemos pontificado la tutela efectiva pero al mismo tiempo hemos justificado las cortapisas procesales; hemos repelido la corrupción pero olvidando que muchas veces la interpretación de nuestro derecho público la promueve; hemos bregado por el imperio de las formas esenciales pero postergamos la discusión de los contenidos y las sustancias; y finalmente propiciamos el cambio y la modernización de nuestros sistemas pero seguimos olvidando la originalidad de nuestro derecho público latinoamericano. De allí la importancia de la visión realista del Maestro Moderne en torno a la participación y su impacto sobre instituciones centrales como el procedimiento administrativo para posibilitarnos pensar a la participación bajo criterios de realidad; porque me resisto a creer y a sentir que ese anhelo de democracia y participación que debiera iluminar nuestro paso al nuevo derecho

público del siglo 21 quede reducido a un arrumbado catálogo de piadosas intenciones. Pensar la novedad desde su contexto, ese es nuestro desafío. Que así sea.

BIBLIOGRAFÍA

- BARNES, Javier (2006): “Innovación y reforma en el Derecho Administrativo, Sevilla, España, Global Law Press.
- BREWER CARIAS, Allan R. (2012): “Algunos principios generales del derecho administrativo en Venezuela. En particular, sobre el procedimiento administrativo y los efectos del silencio administrativo”, en VVAA, “Estudios Jurídicos sobre Administración Pública”.
- CAIVANO, Roque, GOBBI, Marcelo y PADILLA, Roberto (1997): “Negociación y mediación, instrumentos apropiados para la abogacía moderna”, Buenos Aires, Ad-Hoc.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime (2004): “El modelo participativo deliberativo”, en “Cuestiones Constitucionales, num. 11, Instituto de Investigaciones Jurídicas-U.N.A.M., México, julio-diciembre.
- CASSESE, Sabino (2013): “El Derecho Global. Justicia y democracia más allá del Estado” y “Los Tribunales ante la construcción de un sistema jurídico global” Sevilla, España, Global Law Press, 2013.
- DAMSKY, Isaac Augusto (2013): “Derechos Humanos y mecanismos de interdicción de la morosidad administrativa: una nueva legitimidad”, en VVAA, “El Derecho Administrativo hoy, 16 años después, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho”, BA, RAP.
- (2009a): “La internacionalización del ordenamiento jurídico argentino a través del sistema interamericano de derechos humanos”. En “Diritti interni diritto comunitario e principi sovranazionali —profili amministrativistici”— a cura di Vera Parasio. Ed Giuffrè Editore, Roma.
- (2009b): “Aproximación a la crisis del sistema de control público a partir de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos”. En Suplemento de Derecho Administrativo de Ed. El Derecho, Año XLVII, N° 12307, del 31 de Julio de 2009 - EDA.
- (2007a): “El control público en la internacionalización de los ordenamientos jurídicos. Los nuevos horizontes del Defensor del Pueblo”. En Cisneros Farías, Germán; Fernández Ruiz, Jorge; López Olvera, Miguel Alejandro (Coord.) “Ombudsman Local. Memoria del Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo”. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México DF, p. 151 a 177.
- (2007b): “Variaciones y contrapuntos en los nuevos sistemas de contratación de actividades económicas públicas en Argentina. Crisis del Estado, crony capitalism y alteración de la gobernabilidad económica”. En Revista

- de Derecho Administrativo & Constitucional A&C, Belo Horizonte, Brasil. Año 2007, N° 27, Enero-Marzo, p. 11 a 42.
- FEARON, James (2001): “La deliberación como discusión”, en Elster, Jon, “La democracia deliberativa”, Barcelona, España, Ed. Gedisa.
- DI PIETRO, Alfredo (1967): introducción, traducción, y anotación del Gaius Institutas, Ed. Librería Jurídica, La Plata.
- GARCÍA PULLÉS, Fernando (2004): “Tratado de lo Contencioso Administrativo”, Ed Hammurabi, BA.
- GIANNINI, Massimo Severo (1991): “Derecho Administrativo”, MAP, Madrid.
- HABERLE, Peter (2002): “Pluralismo y constitución”, Madrid, Tecnos.
- HABERMAS, Jûrgen (2002): “Verdad y justificación”, Madrid, Ed. Trotta, serie Ensayos filosóficos.
- (2000): “Aclaraciones a la ética del discurso”, Madrid, Ed. Trotta.
- (1998): “Facticidad y validez”, Madrid, Ed. Trotta.
- IVANEGA, Miriam (2013): “Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa” (segunda edición actualizada), Ed. RAP, BA.
- MEILÁN GIL, José Luis (2013): “Una aproximación al derecho administrativo global”; todos ellos en Sevilla, España, Global Law Press.
- Muñoz, Guillermo (1982): “Silencio de la administración y plazos de caducidad”, Buenos Aires, Astrea, Ensayos 27.
- (1999): “Inmunidad del Poder: La inactividad administrativa”, reeditado en Muñoz, Guillermo y Grecco, Carlos Manuel, “Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo”, Buenos Aires, Ad-Hoc.
- NINO, Carlos Santiago (1997): “La constitución de la democracia deliberativa”, Barcelona, España, Ed. Gedisa.
- PETTIT, Philip (1999): “Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno”, Barcelona, España, Ed. Paidós, serie: Estado y sociedad.
- PETRELLA, Alejandra (2012): “Procedimiento Administrativo, Procedimientos Administrativos en las Provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Legislación - Comentarios”, en V.V.A.A Pozo Gowland, Héctor, Halperín, David, Aguilar Valdéz, Oscar, Juan Lima, Fernando, Canosa, Armando – Directores, Cap. VI “Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, Tomo V, pp. 247 y ss., B.A., La Ley.
- PICHARDO PAGAZA, Ignacio (2004): “Modernización Administrativa. Propuesta para una reforma inaplazable, México, el Colequio Mexiquense y Facultad de Ciencias Políticas y Sociales UNAM.
- PORRAS NADALES, Antonio (1994): Representación y democracia avanzada, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates N° 50.
- RAWLS, John (2002): “La justicia como equidad. Una reformulación, Barcelona, España, Ed. Paidós, serie: Estado y sociedad.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (1988): “Fundamentos de Derecho Administrativo-I”, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces.
- TAWIL, Guido Santiago (1985): “El principio de colaboración y su importancia en el procedimiento administrativo”, LL-1985-E-952.