

GLOBALIZACIÓN: SUS PROYECCIONES SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. EN BUSCA DE UNA MIRADA EQUILIBRADA...


Por Mg. María José Rodríguez

SUMARIO

1. La globalización como contracara de las soberanías nacionales sobre las que se apoya el derecho administrativo	02
1.1. La globalización como universalización de una cultura	02
1.2. La globalización y el desafío a la noción de soberanía y de Estado (westfaliano)	04
2. La gobernanza o buen gobierno como contenido imperado por el fenómeno de la globalización	07
3. La gobernanza como “gobierno abierto”	07
3.1. “Gobierno abierto”: en qué consiste	09
3.2. Sucinta descripción de las características o ejes sobre los cuales se estructura el “gobierno abierto”: transparencia e integridad, participación, colaboración	12
a) La transparencia y la integridad	12
b) La participación y colaboración (cooperación). Cocreación	17
3.3. Transparencia, integridad, participación, colaboración y desarrollo económico y humano	21
4. La sustancial coincidencia entre las notas que caracterizan la esencia del llamado “gobierno abierto”, como fisonomía actual de la gobernanza y las que definen a la globalización de la contratación pública	22
5. Las fuentes jurígenas del derecho de los contratos públicos globalizado (o los principales actores)	24
6. Los principios de la contratación administrativa de recibo por el ordenamiento positivo argentino	28
a) Transparencia	29
b) Integridad y responsabilidad de los funcionarios	30
c) Participación y cocreación	30
d) Razonabilidad	31
e) Igualdad y no discriminación	32
f) Concurrencia de interesados y competencia de oferentes	33
7. Epílogo	33

1. LA GLOBALIZACIÓN¹ COMO CONTRACARA DE LAS SOBERANÍAS NACIONALES SOBRE LAS QUE SE APOYA EL DERECHO ADMINISTRATIVO

1.1. La globalización como universalización de una cultura

Se suele señalar que la globalización consiste en un fenómeno que implica “una clara apertura de parte de los países al comercio internacional y al respeto por el sistema democrático y a los derechos humanos como valores universalmente entendidos”²; esta apertura que pivota en una marcada interconexión e intercomunicación, ciertamente provocada y estimulada por las nuevas tecnologías, genera una nueva realidad social, cultural, política que se suele denominar “globalización”. Al respecto, se advierte que la globalización es una noción polisémica que debe ser referenciada a un contexto, es decir, que puede concretarse en diversos ámbitos³.

La globalización “jurídica” implica en lo sustancial, una unidad del orden jurídico que traspasa fronteras y soberanías y que parece reeditar el viejo “orden jurídico medieval”⁴ con nuevos contenidos cimentados por cierto sobre nuevas bases filosóficas, no necesariamente ajenas a las que generaron aquel.

Si bien la mentalidad occidental nos lleva a universalizar los juicios y a creer en su absoluta vigencia, debemos admitir que el fenómeno en análisis se da singularmente en lo que denominamos todavía hoy civilización occidental que coexiste y compite con otras culturas como lo explica Samuel HUNTINGTON⁵.

Para SUPLOT, la globalización es la última etapa de un proceso plurisecular de mundialización cuyo origen puede remontarse al Renacimiento y a la conquista del nuevo Mundo. Este proceso se ha siempre identificado a la dominación ejer-

1. Este término es utilizado singularmente en el contexto de los idiomas inglés y alemán; en francés, se suele aludir al mismo fenómeno como “mundialización” (mondialisation), v. SUPLOT, Alain, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Éditions du Seuil, Paris, 2005, p. 142, nota a pie.

2. AGUILAR VALDÉS, Oscar R. “Sobre las fuentes y principios del derecho global de las contrataciones públicas”, *Revista de Derecho Administrativo* N.º 75, “Estudios”, ps. 1 a 32, v. en esp., p.1 a 2.

3. *Ibidem*, p. 1, nota a pie n.º 2.

4. AGUILAR VALDÉS, Oscar, *op. cit.*, p. 4.

5. HUNTINGTON, Samuel P., *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Paidós, Estado y Sociedad, ps. 76 a 77.

cida por los países occidentales sobre los demás. Esta dominación —explica— no ha reposado en una supuesta superioridad física o moral de Occidente sino sobre el poder material que extrae de su ciencia y de su tecnología⁶.

La extensión al mundo entero de la ciencia y de las técnicas occidentales y de la economía de mercado que lo acompaña plantea hoy una cuestión que no tiene nada de nuevo: ¿existen creencias comunes a toda la humanidad, en otros términos, valores universalmente reconocidos o bien observados susceptibles de proveer una base institucional a esta globalización...? ¿O, en cambio, los sistemas dogmáticos son impermeables los unos frente a los otros y no pueden más que ignorarse o hacerse la guerra?⁷

Esta cuestión —prosigue SUPIOT— es, en primer lugar, la cuestión de los derechos del Hombre. Ella opone a quienes creen en su universalidad y a quienes no creen. Para unos, los derechos del Hombre proveen al mundo globalizado las tablas de la ley universal de las que este necesita, mientras que los otros, no ven más que “derechos del hombre blanco” que sirven a legitimar la dominación de Occidente sobre el resto del mundo. El rechazo de los derechos del Hombre respecto de los cuales las experiencias dictatoriales, totalitarias o coloniales de occidente han dado al mundo múltiples ejemplos, se encuentra así en vías de ganar los espíritus de numerosos habitantes de los países que han sufrido su dominación⁸.

Advierte que es sobre el terreno de las creencias que se plantea la cuestión de los derechos del Hombre. Toda reflexión sobre el tema debe tomar en cuenta su naturaleza dogmática y reconocer que ellos son los artículos de un credo emanado de los valores de la cristiandad occidental. Pero esta cuestión dogmática no puede conducir a descalificarlos. Un dogma es también un recurso, quizás el más indispensable a la vida humana, pues los hombres deben atribuir un sentido a la existencia, aun cuando no sea demostrable. Encontrar este sentido es imperativo para ellos bajo pena de caer en el sinsentido o en la locura individual o colectiva⁹.

6. SUPIOT, ALAIN, op.cit., p. 275.

7. SUPIOT, Alain, op. cit., p. 275.

8. *Ibidem*, p. 276.

9. *Ibidem*, p. 277.

Dado que no podemos actuar libremente sin referencias aseguradas que den sentido a nuestra acción, los derechos del Hombre –continúa SUPLOT– participan en la empresa tecno- científica como recursos dogmáticos¹⁰. Por un lado, el discurso de los derechos del Hombre la legitiman; pero por el otro, sirven a canalizarla; a evitar que devenga una empresa de deshumanización. El repertorio de atrocidades inéditas cometidas en el siglo XX muestra cómo esta última función es indispensable y adónde puede conducir una tecnociencia emancipada de la dogmática de los derechos del Hombre. Pero para que la dogmática de los derechos del Hombre continúe a cumplir con esta funcionalidad es necesario que su interpretación evolucione a medida del desarrollo histórico y de la extensión geográfica de las ciencias y de la técnica. Ello supone que los no occidentales se apropien de los derechos del Hombre y enriquezcan su sentido y alcance. Solo de esta forma, los derechos del Hombre cesarán de ser un credo impuesto a la humanidad para devenir un recurso dogmático común abierto a la interpretación de todos¹¹.

1.2. La globalización y el desafío a la noción de soberanía y de Estado (westfaliano)¹²

Esta unidad de creencias se trasunta en una unidad jurídica que irradia a los sistemas jurídicos nacionales y que desafía la noción de soberanía que sustenta el carácter local del derecho administrativo¹³. Este desafío alcanza incluso la legitimación democrática de los ordenamientos nacionales en tanto la globalización impone de hecho, por su “ascendiente”, fuentes que trascienden los sistemas nacionales de formación de las normas legales, signados estos últimos, por el principio democrático.

10. Ídem.

11. Ídem.

12. En efecto, tal como remarca SUPLOT, la globalización lleva implícita una contradicción que se explica en que la cultura occidental en puridad se origina en una referencia religiosa única que con la secularización, explota y genera la aludida contradicción insalvable. De un lado el Estado y el derecho reposan sobre fundamentos nacionales y la sociedad internacional es concebida como una sociedad de Estados. Pero por el otro, subsiste la idea romano-canónica de una soberanía universal y de un *ius commune* aplicable a la humanidad entera (SUPLOT, Alain, op. cit., p. 284)

13. AGUILAR VALDÉZ, Oscar, op. cit., ps. 1 a 2.

En tal sentido se ha expresado que las expresiones de soberanía local como la economía de Estado y el Derecho no tienen más lugar en el modelo imperial que regresa bajo la máscara de la mundialización¹⁴.

Lo cierto es que el fenómeno es complejo y admite diferentes miradas, algunas elogiosas, otras posiblemente críticas. En efecto, en tanto la globalización implica la vigorización de los principios generales del derecho que constituyen un fondo jurídico común, que se explica en la pertenencia a una cultura común, la occidental, toda armonización jurídica de regímenes normativos, resulta valiosa; pero en la medida en que este proceso resulte consecuencia de una “autoapropiación” —libre y espontánea— por parte de los países involucrados o irradiados.

No debe olvidarse que las normas deben ser claras y conocidas, fácilmente identificables.

Y que, en definitiva, el contenido concreto de los principios generales del derecho en sí, refleja valores antropológicos y sociales consolidados por el Estado de Derecho que surge en la mencionada civilización occidental: se trata de principios que se encuentran en línea con una concepción personalista y solidaria del ser humano, respetuosa de su dignidad.

Pero junto con estos aspectos positivos, no se nos escapa que la globalización al mismo tiempo, por el impacto que tiene el desarrollo tecnológico actual, convierte, en no pocas ocasiones, las reglas técnicas (funcionales, procedimentales) en reglas de derecho y puede llegar a consagrar la razón instrumental o pragmática¹⁵ por encima de las exigencias del bien común o favorecer intereses sectoriales

14. SUPLOT, Alain, op. cit., Prologue, p. 29. Este autor considera que la utopía de un mundo globalizado que comulgaría en *pidgin English* (lingua franca o vehicular), los valores del mercado y de los derechos del Hombre abunda en desaciertos y frustraciones; expresa: “L’individualisme radical qui a saisi la pensée juridique conduit à transporter dans une Loi intangible les croyances sur lesquelles le Droit s’est édifié et à faire régner cette Loi sur le monde entier. On verse alors dans un fondamentalisme occidental qui ne peut que nourrir en retour les fondamentalismes issus des autres systèmes de croyances. (...) La dissolution du Droit objectif dans une collection de droits individuels garantis par une Lois supposée universelle nous engage ainsi à coup sûr dans le ‘choc de civilisations’, croyance contre croyance, les armes à la main” (SUPLOT, op. cit., ps. 29 a 30).

15. Esta razón instrumental o pragmática que desconoce una jerarquía ontológica de fines y culmina en una ciencia sin conciencia, deshumanizando al mundo, fue objeto de la crítica de la Escuela de Francfort, desde postulados marxistas, singularmente a través del pensamiento de autores como Max Horkheimer y Theodor W. Adorno (v. HERNANDEZ PACHECO, JAVIER, *Corrientes Actuales de Filosofía. La Escuela de Francfort*, Tecnos, Madrid, 1996, ps. 62 a 110; v. también URDANOZ, Teófilo, O.P., *Historia de la filosofía*, tomo VIII, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1985, ps. 102 y ss.).

(normalmente de los grupos más poderosos o con mayores recursos) sin el debido tamiz político —nacional—. Ello, como se dijo, en virtud del posible déficit democrático nacional¹⁶ que muchas veces encontramos en las fuentes del derecho globalizado, en tanto se originan por “encima de los Estados” y son normas a las que los Estados muchas veces deben recurrir —más por necesidad que por decisión propia— en una suerte de competencia jurídica¹⁷ o de calidad institucional, para atraer inversiones o simplemente “estar” en el concierto del mundo llamado civilizado.

En definitiva, si el contenido de las normas supuestamente impuestas por la fuerza de los hechos, “para estar en el mundo o para estar en el mercado”, es valioso, ¿resulta deslegitimado por este origen extranacional, transnacional o supra nacional...? Ese parece ser el interrogante que debemos elucidar.

En ese marco, quizás el desafío actual de la ciencia jurídica y política con respecto a la globalización, pase por la teorización filosófica, científica y política del fenómeno, poniendo de resalto sus virtudes e iluminando sus falencias en orden a su corrección¹⁸.

Porque los presupuestos fácticos de la globalización, la intercomunicación e interconexión extremas que permiten las nuevas tecnologías, generan distintas relaciones entre las personas, de las personas con el tiempo y el espacio, y de las personas con el mundo en general, así como nuevas significaciones; estos presupuestos fácticos no parecen haber llegado para irse, sino para quedarse.

Y lo cierto es que la fuerza constrictora del derecho globalizado reside más en eficacia jurídica (*le droit de qui marche* o la *what works policy*), en su “deseabilidad”

16. Queremos significar con la denominación de déficit democrático al origen externo o transnacional, no al contenido de la norma consagrada; se trataría en cierta medida de un problema de legitimidad de origen y no de legitimidad material.

17. AGUILAR VALDÉZ, op. cit., p.28.

18. Advierte SUPIOT que la globalización solo será viable si es repensada no como un proceso de uniformización de los pueblos y de las culturas, pero sí como un proceso de unificación que se nutre de su diversidad en lugar de ocuparse por hacerla desaparecer. Postula así que una adecuada hermenéutica de los derechos del Hombre debe formar parte integrante de los problemas generados por la liberalización de los intercambios económicos. En tal sentido remarca la ausencia de cláusula social en los tratados de comercio internacional. Refiere que la OMC ha claramente hecho saber que fuera de las cuestiones muy puntuales alcanzadas por sus estatutos, la suerte de las personas no resultaba de su resorte (SUPIOT, Alain, op. cit., p. 313).

por parte de los operadores sociales, económicos y jurídicos (*desiderabilité*)¹⁹, que en la coacción o coerción propiamente dichas, lo cual lo hace aún más imperativo en los hechos. De allí que el Derecho y la Política que tienen como norte, la Justicia y el Bien Común, —no una mera eficacia funcionalista que atiende a la lógica del mercado y que sin correctivos y contrapesos, es darwinista—, deben siempre enderezar esa razón instrumental²⁰, esa lógica de eficacia hacia a las mencionadas exigencias de la Justicia y el Bien Común²¹, convirtiéndola en una lógica teleológica y axiológica.

2. LA GOBERNANZA O BUEN GOBIERNO COMO CONTENIDO IMPERADO POR EL FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN

En el marco del apuntado fenómeno de globalización, aparece como un contenido virtualmente imperativo, la idea de la gobernanza pública, como un retorno del concepto del buen gobierno²², consistente en la reaparición con renovado vigor de los primeros principios, de los principios generales del derecho, que precedieron al reino de la ley en el mundo romanista y a la explicitación judicial del derecho en el mundo del *common law*. Estos principios resultan enriquecidos o desarrollados por otros aparecidos más recientemente como la transparencia, la integridad, la participación, la calidad de la acción gubernamental, la eficacia y eficiencia, la rendición de cuentas, que operan como notas reveladoras de los primeros.

3. LA GOBERNANZA COMO “GOBIERNO ABIERTO”

Una posible manifestación hodierna del “buen gobierno” o “gobernanza” que apareja el fenómeno de la globalización, parece ser hoy el “gobierno abierto”; este

19. GARAPON, Antoine, “Les marchés poussent la souveraineté à renoncer à elle-même”, *Revue Projet*, 2016/ 4 N.º 353, ps. 6 a 13.

20. V. HERNANDEZ PACHECO, Javier, *Corrientes Actuales de Filosofía. La Escuela de Francfort*, Tecnos, Madrid, 1996, ps. 62 a 110; v. también URDANOZ, Teófilo, O.P., *Historia de la filosofía*, tomo VIII, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1985, ps. 102 y ss., en esp., p. 108.

21. El Bien Común es siempre una noción que se determina en base a circunstancias concretas de cada país y comunidad; su esencia es pluralista y debe atender las particularidades de sus destinatarios; en el caso de los Estados nacionales, a su propia comunidad. Sobre la esencia pluralista del Bien Común, v. MESSNER, Johannes, *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, Ediciones Rialp, Madrid, 1967, ps. 233 a 235.

22. Sobre la diferencia entre estos conceptos, v. MOCKLE, Daniel, *La gouvernance publique, droit et société*, Série droit, 62 LGDJ, Lextenso, Paris, 2022, ps. 87 a 89, 12 a 13 y 19, respectivamente.

constituye una metáfora que admite distintas densidades e intensidades de interpretación; hace, en nuestra opinión, a la esencia de una democracia efectiva y sustancial, es el necesario complemento que evita que una democracia representativa se transforme en una democracia “delegativa”²³.

El *ethos* del “gobierno abierto” funciona así, en una primera aproximación, como un correctivo de la democracia representativa porque impide que esta devenga una democracia formal o incompleta, limitada primordialmente al ejercicio del derecho del sufragio²⁴. De ahí, su indudable significación y trascendencia política.

Efectiviza la rendición de cuentas (*accountability*²⁵) tanto en sentido vertical, respecto de la sociedad, como horizontal²⁶, esto es, de modo institucional, respecto de los restantes organizaciones estatales en el ejercicio del poder, como componente actual del sistema de frenos y contrapesos en el ejercicio del poder. Esta rendición de cuentas de las instituciones redundan en favor del fortalecimiento institucional no solo de la organización formal que la produce sino del resto de las instituciones que constituyen el tejido o trama social de una comunidad política. No cabe soslayar al respecto la importancia de las instituciones en cuanto al efectivo cumplimiento de la legalidad y del orden público. Porque, en definitiva, son las instituciones como mecanismos que determinan los modos de organización, como “formas” en sentido metafísico, las que canalizan las pautas de convivencia en una sociedad y tutelan y fortalecen los derechos fundamentales²⁷.

23. V. O’DONNELL, Guillermo, “Delegative Democracy”, *Journal of Democracy*, Vol. 5, N.º 1, January, 1994: 55/69. 1994 National Endowment for Democracy and The Johns Hopkins University Press.

24. Sobre el particular, v. O’DONNELL, Guillermo, *Democracia, Agencia y Estado*, Ed. Prometeo libros, 2010, p. 82; expresa este autor: “Estoy convencido que los puntos de encuentro entre los ciudadanos y las burocracias estatales son un aspecto importante de la calidad de la democracia (y de la vida política en general), más allá de las dimensiones implicadas por el régimen en sí mismo” (idem).

25. En Canadá, “imputabilité” es la traducción del término “accountability”; en la terminología jurídica, el concepto de imputabilité es más utilizado para responder por la falta, si la respuesta exigida por el orden legal supone una deuda, deviene utilizable el término “redevabilité” (v. MOCKLE, Daniel, *La gouvernance publique, droit et société*, Série droit, 62 LGDJ, Lextenso, Paris, 2022, p. 22, nota a pie N.º 73).

26. O’DONNELL, Guillermo, “Accountability horizontal. La institucionalización legal de la desconfianza política”, texto preparatorio del volumen *Accountability, Democratic Governance, and Politic Institutions in Latin American*, publicado en *Revista Isonomía*, N.º 14, abril 2001, disponible en [Accountability horizontal. La institucionalización legal de la desconfianza política \(scielo.org.mx\)](https://scielo.org.mx).

27. Julio Conte-Grand, “Las instituciones, el orden público, los derechos y las garantías. Reflexiones a partir del debido proceso adjetivo” en: BORDA, Alejandro (Dir.), CALDERONE, Sofía (Coord.), *EL DERECHO, 60 años*, Bs. As., 2022, ps. 329 a 330; en efecto, procede asimismo tener presente que la mera existencia y profusión de normas y cuerpos legales pormenorizados no son garantía de gobierno responsable que se sujeta a ellas (v. FIEDRICH, Carl J. y BRZEZINSKI, Zbigniew, *Dictadura totalitaria y autocracia*, Libera, Bs. As., 1975, ps. 21 a 22). Son las instituciones

Finalmente, el “gobierno abierto” al estructurarse sobre la base de la transparencia, de la integridad, de la participación y de la colaboración cocreativa, optimiza la capacidad de respuesta de las organizaciones estatales (*responsiveness*).

Desde la perspectiva expuesta, podría considerarse entonces que la metáfora bajo examen constituye en el estado actual de evolución de la conciencia jurídica, una exigencia imperada por la dignidad de la persona (art. 11, Convención Americana de Derechos Humanos)²⁸.

3.1. “Gobierno abierto”: en qué consiste

El “gobierno abierto” consiste en una nueva forma de relacionarse entre la Administración Pública y la ciudadanía que busca establecer nuevos canales de comunicación directa y fomenta los principios de transparencia, integridad, colaboración y participación²⁹.

Se trata de un proceso dual y recíproco; no debe darse solamente en una dirección desde el gobierno hacia los ciudadanos sino que también debe tener en cuenta las demandas sociales, escuchar a la ciudadanía para ir cambiando a medida que esta exige mayor transparencia y mayor efectividad en la acción (*responsiveness*). Esta participación no solo se consigue con recursos jurídicos, sino que requiere además de mecanismos que conduzcan a una educación política y ética, que produzcan un cambio cultural³⁰.

El “gobierno abierto” persigue traspasar los modelos de decisión jerárquicos de gobierno de antiguos escenarios. La ampliación del espectro político de la participación se ha dado como mínimo bajo dos formas: a) en primer lugar el descrédito del proceso político de votación como único elemento que define la vida política;

fuertes las que impiden los desbordes del poder.

28. Del mismo modo, entendemos que el gobierno de la ley (en sentido amplio) es siempre más conveniente que el gobierno de los hombres y hoy parece revestir el carácter de un imperativo de la mencionada dignidad de la persona (sobre la cuestión del gobierno de la ley o de los hombres, v. LALANNE, Julio E., “¿Gobierno de la ley o gobierno de los hombres?: El problema en Platón y Aristóteles”, en línea, *Prudentia Iuris*, 79, 2015, ps. 295/310, disponible en <https://erevistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA/article/view/3962>).

29. PALLARÉS DOMÍNGUEZ, Daniel, “Gobierno abierto: una concepción ética para la educación democrática”, *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, N.º 73, febrero 2019, ps. 81 a 110, v. en especial, ps. 89 a 90.

30. *Ibidem*, ps. 87 a 88.

b) en segundo término, por el potencial político de las herramientas de comunicación digital que altera las dinámicas de intermediación política³¹.

En efecto; las herramientas digitales no solo mejoran potencialmente la organización, la coordinación, agregación y movilización de las acciones de la sociedad civil, sino que agregan nuevas modalidades de actuación política³².

Pero el “gobierno abierto”, trasciende el impacto de las nuevas tecnologías para configurar una mentalidad sobre cómo concebir a la administración pública y su forma de relacionarse con la sociedad civil y de transformarla³³.

El “gobierno abierto” es parte de una democracia efectiva que permite que los ciudadanos tengan acceso a la información y al análisis sobre la cual la decisión gubernamental fue adoptada³⁴.

Sería, en la opinión de Stuart Weir y David Beetham, uno de los cuatro componentes de la democracia representativa consistente en tener instituciones gubernamentales permanentemente abiertas y rindiendo cuentas, “*open, accountable and responsive government*”³⁵.

Suelen señalarse como características o ejes del “gobierno abierto” a las siguientes³⁶: a) transparencia; b) participación; c) colaboración. A estas puede sumarse la integridad³⁷.

31. Ídem.

32. Ídem.

33. Ídem.

34. Ídem.

35. V. PEÑA, Víctor S. “Gobierno Abierto, Poder e Influencia: análisis crítico a una propuesta de pronta propagación”, *Revista de Gestión Pública*, Volumen V, N.º 1, enero -junio 2016, ps. 65 a 91; v. en especial p. 68.

36. V. Memorandum de Obama de 2010, *President Obama's Address to the United Nations Assembly*, September, 2010.

37. V. *Open Government Declaration*, documento fundacional de la Alianza para el Gobierno Abierto (AGA); ampliar en PEÑA, op. cit., ps. 68 y ss. La Argentina forma parte de esta Alianza desde 2012. Existe asimismo un Programa de Gobiernos Subnacionales de la Alianza para el Gobierno Abierto.

Es de hacer notar que la realidad es una trama sin costuras³⁸ y que resulta, artificial, además de difícil de concretar, separar en compartimentos estancos estos ejes o características. No sería aventurado decir que *entre ellos existe una unidad ontológica en tanto se reclaman recíprocamente*³⁹. Por lo tanto, se ensayará precisar su contenido, pero bajo la advertencia de que concebir al “gobierno abierto” en base a una separación de estos ejes (aun cuando esta fuera meramente metodológica y provisoria), puede conducir a un desmembramiento conceptual, con la consiguiente pérdida de sinergia (también conceptual). No debe olvidarse que el “todo” siempre es distinto de la mera suma de las partes; de ahí que las definiciones o descripciones que se perfilen con respecto a estos ejes serán meros arbitrios intelectuales tendentes a arrojar luz sobre especificidades que, en la realidad de la gestión y de la dinámica política, se presentan, en general, siempre unidas. En efecto, es muy difícil que pueda existir participación o colaboración sin transparencia, sin “*casa de cristal*”; y por otra parte, la transparencia se nutre de la participación y de la colaboración, las alimenta a su turno, y estas, la retroalimentan. La integridad, por su parte, es un componente “*forzado*” de la transparencia y una obligada consecuencia. Finalmente, transparencia y participación constituyen, sin dudas, una profundización de la democracia política⁴⁰.

Al expresar las mencionadas notas –para algunas opiniones– el rostro actual del buen gobierno o gobernanza pública⁴¹, éstas dos nociones, con sus matices,

38. Sobre la tendencia académica propia de los especialistas a compartimentalizar y sus consecuencias, v. KISSINGER, Henry, *Mis memorias*, Editorial Atlántida SA, Madrid, España, 1979, p. 103. Conforme con el encadenamiento que presentan los acontecimientos en la realidad, recomienda este analista y protagonista de la historia, un marco de referencias conceptual que encadene los acontecimientos como una herramienta esencial de la praxis política y de su análisis.

39. Sobre el abordaje metafísico de diversos institutos jurídicos, v. Julio Conte-Grand, “Las instituciones, el orden público, los derechos y las garantías. Reflexiones a partir del debido proceso adjetivo” en: BORDA, Alejandro (Dir.), CALDERONE, Sofia (Coord.), *EL DERECHO, 60 años*, Bs. As., 2022, ps. 291 y ss.

40. MOCKLE, Daniel, ob. cit., ps. 74 y ss.

41. Para MOCKLE, el buen gobierno forma parte de los principios estructurantes del derecho público del mismo modo que la primacía del derecho y el constitucionalismo; y es precisamente su asociación directa a la cosa pública y a diversos principios de derecho público (bien común, interés general) que muestra su utilidad en comparación con la fórmula más genérica de la buena gobernanza. Desde esta perspectiva, el buen gobierno no es enteramente reconducible a la noción de la gobernanza pues pertenece a la teoría política moderna del mismo modo que la *res publica*. El buen gobierno es una temática del derecho público, de la ciencia política y de la filosofía política, lo cual no excluye otras influencias procedentes de otros saberes y disciplinas, primordialmente de las ciencias de la gestión. La gobernanza parece ser una noción más amplia, que corresponde a un descentramiento de la acción pública más allá del Estado en vista de describir un proceso de coordinación entre actores, grupos sociales, así como organismos públicos y privados; ello, con el objeto de definir objetivos y obtener resultados discutidos colectivamente, de ahí la idea de una *collaborative governance*; el policentrismo institucional deviene una de las principales características de la gobernanza pública en tanto no habría un único lugar de poder y de decisión. La inclusión de actores privados y de la sociedad civil tornaría así más porosa la frontera público-privada; en definitiva, esta lógica plural supone una pluralidad de actores “gubernantes” que

parecen guardar cierta equivalencia con el contenido conceptual del gobierno abierto. Algunos puntos de vista consideran que el gobierno abierto es un “momento” en la evolución de la transparencia, esto es, que es una manifestación de la transparencia⁴²; desde esta perspectiva, en el contexto de un razonamiento transitivo, podría considerarse que el gobierno abierto es un aspecto o herramienta del buen gobierno o de la gobernanza pública⁴³.

3.2. Sucinta descripción de las características o ejes sobre los cuales se estructura el “gobierno abierto”: transparencia e integridad, participación, colaboración

a) La transparencia y la integridad

La transparencia supone la visibilidad del ejercicio del poder estatal y de la acción pública. Fulmina el secreto de Estado como regla y solo lo admite de modo excepcional. En su análisis científico sobre el origen histórico de las nociones de buen gobierno y gobernanza, MOCKLE colaciona como un punto de inflexión a la gloriosa revolución de 1688 que marca el fin del absolutismo en Gran Bretaña y sienta las bases del modelo Westminster: un gobierno responsable ante un Parlamento. Y señala a Locke⁴⁴ dentro del pensamiento constitucional británico como el primer filósofo que evocó el tema de la transparencia en tanto sus reflexiones traducen la importancia de los mecanismos políticos.

no son todos estatales o públicos; por otra parte, la gobernanza pública se orientaría hacia los ciudadanos en términos de servicios y de consulta pero también hacia mecanismos de evaluación de resultados (MOCKLE, Daniel, *La gouvernance publique, droit et société*, Série droit, 62 LGDJ, Lextenso, Paris, 2022, ps. 87 a 89, 12 a 13 y 19, respectivamente). Un distingo entre buen gobierno y gobernanza parece también efectuar el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) en su Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto de 2016 en tanto define al gobierno abierto como “el conjunto de mecanismos y estrategias que contribuye a la **gobernanza pública y al buen gobierno**, basado en los pilares de transparencia, participación ciudadana, rendición de cuentas, colaboración e innovación, centrandolo e incluyendo a la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones, así como en la formulación e implementación de políticas públicas, para fortalecer la democracia, la legitimidad de la acción pública y el bienestar colectivo” (lo resaltado no está en el original).

42. MOCKLE, Daniel, op. cit., ps. 78 a 79.

43. En efecto, si la transparencia forma parte del buen gobierno y de la gobernanza o puede ser predicada como una nota característica de estos, y si el gobierno abierto es expresión de esa transparencia o trasunta la actual fisonomía de esta última, no resulta descabellado afirmar que el gobierno abierto es una técnica o modalidad o elemento constitutivo también del buen gobierno y de la gobernanza.

44. Señala MOCKLE que en sus dos tratados sobre el gobierno civil, refleja LOCKE el cambio de régimen de Gran Bretaña, e insiste en la separación entre los poderes ejecutivo y legislativo y en la necesidad de controlar la prerrogativa del gobierno (la prerrogativa real); v. MOCKLE, Daniel, ob. cit., p. 57.

Para BOBBIO “La historia del poder político entendido como poder abierto al público⁴⁵ puede hacerse comenzar desde Kant, quien considera como `formula trascendental de derecho público` el principio de acuerdo con el cual `todas las acciones referentes al derecho de otros hombres, cuya máxima no es compatible con la publicidad, son injustas`”⁴⁶.

El significado de este principio se aclara —prosigue BOBBIO— cuando se observa que hay máximas que una vez hechas públicas provocarían tal reacción que harían imposible su cumplimiento; o al menos, —decimos nosotros— des- enmascarían intenciones espurias e inadmisibles para cualquier conciencia moral⁴⁷. A título de simple ejemplo de la historia, puede mencionarse el protocolo secreto del tratado de agosto de 1939 conocido como “Pacto Alemán-Soviético” o “Pacto Molotov-Ribbentrop”, cuyo objetivo era la división y ocupación de Polonia⁴⁸.

Es de resaltar que, tanto a nivel individual personal como en el ámbito de las relaciones estatales, en el derecho internacional, cuando las personas o Estados actúan imponiendo la fuerza (o su poder), antijurídicamente, o “mal”, esto es, en contra de lo que pueden considerarse “*principios fundamentales de la conducta específicamente humana*”, normalmente intentan disfrazar o solapar estas acciones con supuestas razones aceptables moral, jurídica o

45. Es interesante destacar que si bien se suele ubicar el origen del *open government* en los años 50 (v. PARKS, Wallace “The open Government Principle: Applying the Right to Know under the Constitution”, en *The George Washington Law Review*, 1957, Vol., 26 N.º 1, cit. por PALLARÉS DOMINGUEZ, Daniel, en op.cit., p. 85); y que la bibliografía existente al respecto es bastante reciente, la temática del “poder abierto” (Kant, 1796), de la “sociedad abierta” (Popper, 1945), constituye un verdadero tópico de la filosofía política desde mucho antes; ello, sin perjuicio de que el concepto pueda enraizarse, como muchas otras nociones afines a la democracia y a la *res publica*, en la cultura grecorromana.

46. BOBBIO, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 34.

47. Ídem nota anterior.

48. Citado por Conte-Grand como ejemplo en CONTE—GRAND, Julio (Director): “Morfología del Ministerio Público. Entre la acción y el juicio: el equilibrio como clave de bóveda institucional. Con especial referencia al MPBA”, en *El Ministerio Público en clave de gobierno abierto*, obra colectiva e institucional del MPBA, Bs.As., 2023. Explica en ese lugar que el Pacto Alemán-Soviético fue un acuerdo firmado por la Alemania nazi y la Unión Soviética el 23 de agosto de 1939. Fue negociado por el ministro alemán de relaciones exteriores, Joachim von Ribbentrop y el ministro soviético de relaciones exteriores Vyacheslav Molotov. Se lo conoce como “Pacto Alemán-Soviético”, “Pacto Molotov-Ribbentrop”, “Pacto Nazi-Soviético” o bien como el “Pacto Hitler-Stalin”. El Pacto Alemán-Soviético constaba de dos partes, una pública y otra secreta. La parte pública básicamente era un pacto de no agresión en el que cada signatario se comprometía a no atacar al otro. La parte secreta del pacto consistía en un protocolo que establecía las esferas de influencia soviética y alemana en Europa oriental. Reconocía a Estonia, Latvia y Besarabia como parte de la esfera soviética. Los signatarios acordaron dividir a Polonia a lo largo de los ríos Narev, Vístula y San.

políticamente, cubriéndolas con un manto de justicia⁴⁹. Surge así la ideología⁵⁰.

El principio de la publicidad de las acciones de quien ejerce el poder público (en el sentido de político) se contrapone a la teoría de los *arcana imperii*, que dominó la época del poder absoluto⁵¹, y que se reedita en los regímenes totalitarios.

Los *arcana imperii* propios del gobierno absoluto se encuentran en pugna con la dignidad de la persona. Ello, en tanto implican una subestimación de esta, al connotar un “*desprecio por el vulgo*”, “*por la bestia salvaje que debe ser domesticada*”⁵². En contextos totalitarios que invocan “*los derechos del pueblo*”, se apoyan en la supuesta clarividencia personalista de líderes y en la efectividad del secreto, en definitiva, en la razón de Estado. Pero ello también implica un desconocimiento de la dignidad de la persona, cuyo valor se subordina al Estado.

49. Señala MESSNER que la experiencia histórica indica que ningún Estado ha podido sentar su existencia exclusivamente en la fuerza, la mera dinámica del poder no constituye toda la naturaleza del Estado; colaciona a Maquiavelo quien señala que los gobernantes empiezan a perder al Estado cuando comienzan a despreciar al Derecho. Hoy en día forma uno de los tópicos de la teoría del Estado el destacar el hecho de que ningún gobierno se puede fundar exclusivamente en el poder. El poder se ve obligado siempre a rendir cuentas ante el foro del espíritu. Este foro consiste en la conciencia de la comunidad estatal de su derecho a asegurar los valores fundamentales del bien común mediante el poder estatal. “*En la práctica esta realidad actúa de modo que el poder estatal se ve siempre forzado a justificarse moralmente por sus obras en favor del pueblo.*” Así lo demuestra la historia tanto de las antiguas tiranías como de las modernas dictaduras y totalitarismos. El poder se ve siempre obligado a buscar su justificación ante el espíritu. Esta es una demostración de la actuación de la ley natural del hombre, para MESSNER. Esta fuerza a la moralización del poder Cuando el Estado moderno aplica la política del poder se cubre por lo general con un manto de justicia (MESSNER, Johannes, *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, Ediciones Rialp, Madrid, 1967, ps. 822/825 y 828). Otra demostración de la actuación de la ley natural del hombre como conciencia moral está dado por el sentimiento de vergüenza que solo puede experimentar el ser humano, cuando actúa en contradicción con sus fines existenciales, rebajando su dignidad moral. Expresa MESSNER que solo el hombre es capaz de superarse, pero también solo él es capaz de negarse a sí mismo. Solamente el hombre es capaz de humillarse a sí mismo y perder su dignidad moral abusando de sí mismo. El animal no puede hacerlo porque solo puede seguir sus instintos y ser aquello que su naturaleza determina. El hombre, en cambio, puede dirigir sus instintos a fines que contradigan a los trazados en su naturaleza y al fin último de su persona. En esta posibilidad del hombre de negarse a sí mismo, se encuentra –dice Vladimir Solowjew, citado por MESSNER– la raíz de su sentimiento de vergüenza (v. MESSNER, op. cit., ps. 147 a 148). En la historia también encontramos sobradas pruebas de que el poder busca siempre legitimarse racionalmente; con referencia a la transformación de la República romana en el Imperio (el Principado) operada por Augusto (27 a. C), señala Barker como “*una prueba del genio jurídico de los romanos y de su respeto instintivo por el precedente y por la tradición constitucional, el que aun los Césares divinizados, dueños de todas las legiones, respetaran durante siglos la imponente majestad de las formas republicanas, puede ser que estos no dejaran de abrigar la sospecha de que aun la forma constitucional era mejor que una descarada autocracia militar, que solo podía dar por resultado el que las legiones se diesen clara cuenta del secreto de su poder*” (v. Ernest Barker, “El concepto de imperio” en: BAILEY, Cyril (director), *El legado de Roma*, Ediciones Pegaso, Madrid, tercera edición, 1956, p. 98).

50. Por ejemplo, la ideología nazi sobre la raza superior, el espacio vital etc., nociones bajo cuya invocación fueron perpetrados abominables crímenes, genocidios y expoliaciones.

51. BOBBIO, op. cit., p. 35.

52. BOBBIO, op. cit., ps. 33 y ss.

La república democrática entendida esta no solo en el sentido propio del término sino también como “cosa pública”, exige que el poder sea visible⁵³.

Porque en definitiva, en un sistema democrático, la función pública tiene un sentido plenamente servicial y vicarial; de consiguiente, debe entenderse que son los ciudadanos, los dueños del aparato administrativo, y que los funcionarios y empleados públicos, son “servidores públicos”⁵⁴.

Son los ciudadanos los que justifican la existencia de la Administración⁵⁵. En efecto, “el Estado no se ha hecho a sí mismo, sino que ha sido creado por los hombres en su deseo de vivir con dignidad y seguridad”⁵⁶. En similar sentido, pero mucho antes, tanto Aristóteles como Tomás de Aquino, no vacilaron en considerar al Estado como es la creación más destacada de la inteligencia humana en tanto permite asegurar un mínimo ético de convivencia humana⁵⁷.

Nótese que tal como refiere SCHMIDT-ASSMANN⁵⁸, el Tratado de Ámsterdam, que plasma el texto actual del Tratado de la Unión Europea, hace de la transparencia, una cuestión crucial al prescribir: “El presente Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas **de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible.**” (v. art. 1.º, párr. segundo; lo resaltado es propio)⁵⁹.

En otro orden, remarca atinadamente RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ que el concepto de transparencia no es antitético con el de eficacia. Porque para obtener que la Administración sea transparente es necesario programar la actividad y la previa racionalización de los procedimientos⁶⁰.

53. *Ibidem*, p. 36.

54. Esta concepción de servicio se encuentra receptada en constituciones recientes como la Ecuador del año 2008, que califica a quienes se desempeñan en el sector público, como “servidoras y servidores” (v. art. 229).

55. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *Ética, Poder y Estado*, cit. p. 121.

56. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Inap. Marcial Pons, Madrid, 2003, p.18.

57. V. MESSNER, Johannes, *ob. cit.*, ps. 857 a 859.

58. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *op. cit.*, p. 413.

59. Tratado de Ámsterdam, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, el 10-11-97, disponible en Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea (boe.es).

60. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *Ética, Poder y Estado*, cit., p. 121.

Para MOCKLE, el desarrollo del principio de transparencia permite distinguir tres etapas; la primera se concreta con legislaciones que establecen el derecho al acceso a los documentos públicos; una segunda instancia se perfecciona con la creación de autoridades que tienen por competencia la prevención y regulación de conflictos de interés en el marco de una lógica contemporánea de ejemplaridad; finalmente, una tercera y más reciente evolución, de impronta más política que jurídica, se endereza a la concreción del gobierno abierto. En cuanto a este último, se suele señalar como punto de inflexión, las iniciativas lanzadas por el expresidente de los Estados Unidos, Barack Obama, en 2009, consistentes básicamente en el anuncio de la *Open Government Initiative* seguida por diversos memorandos y directivas, entre ellos, el memorando del 21 de enero de 2009 y la directiva del 8 de diciembre de 2009, que tienen por objeto promover los tres principios de la transparencia, de la participación y de la “colaboratividad” (“*collaborativité*”). Un hito —prosigue este autor— fue marcado en septiembre 2011 con la creación de la Alianza para un Gobierno Abierto bajo la égida de la secretaria de Estado, Hillary Clinton. Esta asociación, que agrupó en un principio ocho países fundadores, tiene por cometido fomentar la transparencia de la acción pública, entre otros aspectos, a través de la utilización de las herramientas digitales y de las nuevas tecnologías⁶¹.

En cuanto a la integridad, resulta esta una consecuencia forzosa de la transparencia, dado que al ser exhibida y alumbrada “*la intimidad de la burocracia*”, todo se ve y lo irregular, ilegal o inético no puede subsistir sin generar responsabilidades para los funcionarios o agentes involucrados. La integridad, en pureza, tal como se desprende de las etapas de evolución del principio de transparencia que refiere MOCKLE⁶², se inscribe en la lógica de la ejemplaridad o moralización de la

61. MOCKLE, Daniel, op. cit., ps. 77 a 79. Si bien el acceso a los documentos públicos se señala como un primer estadio en lo que sería el desarrollo del principio de transparencia, lo cierto es que aun este primer segmento sigue suscitando resistencias, tal como lo demuestra el reciente caso ventilado ante la Ciudad de París (Francia) resuelto por el Consejo de Estado, por cierto, en favor del más amplio acceso a los documentos solicitados y consagrando que la regla es la no anonimización de la información, salvo la lesión de la aspectos de la vida privada de la persona (v. Conseil d'État, 8 de febrero de 2023, sentencia N.º 452521, relativo a la obligación de comunicar las cuentas de gastos de funcionarios electos locales y agentes públicos, disponible en https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000047110684?init=true&page=1&query=452521&searchField=ALL&tab_selection=all#:~:text=la%20somme%20de%203%20000,du%20code%20de%20justice%20administrative.

62. MOCKLE, Daniel, op. cit., p. 78.

vida política⁶³, que, como praxis institucional, ejerce su influjo sobre la cultura y tiene una clara función pedagógica y educativa.

b) La participación y colaboración (cooperación). Cocreación

En cuanto al principio de participación, ligado como el principio de transparencia a la profundización de la democracia política⁶⁴, se suele distinguir la participación ciudadana de la participación pública⁶⁵.

La participación ciudadana se vincula a la búsqueda de un modelo de democracia más próximo de los ciudadanos que pretende acercarse a un modelo de democracia participativa. Existe un consenso en explicar el surgimiento de la participación ciudadana por las insuficiencias de la democracia representativa así como por la escalada de la desconfianza⁶⁶. La participación ciudadana se caracterizaría más bien por el surgimiento de *dispositivos no institucionalizados* (comités de ciudadanos, grupos de interés) asociados al funcionamiento de la sociedad civil⁶⁷.

En cambio, la participación pública reposa sobre la existencia de *dispositivos institucionalizados voluntarios* tales como audiencias públicas, comisiones de investigación, procesos de consulta llevados a cabo por autoridades con independencia funcional respecto del poder ejecutivo; esta variante de la participación exhibe una impronta más jurídica que política si se la compara con la participación ciudadana⁶⁸.

Las formas institucionalizadas de consulta si bien son presentadas como instancias de participación pública, en puridad son herramientas de consulta que favorecen la simple compilación de puntos de vista, dado que no hay necesariamente inter-

63. Esta lógica contemporánea de ejemplaridad tampoco es genuinamente “nueva” dado que encuentra raigambre en los llamados “espejos de príncipes” de la época medieval que presentan un modelo de buen gobierno antropocéntrico no institucional, tal como destaca MOCKLE (v. op. cit., p. 51); sobre los “Espejos de príncipes” v. también NOGALES RINCÓN, D. (2006). “Los espejos de príncipes en Castilla (siglos XIII-XV): un modelo literario de la realiza bajomedieval”. *Medievalismo*, (16), <https://revistas.um.es/medievalismo/article/view/50931>.

64. MOCKLE, Daniel, op. cit., ps. 74 y 79.

65. MOCKLE, Daniel, op. cit., ps. 79 y ss.

66. *Ibidem*, ps. 79 a 84.

67. *Ibidem*.

68. *Ibidem*.

cambios entre los participantes; si las audiencias públicas corresponden más bien a la forma de la consulta, existen sin embargo otras fórmulas más elaboradas de tipo deliberativo que se integran con ciudadanos y expertos⁶⁹.

Un ejemplo concreto de derechos de participación y consulta —refiere MOCKLE— puede encontrarse en los proyectos específicos que requieren los estudios de impacto. El ejercicio de los apuntados derechos vehiculiza la participación de los ciudadanos y representa la consagración de las ideas de Habermas, esto es, “la institucionalización jurídica de una formación pública de opinión”, sobre la base del “principio de discusión”⁷⁰, de la prevalencia del mejor argumento (o el de mayor fuerza de convicción) que genera(ría) el acuerdo⁷¹.

Las perspectivas de análisis expuestas permitirían enmarcar, en nuestra opinión, al gobierno abierto dentro de la participación ciudadana; y a los mecanismos que exhiben una tipificación normativa o prescriptiva más rigurosa como la aplicable a los procedimientos administrativos específicos, en la participación pública. Es en este marco donde quizás encontremos una fundamentación dogmática más elaborada sobre la participación y más concretamente sobre el derecho a participar de los particulares en su relación y carácter de “administrados”.

En efecto, hoy ya no es opinable que los destinatarios de la acción administrativa deben tener la posibilidad de acompañar el proceso de producción de la decisión y de participar en ella. Este derecho a participar y a colaborar ha sido receptado tempranamente (1972) por la economía general de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N.º 19.549 (LNPA) de Argentina que conceptualiza al particular administrado como un colaborador de la Administración y no como un contradictor.

69. *Ibidem*, p. 81.

70. *Ibidem*, p. 84.

71. Téngase presente que para Habermas, la verdad no resulta de la conformidad del pensamiento con lo que la cosa es, sino de un “acuerdo”; la verdad, veracidad y corrección de un discurso, esto es, su racionalidad siempre resultarán posteriores a la concreción de un acuerdo. El verdadero consenso que refrenda la racionalidad de todo discurso es el acuerdo libre de coerción, de una comunidad ideal de comunicación. Esto enrola su pensamiento en un constructivismo epistemológico que no compartimos, y que, por otro lado, resulta utópico en tanto reposa en una sociedad de comunicación ideal, entre interlocutores libres e iguales no condicionados por ninguna manipulación estratégica de carácter retórico (sobre el pensamiento de Habermas, v. HERNÁNDEZ-PACHECO, Javier, *Corrientes actuales de filosofía (II), Filosofía social*, “Teoría de la acción comunicativa”, Tecnos, Madrid, 1997, ps. 286 a 305).

Resulta sobre el punto insoslayable remarcar, en lo atinente a los procedimientos administrativos, que la exigencia del debido proceso adjetivo reclama siempre la previa participación del particular administrado, so pena de nulidad del acto administrativo (arts. 1, inc. f y 7, inc. d, LNPA).

Esta participación se inserta en la dogmática del derecho administrativo perfilado por el principio de juridicidad como una verdadera colaboración del particular en la elucidación de verdad jurídica objetiva.

Para SCHMIDT-ASSMANN, la cooperación es condición o presupuesto para el funcionamiento del Estado. *“Solo a través de la cooperación con la sociedad, puede el Estado obtener la información que precisa para llevar a cabo su función directora y de liderazgo. Para ello no bastan los contactos puntuales entre ambas esferas. Más bien resultan necesarias fórmulas de actuación integradas y duraderas que permitan identificar problemas e idear soluciones de forma conjunta. La policéntrica estructura decisoria del Estado se corresponde con la existencia de redes –cuya densidad puede ser muy variable– de relaciones de cooperación entre el Estado y sociedad”*⁷².

La transformación de súbdito en ciudadano pasa por participar y colaborar también en el respeto de posiciones legítimas de terceros, no solo en las propias; los intereses públicos deben ser definidos en una acción combinada entre el Estado y los agentes sociales⁷³.

Sin embargo, no está de más tener presente que, al margen de esta participación y colaboración, será siempre la Administración la que tendrá la responsabilidad institucional y burocrática de “decidir”, de modo análogo a la de los legitimados democráticamente para gobernar. Se trata en definitiva de la simple constatación de que en toda sociedad, –en todo grupo humano– la autoridad siempre ha sido, es y será necesaria⁷⁴. Pero el ejercicio de esta competencia resolutoria de las buro-

72. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, op. cit., p. 39.

73. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *Ética, Poder y Estado*, cit. p. 122.

74. Advierte MESSNER que la realización en concreto del bien común está encomendada a la voluntad humana que debe especificar los principios que dimanen del derecho natural; la autoridad debe dirimir entre los diversos fines en juego e incluso sobre los medios a escoger. Una de las funciones más importantes de la autoridad humana es tomar en estos casos decisiones definitivas y obligatorias para toda la comunidad: surge así el poder de decisión con su vinculatoriedad jurídica respecto de todos los miembros del Estado (v. MESSNER, op. cit.,

cracias, si se ha llevado a cabo de modo transparente y con la participación de los particulares, resultará fortalecido en su presunción de legitimidad, tanto desde el punto de vista jurídico como institucional y político⁷⁵.

En cuanto a la colaboración y a la cocreación, “el talante ético de la actividad pública necesita conectar con la realidad y con los valores de la sociedad y exige practicar la virtud de la originalidad, de la creación y de la anticipación del futuro”⁷⁶.

Expresa en tal sentido RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ: “A través de la participación social en la responsabilidad y en la toma de decisiones, en la solución de los problemas colectivos, el hombre puede llegar a realizarse como personalidad propia y esta realización personal le permite mejor desempeñar su papel en la sociedad. Cuanto más se potencien las facultades particulares y propias de cada persona, la sociedad más se beneficiará. En esta tarea de desarrollo personal de los ciudadanos, la Administración no puede considerarse ajena, porque el Estado tiene entre sus fines, el de fomentar el pleno desarrollo de sus ciudadanos”⁷⁷.

No cabe albergar dudas que si la Administración es transparente y permeable, “abierta”, receptiva de las demandas sociales, podrá encontrar en estas, también respuestas, recurriendo a la actividad creativa y productora de los propios protagonistas de esas demandas.

Finalmente, como ejemplo de participación y colaboración no debemos ignorar el moderno fenómeno de la autorregulación regulada⁷⁸.

ps. 869 a 870).

75. Sobre el particular, remarca SCHMIDT-ASSMANN que el diálogo, la información y la motivación de las decisiones son instrumentos útiles para el entendimiento; pero la Administración no está obligada a buscar siempre el consenso antes de imponer coactivamente una decisión (SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Inap. Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 69).

76. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *Ética, Poder y Estado*, cit. p. 130.

77. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *Principios de ética pública ¿corrupción o servicio?*, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1993, p. 53.

78. Sobre el moderno fenómeno de la autorregulación regulada, v. María José Rodríguez en: RODRÍGUEZ; María José, “Autorregulación y reconfiguración de prerrogativas en los contratos de participación público privada (PPP)”, conferencia de Presentación del Programa de Diplomatura sobre Régimen Jurídico de los Contratos de Participación Público Privada y Cooperación Internacional de la Escuela de Formación en Abogacía Pública (EFAP) dependiente de la Procuración General de la Ciudad, 9 de agosto de 2018, Salón de Actos del Banco de la Nación Argentina; v. también María José Rodríguez, “La crisis generada por la pandemia del Coronavirus: una oportunidad para el desarrollo y consolidación del ‘derecho administrativo social’”. *The crisis generated by the Coronavirus pandemic: an opportunity for the development and consolidation of “social administrative law”* en: CARBAJA-

El cada vez más vigente modelo de la “*autorregulación regulada*”, propio de un modelo de Estado Garante, deja amplios espacios de autonormación a los colectivos profesionales y corporativos que dominan los llamados “*riesgos*” de la actividad y que se ajusta al principio de subsidiariedad y privilegia los espacios de autonomía y libertad de las personas y cuerpos intermedios.

3.3. Transparencia, integridad, participación, colaboración y desarrollo económico y humano

Las apuntadas notas que caracterizan al “*gobierno abierto*”, impactan todas, en la eficiencia y eficacia de la Administración y en el buen servicio a los particulares. Al respecto, cabe colacionar la estrecha relación que tiene el desarrollo económico de un país con la calidad de su burocracia⁷⁹.

Existe, en efecto, una conexión íntima entre la institucionalidad, la meritocracia y el profesionalismo de los entes estatales con el crecimiento económico de un país.

Una mirada actual del desarrollo económico exige considerar a este bajo el rostro del desarrollo humano; es decir, ponderar cómo las mejoras económicas o el incremento del producto bruto económico de un país permiten una mejor calidad de vida de sus habitantes —tal como se desprende de los informes anuales del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)⁸⁰—, respetando sus fines existenciales propios, su realización personal, en libertad y bajo su propia responsabilidad. En este sentido, no cabe albergar dudas que el instrumental ju-

LES, Mariano (Director), *El Derecho en tiempos de pandemia. Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del COVID-19*, Tirant lo Blanch. Colección Alternativa, 2020.

79. V. CONESA, Eduardo, “Las causas de la decadencia argentina. El Estado como botín de guerra de la lucha política, y la sobrevaluación cambiaria. Remedios”, en Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja, Año I, n.º I, Invierno 2007. https://www.academia.edu/37720351/Revista_Gioja_No_1_2007_; la tesis que subraya la íntima relación entre la calidad de la burocracia nacional y el crecimiento económico se apoyaría en el modelo del economista Robert SOLOW.

80. Los mencionados informes conciben al desarrollo humano como un proceso de ampliación de las opciones y capacidades de las personas, que se concreta en una mejora de la esperanza de vida, la salud, la educación y el acceso a los recursos necesarios para un nivel de vida digno. En ese marco, la participación de los ciudadanos en la vida pública adquiere un nivel fundamental. Expresa sobre el particular DUBOIS: “...el ámbito del desarrollo humano va más allá: otras esferas de opciones que la gente considera en alta medida incluyen la PARTICIPACIÓN, la seguridad, la SOSTENIBILIDAD, las garantías de los DERECHOS HUMANOS, todas necesarias para ser creativo y productivo y para gozar de respeto por sí mismo, potenciación y una sensación de pertenecer a una comunidad. En definitiva, el desarrollo humano es el desarrollo de la gente, para la gente y por la gente” (PNUD, 2000:17)” (v. DUBOIS, Alfonso en <https://www.dicc.hegoa.ehu.eus/listar/mostrat/68>).

rídico del gobierno abierto —singularmente, la transparencia, la participación y la colaboración cocreativa— se inscribe en esta línea.

4. LA SUSTANCIAL COINCIDENCIA ENTRE LAS NOTAS QUE CARACTERIZAN LA ESENCIA DEL LLAMADO “GOBIERNO ABIERTO”, COMO FISONOMÍA ACTUAL DE LA GOBERNANZA Y LAS QUE DEFINEN A LA GLOBALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Si pasamos revista a los ejes sobre los que se asienta el denominado gobierno abierto, vemos que estos se proyectan sobre los principios que nutren y perfilan la llamada contratación pública globalizada, es decir, aquella cimentada sobre determinadas reglas que hoy parecen en el contexto de la civilización occidental, ineludibles e imperativos. Y que, por cierto, si bien pueden configurar una “superestructura” de una férrea lógica del mercado (y del libre mercado), también se vinculan con un sistema de creencias y valores esencialmente democráticos. Estos postulan la dignidad de la persona, su libertad, su dimensión política y la concepción del Estado al servicio de la persona en un marco filosófico que podría categorizarse como personalismo solidario.

En ese marco de predicación es que podemos conceptualizar a la globalización de las contrataciones públicas (y de su régimen jurídico), como la vigencia de los principios generales del derecho especificados en la parte especial del derecho administrativo —como sector de referencia⁸¹— conforme las características que presenta este subsistema jurídico; en nuestra postulación, esos principios resultan coincidentes con los actualmente pregonados por las diversas teorizaciones del llamado gobierno abierto.

En efecto, si repasamos la lista de estos últimos, vemos que la contratación pública como actividad instrumental del Estado, no puede menos que resultar alcanzada por los principios de transparencia, integridad (anticorrupción), participación,

⁸¹. Por sector de referencia SCHMIDT-ASSMAN alude a aquellos sectores del derecho administrativo especial que proporcionan todo un conjunto de materiales y modelos, de casos singulares y de ejemplos, de particular utilidad para la inducción y construcción de una teoría general. Los ámbitos o sectores de referencia de la parte especial del derecho administrativo poseen la virtualidad de enriquecer la Parte General con su importante aportación, cual es la de poner el acento en los fines y funciones que persigue la acción administrativa en cada caso (SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, INAP, Madrid, 2003, ps. 11 a 12).

cooperación, eficacia, eficiencia, objetividad, racionalidad; y que los principios más específicos de la contratación administrativa como podrían ser la igualdad y la concurrencia, en puridad son derivados de los primeros, determinados por los rasgos propios y específicos de la actividad: la contratación administrativa.

Las contrataciones públicas se armonizan con los requerimientos globalizados del buen gobierno, y singularmente con los del llamado “gobierno abierto”, en tanto asumen como objetivos, asegurar la racionalidad y eficiencia económica del contrato y del proceso de selección, la competencia entre proveedores y contratistas, la no discriminación, la transparencia y publicidad de los procedimientos y decisiones, la razonabilidad, imparcialidad y el debido proceso entre otros⁸². Todo ello, por cierto, al servicio de que las personas logren condiciones dignas de vida a través de los servicios, provisión de bienes y obras públicas necesarios para este buen vivir. Tal la *ratio* de la contratación administrativa —esencialmente teleológica y personalista— y tal la *ratio* a la que deben subordinarse los principios instrumentales de la contratación pública, singularmente, los de transparencia, integridad, eficacia, eficiencia, igualdad y no discriminación⁸³, concurrencia.

En definitiva, parecería que la contratación administrativa en su fisonomía globalizada, es una suerte de “muñeca rusa” (*matrioska*) que se encuentra en otra que la contiene que es la gobernanza pública o buen gobierno (con su manifestación actual de gobierno abierto) y esta, a su turno, se encuentra en el continente más

82. AGUILAR VALDÉZ, Oscar, op. cit., p. 14

83. Ello, dejando a salvo que algunos de estos principios como los de igualdad, debido proceso adjetivo, motivación de los actos rebasan esta impronta instrumental y en cuanto se conectan con el núcleo más íntimo de la naturaleza ontológica de la persona, de sus derechos, deben ser respetados siempre con fundamento en la esencia ética de la acción estatal, es decir con prescindencia de su incidencia concreta en la finalidad de buen servicio material a las personas que justifica la acción del Estado. En efecto, como observa MESSNER, como comunidad que tiene su fundamento en los fines existenciales del hombre, el Estado forma parte del orden ético y es un valor de ese tipo. Forma parte de la realidad de la plenitud de la naturaleza humana, su función de bien común forma parte de la responsabilidad moral de la persona humana. El Estado como comunidad lleva consigo la dignidad de los seres morales. Esta incorporación del Estado dentro de la escala de valores destierra la idea derivada del utilitarismo político de que el Estado es solo una institución de organización técnica al servicio de los diversos intereses. Ciertamente las teorías utilitaristas tienen razón en acentuar que al Estado le corresponde la condición de medio al servicio de la plenitud de la existencia humana. Sin embargo desconocen la pertenencia esencial del Estado a la naturaleza humana en calidad de fin fundamental respecto a los demás y consiguientemente, en calidad de fin existencial. En efecto, el Estado no es un mero servidor del individuo con sus intereses económicos como lo percibe el individualismo liberal, ni un gran concierto económico al servicio de la producción social de la vida material, como lo concibe el colectivismo; en estas dos concepciones reduccionistas se sacrifica junto con el valor propio del Estado, la primacía de la persona humana puesto que se desconoce su relación esencial con la existencia ética del hombre. **Nada caracteriza tan abiertamente la esencia ética del Estado como su función de realizar el mínimo ético de convivencia humana** (MESSNER, Johannes, op. cit., ps. 857 a 859; lo resaltado no está en el original)

amplio de la globalización del derecho y de la contratación pública en tanto sector de referencia del derecho administrativo globalizado. En otros términos, la contratación pública es un subsistema del derecho administrativo que a su vez es un subsistema de la gobernanza o buen gobierno y que resulta alcanzado por su marco de predicación. Y a su turno, esta gobernanza pública está signada o constituye un contenido del fenómeno más amplio de la globalización, examinado en estas páginas.

5. LAS FUENTES JURÍGENAS DEL DERECHO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS GLOBALIZADO (O LOS PRINCIPALES ACTORES)

AGUILAR VALDÉS observa que la globalización ha transformado los mercados, universalizándolos y que la contratación pública representa un porcentaje altísimo del comercio global; de ello colige que reviste toda lógica que uno de los campos más incididos por la globalización sea el de las contrataciones públicas⁸⁴. La globalización del comercio internacional ha permeado el ámbito de regulación de las contrataciones públicas y lo ha integrado en el comercio internacional; ello obliga —según el autor citado— a tener que armonizar regulaciones —la propia del derecho administrativo y la propia del comercio internacional— que difieren en sus presupuestos y objetivos⁸⁵.

También remarca atinadamente que toda contratación pública supone un gasto con potencialidad de incidir en el endeudamiento del sector público; ello, en tanto implica una distribución de recursos públicos que afecta o puede afectar las restantes obligaciones que el Estado ha asumido frente a acreedores particulares o frente a organismos multilaterales de crédito como el Banco Mundial (BM) o el Fondo Monetario Internacional (FMI)⁸⁶. Cuando ello sucede, resultan de aplicación disposiciones específicas de estos organismos de crédito que pueden desplazar normativas propias de la contratación administrativa local.

84. *Ibidem*, p. 12

85. *Ídem*.

86. AGUILAR VALDÉS, Oscar, *op. cit.*, ps. 19 a 20.

En efecto, al insertarse las contrataciones administrativas en el comercio internacional, estima que estas resultan impactadas por las siguientes fuentes: a) el Acuerdo Plurilateral sobre Contrataciones Públicas de la Organización Mundial de Comercio y las directivas emanadas de las llamadas instituciones de Bretton Woods⁸⁷; b) los acuerdos de integración comercial y económica⁸⁸; c) las normativas anticorrupción⁸⁹; d) el llamado derecho suave (*droit souple* o *soft law*)⁹⁰ y e) la estandarización⁹¹.

Resulta por cierto difícil establecer el mapa de fuentes o actores que generan el derecho de las contrataciones públicas globalizado o que inciden indirectamente en este. En el marco de un sistema de fronteras “desterritorializadas” que no se

87. AGUILAR VALDÉZ, Oscar, op. cit., ps. 17 a 20.

88. AGUILAR VALDÉZ, op. cit., ps. 22 a 23).

89. AGUILAR VALDÉZ, op. cit., ps. 23 a 24.

90. Este consiste —según AGUILAR VALDÉZ— en lineamientos, guías, estándares generales de actuación, códigos de buenas prácticas, cartas de servicios, leyes modelo para contrataciones públicas (v.gr., las elaboradas por la UNCITRAL). En ese marco se inscriben según el autor colacionado, la Ley Modelo relativa a la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 9 de diciembre de 1994 que amalgama principios del *common law*, del derecho continental y de las reglas del Banco Mundial; también Recomendaciones de la Federación Internacional de Ingenieros y Consultores (FIDIC), modelos contractuales elaborados por la Cámara de Comercio Internacional (la ICC), etc. De nuestra parte, cabe observar que este derecho indicativo carece de fuerza compulsiva pero al sistematizar buenas prácticas y experiencias, principios generales, usos y costumbres, ha llevado al Consejo de Estado francés a abrir su competencia. En tal sentido, la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado francés indica que las nuevas formas de la actividad de la Administración conocidas como *soft law* (*droit souple*), ciertamente influidas por las nuevas tecnologías, determinan la necesidad de su control administrativo y judicial para que el Estado de Derecho no quede rezagado frente a los avances de la tecnología. En efecto; la decisión N.º 434684 del CE del 19-6-2020 recaída en un caso relativo a la prohibición de las COOKIE-WALLS [*muros o paredes de cookies*] en Francia por la autoridad reguladora nacional, la CNIL, a través de una directriz emitida por la CNIL, así como en otro anterior del 12 de junio 2020 recaído en el marco del cuestionamiento de una recomendación o “nota de actualidad” emitida por la policía de fronteras francesas (v. CE, Decisión N.º 418142, caso GISTI, del 12 de junio de 2020) inauguraron en Francia un nueva perspectiva que amplía el control judicial a las nuevas formas de actuación de la administración, incididas sin duda por las nuevas tecnologías que *flexibilizan* y agilitan los modos de expresión institucional a través de lineamientos, recomendaciones, comunicados etc. , instrumentos todos constitutivos de lo que se denomina “derecho suave”, “soft law” o “droit souple”, que se expresa muchas veces a través de formatos no tradicionales, como por ejemplo, un *tweet*, o “*preguntas y respuestas*” que lucen en páginas estatales. En las dos decisiones mencionadas, entre otras, el Consejo de Estado francés analizó estos instrumentos informales de la Administración que carecen de fuerza coactiva, esto es, se pronunció en favor de la admisibilidad formal del recurso jurisdiccional (“*de anulación por exceso de poder*”), decidió controlar este *derecho informal*, más allá de lo que decidió en cuanto al fondo en cada uno de los casos. En el caso GISTI del 12 junio 2020, admitió como se dijo, la procedencia formal del recurso pero rechazó la demanda en cuanto al fondo; y en el caso de la CNIL del 19 de junio 2020, consideró que el derecho suave o flexible no era un medio apto para prohibir las cookie- walls. Lo importante es que a través de este control de actos informales de la administración, particularmente desarrollados en el contexto de una sociedad participativa, —que además se inserta en un paradigma de “autorregulación regulada”—, formateada por las nuevas tecnologías, que requieren “normas rápidas y accesibles” o explicaciones ágiles y sencillas emitidas por las propias autoridades, se amplía el control judicial de juridicidad y el Estado de Derecho no queda rezagado frente las consecuencias de la tecnología (v. entrevista a Christophe CHANTEPY, presidente de la sección del contencioso del consejo de Estado (v. p. 76 del balance —“bilan”— anual 2020 del CE, publicado en la página web del CE).

91. Para AGUILARVALDÉZ, la estandarización más que un modo de expresión del derecho globalizado constituye un efecto. Explica que existe una suerte de competencia internacional entre regímenes jurídicos por atraer las inversiones que lleva a la estandarización o unificación de los regímenes jurídicos (AGUILAR VALDÉZ, Oscar, op. cit., ps. 28 a 30).

ajusta más al modelo de Westfalia (1648)⁹², surge un nuevo mapa jurídico producto de la globalización.

Si en numerosos campos, los Estados soberanos no son más “quienes hacen la ley”; cabe interrogarse quiénes son los nuevos “prescriptores” de este derecho global cuyas fuentes jurígenas o nuevos interlocutores jurídicos (operadores) conformarían un nuevo mapa.

Estos nuevos actores o productores de las normas serían las empresas, las ONGs, los organismos intergubernamentales, los Estados Unidos de América como potencia tutelar, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, entre otros; por cierto, no se trata de sujetos o actores homogéneos como los resultantes del orden y equilibrio producto de los tratados de Westfalia; algunos son transnacionales, efímeros y especializados, otros son instituciones intergubernamentales, otro, algún Estado político y territorial⁹³.

Estos nuevos operadores, interlocutores, “legisladores de facto”, a través de variados instrumentos jurídicos, inciden, ora de modo directo, ora de modo indirecto, sobre los derechos locales de la contratación pública.

La globalización (mundialización) singularmente perfilada por el derecho que editan las empresas a través de precedentes, de una suerte de derecho consuetudinario o de prácticas que tiene el mérito de ser un derecho operacional, operativo, ejecutivo, reemplaza de hecho y singularmente en el contexto de la autorregulación regulada que campea como fenómeno hodierno del derecho administrativo⁹⁴, a las normas que anteriormente emitían los Estados territoriales.

92. Se designa modelo de Westfalia, a la tipología de Estado - Nación y de consiguiente equilibrio que surge como consecuencia de los tratados de Westfalia firmados en las ciudades de Osnabruck y Munster, que pusieron en 1648 fin a la denominada guerra de los treinta años, y que condujeron al desgaste del modelo imperial, concretamente, del Sacro Imperio Romano Germánico.

93. GARAPON, Antoine, “Les marchés poussent la souveraineté à renoncer à elle-même”, *Revue Projet* 20164 N° 353, ps. 6 a 13, disponible en <https://www.cairn.info/revue-projet-2016-4-page-6.htm>.

94. Sobre el moderno fenómeno de la autorregulación regulada, v. María José Rodríguez en: RODRÍGUEZ; María José, “Autorregulación y reconfiguración de prerrogativas en los contratos de participación público privada (PPP)”, conferencia de Presentación del Programa de Diplomatura sobre Régimen Jurídico de los Contratos de Participación Público Privada y Cooperación Internacional de la Escuela de Formación en Abogacía Pública (EFAP) dependiente de la Procuración General de la Ciudad, 9 de agosto de 2018, Salón de Actos del Banco de la Nación Argentina, en: <https://www.buenosaires.gob.ar/procuracion/autorregulacion-y-reconfiguracion-de-prerrogativas-en-los-contratos-de-participacion>; v. también María José Rodríguez, “La crisis generada por la pandemia del Coronavirus:

En puridad, —como subraya GARAPON— la globalización no implica un mundo anómico⁹⁵ sino un mundo regido por la lógica de la eficacia, por la razón instrumental. Es la *what works policy* (*le droit de ce qui marche*⁹⁶): las prácticas seguidas para hacer avanzar este mundo desconocido sedimentarán como normas de comportamiento y finalizarán por ser consagradas por los jueces. Las empresas son cada vez más consideradas como pequeños órdenes jurídicos que segregan las normas que finalizarán por serles aplicadas como lo demuestra la *compliance*⁹⁷.

El desafío para los operadores jurídicos y singularmente, para la Política, es pararse frente al fenómeno con objetividad y sin prejuicios, pero también sin ingenuidad. El derecho administrativo globalizado en cuanto repristina los principios generales del derecho en tanto expresión de reglas justas producto de una evolución de la conciencia jurídica resulta altamente valioso, casi un *desideratum*; pero estos principios en su aplicación deben ser modulados teniendo en cuenta diferencias culturales, económicas, sociales que generan disimetrías o asimetrías entre los diversos países y poblaciones. Ciertamente, la igualdad perfecta requiere igualdad de solución para igualdad de circunstancias, lo que ciertamente no acontece en el concierto de naciones desarrolladas, de cara a otras que están en vías de desarrollo o directamente en estado de subdesarrollo, viviendo un tiempo histórico y fáctico que las más desarrolladas ya pasaron o superaron. No son las mismas oportunidades comerciales o contractuales las que pueden tener empresas sofisticadas de capitales pertenecientes a países del mundo desarrollado que las que pueden aprovechar las empresas procedentes de países que carecen de ese nivel de desarrollo. Para realizar ese tamiz jurídico político, esa selectividad estratégica, sigue existiendo el Estado, como gerente del Bien Común.

una oportunidad para el desarrollo y consolidación del 'derecho administrativo social'". *The crisis generated by the Coronavirus pandemic: an opportunity for the development and consolidation of "social administrative law"* en: CARBAJALES, Mariano (Director), *El Derecho en tiempos de pandemia. Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del COVID-19*, Tirant lo Blanch. Colección Alternativa, 2020

95. GARAPON, Antoine, op. cit., p. 9.

96. El derecho de lo que funciona.

97. GARAPON, Antoine, op. cit., p. 9.

6. LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE RECIBO POR EL ORDENAMIENTO POSITIVO ARGENTINO

Muchos de los principios *supra* reseñados, tanto los generales propios de la gobernanza y del “gobierno abierto” como los específicos del derecho administrativo global de las contrataciones administrativas, resultan de recibo por el ordenamiento específico argentino en materia de contrataciones, por el régimen perfilado por el Decreto delegado N.º 1023/01.

Ello, en principio, supone un remedio del apuntado déficit democrático que se imputa al derecho administrativo global. Y no solo desde el punto de vista formal, porque es de suponer que, en el marco de los procesos genéticos de las normas nacionales, las autoridades realizan una ponderación axiológica y política de los contenidos que importan y consagran.

Por otra parte, como hemos resaltado, estos principios exhiben un alto contenido ético público valioso que no solo es producto de la importación jurídica sino también de la propia experiencia jurídica vernácula. En efecto, muchos de los principios consagrados por el art. 3 del Decreto delegado N.º 1023/01 que perfila el Régimen de Contrataciones del Estado en Argentina a nivel federal, suponen el trasvasamiento de casos jurisprudenciales paradigmáticos de la jurisprudencia local.

De consiguiente, más que de una importación sería más propio considerar que se trata de principios generales del derecho comunes a una comunidad jurídica que reconoce un basamento cultural común como es la cultura y civilización occidental, que son explicitados de modo coincidente o similar por los componentes de esa comunidad jurídica y fortalecidos por su consagración y adhesión global constituyendo una *communis opinio*, un verdadero *ius commune*.

Va de suyo que estas consideraciones no necesariamente resultan aplicables a todo el conjunto de disposiciones que consagran los plexos de los organismos intergubernamentales o los restantes nuevos productores de normas que muchas veces expresan de un modo eufemístico, la lógica descarnada del poder de algunos Estados e instituciones por sobre otros, o cuando existen grandes asimetrías

que impiden un equilibrio en las prestaciones o servicios que se realicen⁹⁸. Es allí cuando debe jugar la noción de soberanía nacional como un límite político a la hegemonía de intereses externos o sectoriales.

Pero si extraemos –sin ánimo de ser exhaustivos– los principios tanto generales de la gobernanza y del gobierno abierto que receptan los contenidos de la globalización como explicitación de los principios generales del derecho, a los que hemos pasado revista *supra*, y los contrastamos con los de la contratación pública como sector de referencia, podemos establecer las siguientes correspondencias que acreditan su recepción en el orden interno vernáculo:

a) Transparencia

Este principio que hace al núcleo más íntimo del carácter republicano de la acción estatal, se encuentra receptado expresamente en el art. 3.º del Decreto delegado N.º 1023/01 cuyo inciso c) prescribe la transparencia en los procedimientos; por su parte, el art. 9 del mencionado decreto regula el alcance concreto de esa transparencia al expresar:

“La contratación pública se desarrollará en todas sus etapas en un contexto de transparencia que se basará en la publicidad y difusión de las actuaciones emergentes de la aplicación de este régimen, la utilización de las tecnologías informáticas que permitan aumentar la eficiencia de los procesos y facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión del Estado en materia de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad, lo cual posibilitará el control social sobre las contrataciones públicas. Asimismo, teniendo como base el principio de transparencia, la apertura de las ofertas siempre realizará en acto público, siendo ello también aplicable a las contrataciones públicas electrónicas.”

⁹⁸. En efecto, como agudamente remarca SUPLOT, no es suficiente proclamar la igualdad para que ella exista. La igualdad consagrada entre países pobres y ricos no sirve más que para justificar la sobreexplotación de aquellos por estos últimos. Es solo cuando se deja de considerar a los individuos y a los pueblos como entidades abstractas y se tiene en cuenta lo que humanamente son cuando se materializa la igualdad (SUPLOT, Alain, op. cit., p. 316)

b) Integridad y responsabilidad de los funcionarios

Estas dos nociones se vinculan con la necesaria ejemplaridad de los servidores públicos y enraizan no solo en la tradición republicana y en la más moderna *accountability* (*redevabilité* o *imputabilité*) sino que se asientan en la cultura griega que sumada a la romana constituyen la tradición grecorromana; aquella rendía un sincero culto al gobernante al expresar la gratitud de los súbditos por los beneficios de la paz y del buen gobierno, trasuntando así la idea de responsabilidad del gobernante y de integridad. Esta deificación antigua de los gobernantes se encuentra influenciada sin dudas por el Euhemerismo, en que los dioses eran concebidos como grandes bienhechores y salvadores de la humanidad⁹⁹. La idea de integridad de los gobernantes como servidores públicos se advierte también en los ya mencionados “Espejos de Príncipes” que tuvieron su auge en la Edad Media¹⁰⁰. Estos principios se encuentran receptados en los artículos 3, inc. e), y 14, del Decreto N.º 1023/01.

c) Participación y cocreación

En este eje se enrojan los contratos alcanzados por la Ley N.º 27.328 de Participación Público Privada celebrados entre los órganos y entes que integran el sector público nacional con el alcance previsto en el artículo 8º de la Ley N.º 24.156 y sus modificatorias (en carácter de contratante), y sujetos privados o públicos en los términos que se establece en la referida Ley N.º 27.328 (en carácter de contratistas) con el objeto de desarrollar proyectos en los campos de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica. Es de destacar que la participación privada que se traduce en definitiva en la cocreación, importa una aplicación concreta del principio de subsidiariedad.

La participación también se refleja en las instancias formales de consulta previstas en la normativa reglamentaria, como el caso del art. 26 del Reglamento aprobado por el Decreto N.º 1030/16 a cuyo tenor cuando “...la complejidad o el monto del

99. V. Ernest Barker, “El concepto de imperio” en: BAILEY, Cyril (director), *El legado de Roma*, Ediciones Pegaso, Madrid, tercera edición, 1956, ps. 66 a 69.

100. V. MOCKLE, Daniel, op. cit., p. 51.

procedimiento de selección lo justifiquen, o en procedimientos en que no fuere conveniente preparar por anticipado las especificaciones técnicas o las cláusulas particulares completas, corresponderá que el titular de la unidad operativa de contrataciones autorice la apertura de una etapa previa a la convocatoria, para recibir observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares.” Por cierto, también en la posibilidad de impugnar las ofertas presentadas por los restantes oferentes asumiendo en tal caso, el rol de colaborador de la Administración, entre muchísimos otros casos.

d) Razonabilidad

El art. 3º, inc. a. del Decreto en cita consagra la “razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público y el resultado esperado”. Teniendo en cuenta que el Título III de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N.º 19.549 resulta de aplicación directa a las contrataciones que realice el sector público nacional, – y sus restantes títulos, de aplicación supletoria–, podría resultar de utilidad para explicar este principio, la idea de la proporcionalidad receptada en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N.º 19.549 (B.O. 27-4-72), en el artículo 7.º, en su inciso c), en cuanto a los recaudos que debe guardar el objeto del acto y en su inciso f), en donde, en relación al elemento finalidad del acto, se prescribe: “Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad”.

La razonabilidad de los procedimientos forma parte de la garantía de racionalidad¹⁰¹ que en definitiva surge del principio de Estado de Derecho entendido en términos sustantivos. Esto exige no solo la transparencia de cada paso procedimental concreto y la claridad de la ordenación competencial sino además la coordinación racional entre la organización del Estado y las tareas que le competen¹⁰².

101. Sobre la necesaria racionalidad de los procedimientos de selección y la necesaria corrección de su obsolescencia y vetustez, v. DAMSKY, Isaac Augusto, “Excursus sobre la forma de los contratos administrativos o la necesidad de modernizar la licitación pública en Argentina: su necesaria modernización y ajuste a las prácticas”, V Congreso Internacional de Derecho Administrativo, UNAM; disponible en http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ivci_vmada/ponencias/IsaacAugustoDamski.pdf

102. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, op. cit., ps. 97 a 98.

Algunos de los importantes cometidos que la racionalidad del Estado de Derecho impone, son asumidos por las figuras de la planificación y del plan. Se entiende por planificación la ejecución de un bosquejo normativo apoyado en la clasificación analítica de situaciones presentes y en el pronóstico de desarrollos futuros. El plan elabora luego cuidadosamente la relación entre la situación de partida el objetivo y los medios para alcanzarlo. Se trata de un complejo proceso de obtención, selección y procesamiento de información, del establecimiento de objetivos y de la selección de los medios para alcanzarlos¹⁰³.

e) Igualdad y no discriminación

El artículo 3, inc. f), del Decreto en cita, postula la igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes. Esta disposición contempla la garantía de la igualdad tanto en sentido concreto, esto es, respecto de los oferentes, como en sentido abstracto, respecto de los potenciales oferentes¹⁰⁴.

Procede hacer notar que nuestro país reviste el rango de observador respecto del Acuerdo plurilateral para las contrataciones públicas de la OMC con lo cual las disposiciones del mencionado Acuerdo que consagran los principios de igualdad de trato y de nación más favorecida, deben entenderse en dicho marco y con el consiguiente alcance. Al respecto cabe enfatizar que los principios proclamados por la OMC en la medida en que trasuntan exclusivamente la lógica del mercado —y no de las personas— pueden y deben ser tamizados en su conveniencia política por las exigencias del bien común cuya gestión incumbe por vía de principio a las autoridades nacionales.

Explica al respecto SUPLOT que en tanto la OMC ha claramente hecho saber que fuera de las cuestiones muy puntuales tratadas por sus estatutos, la suerte de las personas no resultaba de su resorte o competencia, es menester postular frente a la globalización de la economía de mercado, la necesidad imperiosa de mecanismos que permitan una hermenéutica humana y social del derecho económico. Refiere que una de las enseñanzas de la historia social es que no es suficiente pro-

103. *Ibidem*.

104. V. CSJN, 30-3-1993, *in re* “Vicente Robles SAMCICIF c/ Estado Nacional (Servicio Nacional de Parques Nacionales) s/ nulidad de resoluciones”.

clamar la igualdad para que ella exista. Pues la simple declaración de la igualdad formal no sirve más que a despojar a los más débiles de las protecciones que les son propias. La igualdad proclamada entre países ricos y pobres —enfatisa— no sirve más que para justificar la sobreexplotación de los últimos por los primeros. Será solamente cuando se cese de considerar a los individuos y a los pueblos como entidades abstractas y se tenga en cuenta lo que son humanamente que se materializará la pregonada igualdad. Si esto se olvida —advierte— se corre el riesgo de ver a los débiles enrolarse como enemigos de la igualdad¹⁰⁵.

f) Concurrencia de interesados y competencia de oferentes

El art. 3, inc. b, del Régimen bajo examen, recepta este principio en sus dos dimensiones; en efecto, la mayor concurrencia de interesados permitirá a la Administración mayores opciones que a su turno, competirán entre sí, en pos de calificar como la oferta más conveniente. Este principio es claramente instrumental y propedéutico al logro de la mejor prestación, se trate esta de un bien, servicio u obra pública.

7. EPÍLOGO

En definitiva cualquiera sea la postura que se adopte frente al nuevo fenómeno de la globalización o mundialización; se lo mire como un epifenómeno del neoliberalismo, como la cara seductora de las estructuras de dominación (desde un pensamiento en clave marxista), o bien se lo enfoque como una expresión de una conciencia colectiva jurídica que se impone por la fuerza de su contenido de justicia y por los presupuestos antropológicos en los que reposa —postura esta que suscribimos— consideramos que los principios que pregona, expresan un contenido indubitablemente ético que, debidamente interpretados y aplicados por las autoridades nacionales —según una recta ponderación y ordenación y modulación en función de los objetivos estatales de Justicia y Bien Común— se enrolan con la naturaleza ética del Estado y con su condición de primer obligado ético (Dictámenes 247:311; 253:38 ; 263:8 entre muchísimos otros).

105. SUPLOT, Alain, op. cit., ps. 313 a 316.