

El derecho administrativo como el lenguaje de los DESCAs



Gonzalo Gastón Semeria

Introducción

La dogmática administrativista tradicional, dada su posición política ante el derecho, parece no atender a la irrupción de una multiplicidad de demandas populares en lucha por la operatividad de los derechos.

Como muro ante la empatía, dispositivo cínico frente a la falta o subproducto de la alienación de los/as operadores/as, el derecho administrativo hegemónico ignora la heterogeneidad de lo social en su desborde, imposible de contener dentro de los márgenes del binomio decimonónico: libertad-restricción.

Desde la recuperación democrática, incluyendo la explosión del 2001, los reclamos de la ciudadanía en general, particularmente los de las personas en situación de vulnerabilidad, han sido mayormente traducidos en la instrumentación de políticas públicas tendientes a vehiculizar una prestación estatal debida. Si bien de allí no deriva necesariamente una respuesta conforme a las pretensiones de los grupos sociales, pudiéndose rastrear en la historia reciente hitos de desencuentro entre las demandas y las respuestas institucionales, resulta trascendente la presencia de la forma jurídica como lenguaje de realización de estas demandas.

En este breve ensayo problematizaremos las formas en las que el derecho administrativo hegemónico aborda la mediación entre “una necesidad” y “un derecho”, intentando saldar el hiato de la situación de desigualdad generada a partir de la falta de inscripción simbólica y ante la inoperatividad material de los derechos.

Los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) funcionarán como clave de ruptura del binomio restricción-libertad, desde donde plantearémos un derecho administrativo popular que se lince con los DESCAs en la institución de una multiplicidad de realidades biográficas protegidas desde la estatalidad.

¿Qué es el lenguaje y por qué su estudio es importante para la construcción de una dogmática administrativista crítica?

Antes de comenzar con las aristas específicas de nuestra propuesta, el lazo entre el derecho administrativo y los DESCAs parece apropiado presentar algunos presupuestos del enfoque de trabajo.

La corriente crítica del derecho, en la cual nos inscribimos, irrumpe en nuestro país en los años setenta como una respuesta al agotamiento de los paradigmas jurídicos tradicionales, que no soportaron con éxito el juicio de su hacer ante los nuevos demonios de la modernidad; incluso el propio marxismo academicista, atrapado en la causalidad escatológica del positivismo científico de su tiempo, se encontró desencajado ante una nueva configuración de lo político.

Nuestra corriente, partiendo del análisis del discurso, la teoría de la ideología, la lingüística postsaussureana y el psicoanálisis lacaniano, se pregunta por el componente extranormativo del derecho, enrareciendo las cuestiones del tráfico jurídico que conforman el eje de las escuelas tradicionales. Mientras que iuspositivistas e iusnaturalistas debaten en torno a los fundamentos y resortes de la validez de un determinado sistema normativa, los/as críticos/as prestamos atención a aquello dado por hecho: el lenguaje.

Cabe señalar que la especificidad de este estudio del lenguaje no comprende a su dimensión estética, que piensa a la retórica como una técnica para el adorno de lo dicho. Por el contrario, la mirada posmarxista de la teoría de la ideología y del discurso nos habilita trabajar sobre las operaciones de institución de los sentidos. Es decir, la articulación entre un significante con un significado.

En este proceso de creación y estabilización, ignorado por la dogmática jurídica, se condensan y desplazan elementos de la cadena significante. Esta operación, a través de la cual por ejemplo la significante persona es lazada con una idea/concepto (ente susceptible de contraer derechos y obligaciones), se nos presenta en términos positivos/objetivos.

Las escuelas tradicionales del derecho suelen desatender la fuerza de estas operaciones, expulsando del campo disciplinar la cuestión de su emergencia o remitiéndola a la derivación necesaria de presupuestos universales.

Para los/las críticos/as, el contenido del derecho, las ideas/conceptos que se lanzan a sus significantes, son constitutivamente arbitrarias en la medida que su lazo es innecesario. No hay causalidad que opere en la emergencia del lenguaje, y el derecho no escapa a este milagro de la condición humana.

Arbitrarias son todas las palabras, en tanto no hay un sustrato positivo o material que permita su derivación. El lenguaje es juego de diferencias. Ahora bien, como este dispositivo de asignación de

sentidos no deviene en un discurrir absoluto, dado que sería imposible la comunicación, es preciso capturar los instantes de cierres parciales.

En estas fijaciones de sentido, en este lazo entre un significante y un significado opera una articulación hegemónica. La forma a partir de la cual una particularidad, un elemento de la cadena, asume su imposible totalidad. Esta totalidad imposible es fallida en la medida que se instituye por el desplazamiento y la exclusión de otras posibilidades, siempre latentes de emerger.

Como se pensó hegemónicamente al derecho administrativo

Con sus matices, la dogmática administrativista hegemónica en nuestro ámbito puede caracterizarse como partícipe del modelo político liberal-neoliberal de derecho, con fuerte anclaje en los postulados estructurales del positivismo jurídico.

Por una parte, encontramos visiones del Estado y del derecho ligadas a un proyecto abstencionista, de retiro ante las fuerzas naturales del mercado. Es así que el submodelo liberal de derecho piensa al Estado como gendarme o guardián del orden. Por su parte, con una sutil diferencia, el submodelo neoliberal de derecho se sustenta en el Estado, y en su intervención, para generar las condiciones de mercado.

La gubernamentalidad neoliberal interviene en la sociedad con el objetivo de generar las condiciones para que la competencia sea posible, neutralizando los factores culturales, sociales y psicológicos que obstaculizan el desarrollo de relaciones competitivas. El objetivo de la gubernamentalidad neoliberal es hacer de cada resquicio social un espacio de competencia (Nosetto, 2014: 187).

Ya sea desde el corrimiento o la intervención guiada desde el individualismo, la dogmática administrativista hegemónica comparte una frontera identitaria: su férrea oposición a la intervención material y simbólica del Estado en la operatividad de los DESCA y la reducción/eliminación de la desigualdad.

Esta perspectiva hace suyo el mantra del desarrollo del derecho administrativo como la historia del sometimiento del Estado al derecho (Delpiazzo, 2014: 30). Cuando la doctrina habla de este como la rama del derecho público que tiene por objeto el estudio de la función administrativa, deposita en los contornos de esta expresión el contenido de este derecho, que será colmado por los presupuestos políticos del modelo que articule el discurso social.

El modelo liberal-neoliberal piensa en un derecho administrativo de espaldas a los DESCA y, a la vez, contribuye en la legitimación de un molde individualista de los derechos. Además, escamotea la actual articulación de las relaciones de poder, presentando al Estado como enemigo de los derechos de un universo impreciso: “los particulares”. Esta operación analógica entre “los particulares”, además de ocultar los intereses contrapuestos entre ellos, permite reproducir el estado actual de la desigualdad.

La dogmática hegemónica nos habla hoy del Estado como si este fuera el Estado absolutista decimonónico, que de manera desenfrenada avasalla con todo a su paso; y a la vez nos oculta que, en este nuevo mundo, el mundo regido por la globalización neoliberal, las corporaciones económicas se erigen como enemigas de los derechos fundamentales.

Cabe llamar la atención sobre la llamada corriente del derecho global, versión más avanzada del submodelo neoliberal, que apunta a una transnacionalización del derecho local a partir de la “flexibilización” de las normas de derecho público local en favor de un derecho global “amigable” a las prácticas habituales del capital financiero global.

En concreto, bajo el eufemismo de la flexibilización se consolida la articulación mercado-céntrica, en detrimento de los Estados y los derechos e intereses de las mayorías que no quedan incluidas en su margen de eficiencia.

Este punto nos vincula, como lo señalamos al principio de este apartado, con el positivismo jurídico. Pues, esta ideología jurídica, al insistir en la separación del derecho y la dimensión valorativa, habilita la naturalización/objetivación de una normatividad insensible a las desigualdades y al sufrimiento que provoca la violación de los DESCAs.

Los DESCAs, los derechos colectivos y su importancia para un derecho administrativo popular y heterogéneo

El campo de los derechos humanos, desde su conceptualización hasta su expansión político-ideológica, muestra las tensiones al interior de un entramado histórico social.

Ya sea que problematicemos la occidentalización o la categorización al interior, apelando a la cronología como analogía ordenadora, el campo de los derechos humanos se encuentra en disputa. En efecto, siguiendo con el marco de nuestro enfoque teórico, podemos pensar al sintagma “derechos humanos” como un significante vacío, en el que operan cadenas significantes que condensan posiciones ideológicas lazadas en diferencia con otras. Así, el campo de los derechos humanos, el campo de los DESCAs, es constitutivamente una institución hegemónica en el discurso social.

En cuanto a su inserción en el campo positivo, este proceso de emergencia de los DESCAs, encuentra un hito importante en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966 y en el Protocolo de San Salvador de 1998, instrumentos que inscriben en la agenda de los Estados el deber de satisfacción de estos derechos.

Ahora bien, los DESCAs desafían el esquema de derechos subjetivos que estructuró la lógica del pensar jurídico moderno. La transversalidad y multiplicidad de entrecruzamientos que delimitan a los DESCAs choca con la estructura individualista que hegemoniza al derecho por obrar de la ideología liberal y su huella en el imaginario.

Pensar los DESCAs desde una perspectiva crítica, que haga de estos derechos una herramienta de transformación social, nos obliga a salir de la lógica de los derechos en su faz individual e ingresar a la dimensión colectiva. Como señala Gil Domínguez,

los derechos colectivos adscriben a una visión de persona que se sitúa más allá de la individualidad y se ubica en torno a la solidaridad. Sin negarla se encuadra en un paradigma distinto, por cuanto existen diversos bienes a los cuales las personas no podrían acceder ni disfrutar debido a las limitaciones propias de la individualidad (Gil Domínguez, 2005: 134-135).

A su vez, los DESCAs, muestran cuán inadecuada resulta la perspectiva abstencionista, de retiro del Estado, para la vigencia de los derechos. Pues, los DESCAs dan cuenta de la necesidad de salir del modelo liberal-neoliberal que deposita en el mercado la asignación de recursos y acceso a las prestaciones que materializan los derechos.

La recientemente creada Relatoría Especial sobre DESCAs de la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (CIDH), cuya misión es la promoción y protección de los DESCAs a partir del desarrollo e implementación de estándares dirigidos a salvaguardar la dignidad humana y contribuir a la defensa del medio ambiente, en su primer informe confeccionó una serie de temas de agenda que nos permiten ir dándole contexto a los DESCAs: agua y saneamiento, alimentación, sindicales, laborales, DDHH y empresas, medio ambiente.

De este recorte, que no comprende la inmensa complejidad de los DESCAs, podemos dar cuenta de la transversalidad y multidimensionalidad de esta trama de derechos, lo que nos exige repensar las categorías jurídicas desde las cuales abordarlos.

Este planteo adquiere mejor notoriedad cuando la Relatoría DESCAs, en el detalle de su primer informe identifica

grandes desafíos y afectaciones a los derechos humanos de personas, grupos y colectivos viviendo en situación de pobreza y de pobreza extrema, así como situaciones graves de falta de acceso o contaminación del agua en el hemisferio, falta de acceso a una alimentación adecuada, desnutrición infantil y de mujeres gestantes, desafíos en materia de acceso a la vivienda, asentamientos informales, afectaciones de derechos humanos generadas por actividades empresariales, falta de acceso a la educación, a la salud y al empleo o libertad sindical en la región, como también los particulares obstáculos para las personas, grupos y colectividades viviendo en situación de vulnerabilidad o discriminación histórica. Destaca cómo con el aumento de la movilidad humana en la región, los DESCAs están especialmente amenazados para las personas migrantes, refugiadas y solicitantes de asilo. De igual forma, la Relatoría expresa su preocupación por las amenazas, la criminalización, las represalias y la violencia contra personas defensoras de derechos sociales y del medio ambiente en las Américas, así como por el uso desproporcionado de la fuerza y la represión policial en el contexto de manifestaciones, protestas y reclamos claramente relacionados con los DESCAs. [...] también

viene manifestando su honda preocupación con la expansión de los grupos anti derechos en la región, con efectos especialmente negativos en relación con los derechos sexuales y reproductivos, el acceso al aborto en condiciones compatibles con los estándares internacionales de derechos humanos, los derechos de las personas LGBTTI y el derecho a la educación con perspectiva de género (CIDH, 2019).

Como puede advertirse, los DESCAs ocupan una centralidad en las vidas de las personas y de los colectivos. A punto tal, sin intenciones de establecer jerarquizaciones apriorísticas, cabría pensar hasta qué punto los derechos civiles y políticos (DCyP) pueden gozar de operatividad plena en contextos de vulneración de los DESCAs. De modo que los DESCAs irrumpen en la escena jurídica dando cuenta de la inescindible interrelación de los derechos humanos.

A su vez, dado que los derechos subjetivos se ven desbordados por la presencia de los DESCAs, en la medida que su goce debe constituirse en términos no antagónicos con el de otros, resulta pertinente abrir espacio a la noción y estructura de los derechos colectivos, mucho más adecuados para esta realidad jurídico-política.

Esta categoría de derechos, los derechos colectivos, requiere de un andamiaje jurídico propio y diverso al de los derechos subjetivos, anclados desde la óptica de la libertad negativa y la suma cero. Así, como señala Gil Domínguez, combinados los elementos titularidad, objeto y vínculo obligacional, diremos que un derecho colectivo como derecho fundamental, en los que se estructuran los DESCAs, “es la relación jurídica existente entre un sujeto activo plural y un sujeto activo colectivo, respecto de un bien colectivo mediante un vínculo obligacional que otorga al sujeto activo plural y atribuye al sujeto pasivo plural un deber” (Gil Domínguez, 2005: 149).

Pensar desde los DESCAs, además de trastocar las lógicas dogmáticas hegemónicas, implica “jugarse decididamente por el modelo de sociedad inclusiva y, para todo eso, otorgar prioridad doctrinaria y jurisprudencial al derecho al desarrollo humano, íntimamente conglobado con el derecho a la vida individual y colectiva de la humanidad en el planeta” (Zaffaroni, 2015: 122).

De modo que los DESCAs no se construyen en oposición al disfrute de otros, los DESCAs son derechos que expresan la conexidad de la vida y las múltiples redes que atraviesan una biografía.

Hasta aquí ya señalamos donde encontrar los DESCAs en el sistema jurídico positivo, dimos cuenta de la necesidad de abordarlos desde la dimensión de los derechos colectivos. Ahora, para cumplir con lo expresado en el título de este apartado, debemos dar cuenta de su importancia para pensar un nuevo derecho administrativo.

En el apartado anterior hemos planteado que el derecho administrativo se ha pensado desde un modelo liberal-neoliberal, desde el que se desprende un enfoque individualista y pro mercado. Como consecuencia de ello, el Estado aparece en esta trama como un enemigo de la libertad. En efecto, el derecho administrativo, pese a los mitos contruidos en torno a ciertas notas del régimen exorbitante, es construido como un derecho de control del Estado.

Este modelo es reforzado por el perfil de la formación de las universidades. Por ejemplo, en nuestra Universidad, de las cinco cátedras de derecho administrativo, dos son encabezadas por profesores ligados al Poder Judicial y las tres restantes por profesores que se profesionalizan en demandar al Estado.

Una nueva articulación en torno al Estado requiere de la emergencia de un nuevo relato del derecho administrativo, un relato que entienda que, en la actual distribución de las relaciones de poder en el mundo, son las corporaciones económicas concentradas aquellas que ponen en mayor riesgo a las biografías.

Seguir pensando un derecho administrativo con el fantasma del Estado totalitario es no advertir, o ser cómplice, de la conformación de un nuevo modelo totalitario con eje en la dictadura del mercado y en su eufemística regla de distribución con base en la competencia.

En este proceso de reconfiguración del Estado y del derecho administrativo, los DESCAs juegan un papel de significativa importancia, en la medida que permiten darle sustancialidad a una nueva articulación del orden social, que piense al Estado como la garantía de la plena operatividad de los DESCAs de todos/as, y no ya como el enemigo de la libertad. El Estado debe ser pensado, en el marco de una democracia heterogénea y popular, como el medio para la realización de las biografías de las personas humanas.

Además, como puede advertirse, este enfoque evita la manipulación metonímica de extender la garantía de los derechos humanos a las personas jurídicas dado que estas, a diferencia de las personas humanas, carecen del derecho a una biografía.

Las políticas públicas y el derecho administrativo: los DESCAs como referencia

Uno de los grandes debates en la ciencia política de nuestro tiempo radica en la puja gestión vs. política, entendiendo dentro de la gestión a las actividades del Estado que hacen al cumplimiento de sus objetivos y metas concretas y, por su parte, por política a las discusiones y teorizaciones sobre el poder. Así, con una asombrosa bipolaridad, se nos plantean como escenarios disociados el hacer del Estado y las formas que adquiere el conflicto en un determinado tiempo y lugar.

Así, no de casualidad, el criterio economicista fue ganando espacio en el lenguaje de las políticas públicas. Junto con ello ingresaron al campo de las políticas públicas toda una serie conceptual con eje en los criterios de la economía: competencia, eficiencia, eficacia, costo marginal, entre otros dispositivos de control del discurso que fueron quitando de escena al imaginario de los derechos y su consecuente lógica de obligación.

Que los DESCAs no hayan sido inscriptos en el imaginario como obligatorios encuentra sus razones en el despliegue de la lógica económica en el campo de las políticas públicas. Esta situación no resulta para nada menor en el momento del diseño de una política pública, en la medida que de allí derivan los criterios de construcción y operatividad. Pues, no es lo mismo pensar, por ejemplo, el derecho a la vivienda desde el paradigma de los derechos que desde la lógica económica.

Pensar las políticas públicas desde los criterios de la competencia y no desde la operatividad del enfoque de derechos permite construir un marco de legitimidad para la exclusión y desigualdad, a la vez que apacigua las culpas y responsabilidades al esfumar el deber de obligatoriedad que caracteriza al esquema de derechos.

Ahora bien, el derecho administrativo, recostándose sobre el andamiaje argumental del iuspositivismo, tampoco fue ajeno a este proceso de avance de los criterios económicos. En efecto, se plegó a esta idea de la gestión como lo propio del Estado y, particularmente, del Poder Ejecutivo desde la administración económica. Pues, bien celosos del pétreo molde liberal-neoliberal, se hizo del derecho administrativo un relato que necesariamente debía estar ajeno a las modulaciones del poder. Claro, con la pequeña salvedad que este esquema de derecho administrativo que se presenta como neutral o ajeno de toda contaminación política no deja de ser una posición política particular hegemonizada. No es casual que el derecho administrativo haya sido invadido por los famosos principios de eficacia, eficiencia, economicidad, entre otros tanto, y no por principios como, por ejemplo, *pro homine*, pro dignidad humana, pro plena operatividad de los DESCAs.

Además de ello, como lo señala Abramovich, el enfoque de derechos en las políticas públicas permite pensar a los sujetos destinatarios como titulares de derechos (y consecuentemente titulares de una situación jurídica activa) y no como meros beneficiarios asistenciales, atados a la buena voluntad y la benevolencia o lógicas del Excel y la eficiencia.

En líneas generales, el enfoque basado en derechos considera que el primer paso para otorgar poder a los sectores excluidos es reconocer que ellos son titulares de derechos que obligan al Estado. Al introducir este concepto se procura cambiar la lógica de los procesos de elaboración de políticas, para que el punto de partida no sea la existencia de personas con necesidades que deben ser asistidas, sino sujetos con derecho a demandar determinadas prestaciones y conductas. Las acciones que se emprendan en este campo no son consideradas solo como el cumplimiento de mandatos morales o políticos, sino como la vía escogida para hacer efectivas las obligaciones jurídicas, imperativas y exigibles, impuestas por los tratados de derechos humanos. Los derechos demandan obligaciones y las obligaciones requieren mecanismos para hacerlas exigibles y darles cumplimiento (Abramovich, 2006: 36).

Palabras de cierre

En este breve ensayo hemos querido presentar, acudiendo a la corriente crítica del derecho como marco de referencia, la posibilidad de repensar el derecho administrativo. Esta operación busca hacer pasar de bajo de la barra signifiante de este sintagma a los DESCAs.

Es decir, si la dogmática hasta nuestros días hegemónica, ha pensado al derecho administrativo desde un molde liberal-neoliberal, insensible a la multiplicidad de biografías y las dignidades de las mismas, un nuevo derecho administrativo, que se haga cargo de la heterogeneidad y complejidad

de lo social, debe tomar a los DESCAs como un elemento desde el cual darle sentido al Estado y contenido al derecho administrativo.

Siendo que el derecho administrativo es el idioma del Estado, y las diferentes variaciones ideológicas su dialecto, pensar las políticas públicas desde el enfoque de derechos, abandonando los criterios economicistas, es una práctica jurídica alternativa dirigida a la construcción de ciudadanías plenas en el marco de una democracia popular y heterogénea.

Bibliografía

- Abramovich, V. (2006). Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo. *Revista de la CEPAL*, 88, 34-50.
- CIDH, R. D. (27 de febrero de 2019). *La Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) presenta informe sobre sus resultados en 2018 y junto a la CIDH llama al compromiso con su fortalecimiento*. Recuperado de Comunicado de Prensa: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/048.asp>
- Delpiazzo, C. (2014). El derecho administrativo 50 años después de la obra de Sayagués Laso. *Revista de la Facultad de Derecho de la UdeLaR*, 30, 87-107.
- Gil Domínguez, A. (2005). *Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos*. Buenos Aires: Ediar.
- Nosetto, L. (2014). *Michel Foucault y la política*. Buenos Aires: UNSAM EDITA.
- Zaffaroni, E. R. (2015). *El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo.