

EL PODER JUDICIAL COMO HERRAMIENTA INSTITUCIONAL DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL MARCO DE LA TEORÍA DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Pablo O. CABRAL

I. Introducción

El objetivo de este trabajo es abordar, desde el marco conceptual de las teorías sobre la democracia deliberativa, el papel que desarrolla el Poder Judicial, en tanto parte integrante del Estado, como ámbito institucionalizado de deliberación para la toma de decisiones colectivas.

Para ello comenzaré analizando, desde una perspectiva jurídico-institucional, la forma en que nuestra Constitución Nacional reparte las funciones del Estado y divide las competencias para decidir sobre la *cosa pública* y cuáles son los grados de deliberación y participación ciudadana directa o indirecta en cada porción del poder constituido. Luego desarrollaré mi intuición respecto al funcionamiento de la Justicia como una forma institucional de participación ciudadana dentro de un Estado Social de Derecho, confrontando tal propuesta con la opinión de los autores que destacan el carácter contramayoritario del Poder Judicial. Expondré algunos casos representativos de la intervención del Poder Judicial en la toma de decisiones públicas institucionalizadas generadas por el accionar de minorías con escasa o nula representación política y en las que, luego de una práctica deliberativa, se ordenaron medidas de gobierno que dieron una respuesta positiva a los planteos de los actores.

Adelantando mi opinión diré que en nuestro sistema constitucional actual se da la paradoja de que el Poder Judicial, siendo por su origen el menos democrático de los poderes, permite el desarrollo de prácticas discursivas procedimentales, posibilitando que la toma de decisiones públicas sea producto de una deliberación entre partes (ciudadanos y gobernantes) en un plano de igualdad y libertad de expresión en el que se intercambian argumentos en forma racional y en un marco previamente reglado en un procedimiento formalizado.

II. Las teorías sobre la democracia deliberativa

Las teorías sobre la democracia deliberativa se constituyeron como una apuesta superadora de las primigenias y prácticamente irreplicables experiencias de la democracia directa y de las reales y generalizadas democracias representativas, hoy en crisis.

Expone Jon ELSTER ¹ que las diversas teorías que sostienen un modelo de democracia participativa, más allá de sus peculiaridades, coinciden en incluir en la toma colectiva de las decisiones a todos los afectados por la decisión o a sus representantes y en sostener que tales decisiones se toman luego de escuchar los argumentos ofrecidos por y para los participantes que están comprometidos con los valores de racionalidad e imparcialidad.

Así sostiene este autor que el núcleo común de los doctrinarios más representativos de esta corriente de pensamiento, RAWLS y HABERMAS, consiste en afirmar que la elección política se legitima al ser el resultado de una deliberación acerca de los fines entre agentes libres, iguales y racionales.

Continúa explicando que “cuando un grupo de individuos iguales tiene que tomar una decisión acerca de una cuestión que les concierne a todos, y cuando la distribución inicial de opiniones no obtiene consenso, pueden sortear el obstáculo de tres maneras diferentes: discutiendo, negociando o votando”.

Esta teoría, por su generalidad puede ser aplicada a cualquier decisión tomada por un grupo de personas atinente a una cuestión que atañe a sus miembros, pero en el presente trabajo haré referencia a las decisiones que toma el Estado, en sentido lato, y que por su propia finalidad tienen como objetivo la satisfacción de un interés público de la comunidad a la que organiza jurídica y políticamente. Por decisiones públicas institucionalizadas entiendo aquellas manifestaciones de voluntad emitidas por el Poder Legislativo (leyes), el Poder Ejecutivo (actos administrativos y reglamentos) y el Poder Judicial (sentencias y resoluciones que intervienen sobre decisiones estatales de los otros dos poderes -actos administrativos, reglamentos o leyes-) que repercuten jurídicamente en los destinatarios directos e indirectos de tales medidas de gobierno.

Mi mirada reposará en aquellas decisiones públicas que se toman desde el Estado cumpliendo con las formalidades establecidas en la Constitución nacional y el resto del ordenamiento jurídico positivo.

1 ELSTER, Jon, *La Democracia Deliberativa*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2001.

III. Las prácticas deliberativas en las decisiones públicas institucionalizadas en nuestro sistema constitucional

Como aclaración previa hay que recordar que nuestra Constitución Nacional de 1853-60, al establecer la forma de gobierno, no utilizó la palabra democracia para caracterizar al sistema por ella creado. De sus artículos 1°² y 22³ surge un sistema representativo y republicano donde el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes. Este sistema político representativo implica que el pueblo soberano no ejerce en forma directa tal soberanía, sino que la delega en las personas elegidas por él a través del voto, que lo representan al asumir los cargos creados constitucionalmente y para los que han sido votados. Luego de la reforma constitucional de 1994 se dispusieron nuevos mecanismos de democracia semi directa, manteniéndose el sistema representativo.

La forma republicana de gobierno se caracteriza por los siguientes principios; 1) Elección de los cargos públicos, 2) Responsabilidad de los funcionarios, 3) Publicidad de los actos de gobierno, 4) Periodicidad de los cargos públicos, 5) Igualdad ante la ley y 6) División de poderes.

Como el objetivo de este análisis es describir la forma en que el gobierno toma decisiones que hacen al interés de la comunidad, me detendré en el último de los principios citados, esto es la división funcional del poder en tres órganos: ejecutivo, legislativo y judicial.

El clásico principio republicano de división de poderes constituye desde el siglo XVIII la garantía orgánica por excelencia contra el abuso de poder del Estado, hallándose presente como uno de los pilares del modelo de Constitución clásica liberal.

La Constitución argentina continúa la tradicional división de poderes, acuñada por LOCKE, ROUSSEAU y MONTESQUIEU, estableciendo en su parte orgánica lo atinente a la organización de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial y distribuyendo sus competencias en la toma de decisiones públicas.

En primer lugar trataré de describir el origen democrático y los procedimientos para la toma de decisiones políticas instituciona-

2 CN, artículo 1°: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según lo establece la presente Constitución”.

3 CN, artículo 22: “El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición”.

lizadas, propios de una democracia deliberativa que se encuentran inscriptos en los que llamaré poderes políticos (Legislativo y Ejecutivo) para luego hacer lo propio con el Poder Judicial.

1) *Los poderes políticos (Legislativo y Ejecutivo)*

Cada poder político tiene una determinada forma de expresar su voluntad, es decir, de actuar positivamente en la sociedad, interviniendo a través de la introducción de normas generales o particulares que transforman la realidad, y que son conocidas como medidas de gobierno. Los llamados órganos políticos del Estado de origen democrático (Poder Ejecutivo y Poder Legislativo) intervienen mediante la emisión de actos administrativos ⁴, reglamentos ⁵ o leyes ⁶.

Ambos poderes tienen un origen democrático ya que tanto los integrantes de ambas Cámaras legislativas como el Presidente de la Nación son elegidos mediante un proceso electoral establecido constitucionalmente y regulado por la ley electoral.

¿Cuál es el nivel de utilización de procedimientos propios de la democracia deliberativa para la toma de decisiones públicas institucionalizada que se practica en cada uno de los poderes constituidos?

En el ámbito del Poder Legislativo las decisiones se toman luego de un procedimiento formal de *discusión*, donde las partes con posiciones contrapuestas expresan sus argumentos. Pero finalmente la decisión se toma en razón de la voluntad de la mayoría representada en las Cámaras y mediante la votación de sus integrantes.

Los ciudadanos, una vez elegidos sus representantes, no pueden influir directamente en los debates y discusiones que se desa-

4 Según la definición de Juan Carlos CASSAGNE, por acto administrativo debe entenderse: "Toda declaración proveniente de un órgano estatal, emitida en ejercicio de la función materialmente administrativa y caracterizada por un régimen exorbitante, que genera efectos jurídicos individuales directos con relación a los administrados o terceros destinatarios del acto. El acto administrativo puede ser unilateral o bilateral" (*Derecho Administrativo*, Editorial LexisNexis, Buenos Aires, 2002, Tº1).

5 En la obra citada define CASSAGNE al reglamento como: "Todo acto unilateral de la Administración, en ejercicio de la función materialmente legislativa, que crea normas jurídicas generales y obligatorias, operando sus efectos en el plano externo a través de la regulación de situaciones impersonales y objetivas".

6 Según la definen AFTALIÓN, Enrique; GARCÍA OLANO, Fernando y VILLANOVA, José, la ley es: "la norma general establecida mediante la palabra por el órgano competente (legislador)", *Introducción al Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984, pág. 281.

rrollan en el seno del órgano legislativo, limitándose su intervención a las informales manifestaciones públicas, así como a las opiniones vertidas en los medios masivos de comunicación, estas últimas conductas sin ningún efecto vinculante en la toma de decisión. Dicho en palabras de BOURDIEU "...los individuos en estado aislado, silenciosos, sin palabra, que no tienen ni la capacidad ni el poder de hacerse escuchar, de hacerse oír, son colocados ante la alternativa de callarse o de ser hablados...los dominantes existen siempre, mientras que los dominados no existen más que si se movilizan o se dotan de instrumentos de representación" ⁷.

Las decisiones que toma el Poder Legislativo, en representación del pueblo soberano, no son producto de discusiones entre ciudadanos libres, iguales y racionales, o, como define AUSTEN-SMITH, el resultado de un proceso materializado en una conversación por la cual los individuos (en este caso legisladores) hablan y escuchan consecutivamente antes de tomar una decisión colectiva ⁸. Esta situación fue observada por Carl SCHMITT en la Alemania de entreguerras y utilizada como uno de sus argumentos en contra del sistema parlamentario como forma de Estado ⁹. Afirmaba este autor en sus críticas que en los Parlamentos "las negociaciones, cuyo objetivo no es encontrar lo racionalmente verdadero sino el cálculo de intereses y las oportunidades de obtener una ganancia haciendo valer los propios intereses según las posibilidades, van acompañadas, por supuesto, también de discursos y discusiones, pero no se trata de una discusión en el correcto sentido...La situación del parlamentarismo es hoy tan crítica porque la evolución de la moderna democracia de masas ha convertido la discusión pública que argumenta en una formalidad vacía" ¹⁰. Retomar estas críticas al sistema parlamentario de un autor que se manifestó a favor de un sistema autocrático y atacó la democracia, no implica estar

7 BOURDIEU, Pierre, *Cosas Dichas*, Editorial Gedisa, p. 159.

8 Cita transcrita por Jon Elster en *La Democracia Deliberativa*, cit., p. 21.

9 ARAGÓN, Manuel, en su estudio preliminar a la obra de Carl SCHMITT *Sobre el Parlamentarismo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, pág. XX, afirma que: "Esta consideración de la ley, dirá Schmitt, es consustancial con la democracia parlamentaria. Pero ocurre, seguirá diciendo, que en el parlamento de nuestro tiempo es imposible la discusión, la capacidad de mutuo convencimiento, porque allí están representados intereses contrapuestos y, en consecuencia, la ley será sólo la imposición de unos intereses sobre otros o, en el mejor de los casos, la transacción entre intereses, pero nunca el producto racional de la discusión".

10 SCHMITT, Carl, *Situación histórico-intelectual del parlamentarismo de hoy*, 1923.

de acuerdo con dicha postura radical de derecha, sino permitir, a partir de la observación de estas disfunciones sistémicas, la búsqueda de procedimientos a través de los que las prácticas discursivas permitan la adopción de medidas o la toma de decisiones como resultado de discusiones racionales.

La votación, como forma de solución del conflicto de intereses, a diferencia del procedimiento discursivo o negociador, como lo explica ELSTER ¹¹, no es una forma de comunicación, y por ello, como lo afirmaba SCHMITT, no permite la racionalización de la decisión adoptada. Se transforma en un método para zanjar un conflicto de manera irracional donde la mayoría se impone a las minorías sin importar los argumentos de cada una.

Esta imposibilidad de la ciudadanía de controlar e intervenir en la discusión, facultad que es apropiada por los representantes y monopolizada por los partidos políticos, ha dado lugar a duras críticas al sistema parlamentario y a la ficción de la representación política. Esta delegación del ciudadano al gobernante, también ha sido lúcidamente puesta sobre la mesa en un trabajo de Pierre BOURDIEU ¹², quien analiza el proceso de otorgamiento del poder por parte de los ciudadanos a los representantes, que encarnan o corporizan al grupo de sus mandantes a partir de su existencia como mandatario. Explica que: “Por tanto, esta suerte de acto originario de constitución, en el doble sentido, filosófico y político, que representa la delegación es un acto de magia que permite hacer existir lo que no era sino una colección de personas plurales, una serie de individuos yuxtapuestos, bajo la forma de una persona física, una corporación, un cuerpo místico encarnado en uno (o más) cuerpos biológico (s), *corpus corporatum in corpore corporato*”.

Antes de analizar en profundidad el denominado *misterio del ministerio*, por el cual el mandatario se transforma, por delegación inconsciente, en capaz de actuar en sustitución de sus mandantes, BOURDIEU describe el acto de delegación de una persona hacia otra del poder de actuar públicamente en el campo de la política en su nombre preguntándose cómo puede ser que el mandatario tenga poder sobre aquel que le da poder.

Quiero detenerme un instante en la utilización del término jurídico *mandato* para explicar el acto de delegación entre el ciuda-

11 ELSTER, ob. cit., pág 18; “Adviértase que la discusión y la negociación constituyen formas de comunicación, o sea que son actos de habla, mientras que la votación no lo es”.

12 BOURDIEU, Pierre, *Cosas Dichas*, cit., p. 158.

dano y su representante. Este concepto, extraído del campo jurídico para ser aplicado al campo político, significa la relación jurídica en que una persona denominada mandante, atribuye a otra, denominada mandatario, facultad para que, en su nombre y representación, y bajo la responsabilidad del primero, actúe en su nombre.

El Código Civil argentino en su artículo 1869 dice que: “El mandato, como contrato, tiene lugar cuando una parte da a otra el poder, que ésta acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico, o una serie de actos de esta naturaleza”. La ley continúa regulando los derechos y obligaciones de ambas partes integrantes de la relación jurídica contractual, mandante y mandatario. Esto supone la presencia de un requisito sin el cual el catálogo de derechos y obligaciones carecería de sentido; la determinación de las partes, es decir, su individualización.

La relación entre elector y elegido, entre mandante y mandatario, en un sistema de voto secreto, impide la posibilidad de conocer o determinar las partes de la relación. Por lo tanto, una vez elegido el representante, éste pierde relación con su elector, es decir sabe que lo eligieron, pero no se sabe quién lo eligió. Por eso no es posible sostener que el elegido representa a tal sector, grupo o personas, no existiendo en virtud de este desconocimiento, obligaciones y derechos por parte de los elegidos y los electores. ¿A quién debe rendir cuentas el legislador o gobernante elegido por el cumplimiento de sus promesas electorales? La respuesta se puede encontrar en nuestra realidad política: a nadie. O, en realidad, a aquellos grupos que se encuentran debidamente individualizados y que le permitieron al candidato ser incorporado en la lista, tener la necesaria campaña electoral, contar con los medios económicos para imponer su imagen, realizar los estudios de intereses del electorado, etc. Hasta hace un tiempo los grupos que se apropiaban de la soberanía del pueblo a través de la elección de los candidatos para ocupar los cargos públicos eran los partidos políticos, que durante las campañas electorales ofertaban a los ciudadanos sus catálogos de principios y valores, sus historias de éxitos y derrotas, sus programas de gobierno, sus ideologías, etc., etc. Hoy en día, nuestra realidad política nos demuestra que los tradicionales partidos dejaron de ser la referencia de los candidatos, sólo teniendo como indicadores las modernas estructuras que financian las campañas y que se nos presentan como nuevos partidos políticos (Pro, Una, Coalición Cívica, Recrear; etc., etc.).

A pesar de las críticas al sistema representativo aquí expuestas, institucionalmente el Poder Legislativo es el órgano en el que

diferentes posturas se debaten en el procedimiento de sanción de las leyes, dando lugar -al menos potencialmente- al desarrollo de prácticas deliberativas.

A diferencia del Legislativo, el Poder Ejecutivo tiene a su cargo la función administrativa, entendida ésta como la actividad que en forma inmediata, permanente, concreta, práctica y normalmente espontánea desarrollan los órganos estatales para alcanzar el bien común, conforme a los regímenes de Derecho Público ¹³.

En el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, como en la mayoría de los Estados provinciales, no existe generalizado un procedimiento de toma de decisiones que incluya algún tipo de discusión donde se expresen diferentes posiciones respecto a una determinada medida de gobierno, siendo aún una excepción la formalización de experiencias como la del presupuesto participativo o institutos de participación como las audiencias públicas.

Como una primera conclusión puedo afirmar que, si bien ambos poderes políticos gozan de similar origen democrático, las prácticas deliberativas para la toma de decisiones públicas institucionalizadas sólo se encuentran formalmente previstas en el procedimiento de sanción de las leyes por parte del Poder Legislativo. Esta posibilidad deliberativa es también posible dentro del Legislativo por el hecho de que en su seno se encuentran representados, al menos, la mayoría y la primera minoría parlamentaria, a diferencia del Ejecutivo, donde sólo el partido político mayoritario ejerce la función administrativa.

A partir de esta descripción esquemática respecto de la posibilidad de prácticas deliberativas en ambos poderes políticos, quiero destacar un fenómeno que ha sido explicado por SOUSA SANTOS y AVRITZER ¹⁴ al analizar las concepciones hegemónicas de la democracia en la segunda mitad del siglo XX, consistente en el pasaje, luego de la segunda posguerra, de un Estado mínimo liberal a un Estado Social de Derecho y el correspondiente aumento de funciones del sector público con su correlativa especialización y crecimiento del aparato burocrático.

Refiriendo a la construcción de una idea del concepto democracia describen estos autores la forma en que la burocracia se transformó en indispensable introduciéndose en el centro de la teoría sobre la democracia. Destacan así la visión pesimista de Max WEBER

13 CASSAGNE, Juan Carlos, ob. cit.

14 SOUSA SANTOS, Boaventura y AVRITZER, Leonardo, "Introducción: para ampliar el canon democrático", www.eurozine.com

frente al crecimiento del control de los gobernados por la burocracia, al decir que este autor: "... inauguró esa línea de cuestionamiento de la teoría clásica de la democracia al poner en el interior del debate democrático de principios del siglo lo inevitable de la pérdida de control sobre el proceso de decisión política y económica por los ciudadanos y su control creciente por formas de organización burocrática...". En esta línea destacan la mirada de BOBBIO, quien radicaliza el argumento weberiano al afirmar que el ciudadano, al efectuar la opción por la sociedad de consumo y el Estado de Bienestar, está desistiendo del control sobre las actividades políticas y económicas a favor de la burocracia pública.

Frente a estas posturas de WEBER y BOBBIO, que imaginan una burocracia homogénea y unidireccional, SOUSA SANTOS y AVRITZER vislumbran la posibilidad de toma de decisiones plurales en las que la coordinación de grupos distintos y soluciones diferentes ocurren en el interior de una misma jurisdicción. En el trabajo de cita, se encargan de mostrar experiencias que permitieron la construcción de concepciones no hegemónicas de la democracia en la segunda mitad del siglo XX.

En nuestro país, a partir de la recuperación de la democracia, se produjo un fortalecimiento del Poder Ejecutivo, manifestado en la constitucionalización del ejercicio de funciones normativas propias del Poder Legislativo mediante la emisión de reglamentos delegados y decretos de necesidad y urgencia. Esta supremacía política del Ejecutivo por sobre el Legislativo agudiza y puede poner en crisis nuestro sistema democrático ya que, como vimos, la administración pública, si bien tiene un origen democrático, es el ámbito institucional donde menor es la injerencia del ciudadano en la toma de decisiones que, por otra parte, se resuelven sin ningún tipo de procedimiento deliberativo.

Si bien es cierto que la complejidad derivada del nacimiento de nuevas funciones sociales en cabeza del Estado dio origen a grandes administraciones públicas especializadas que tomaban decisiones sin la participación del ciudadano, también es cierto que, en forma paralela, se desarrollaron los siguientes procesos históricos de soberanía creciente:

- 1) Se reconoció jurídicamente una nueva gama de derechos sociales que generaban la obligación del Estado de intervenir en la sociedad prestando servicios para satisfacer las crecientes necesidades de la población (educación, salud, seguridad, alimentación, vivienda, etc.). La incorporación de estos derechos a nuestro ordenamiento jurídico se produjo, en instancia originaria mediante la

sanción de la Constitución de 1949, luego mediante la incorporación a la Carta Magna del artículo 14 bis en la reforma de 1957 y recientemente con la ratificación de un modelo de Estado Social de Derecho en la reforma constitucional de 1994, seguida y profundizada por otras Constituciones provinciales (p. ejemplo la de la Provincia de Buenos Aires reformada en 1994). Estos derechos comenzaron a ser efectivizados luego de su incorporación expresa a nuestra Constitución, mediante la ratificación de Tratados Internacionales de Derechos Humanos que los garantizaban.

2) El Poder Judicial comenzó a intervenir activamente en las decisiones públicas a través del control de constitucionalidad de las leyes (en nuestro país en forma difusa, es decir tal declaración puede ser emitida por cualquier juez) y mediante el control de legalidad del accionar de las administraciones públicas (especialmente mediante el control efectuado por la Justicia contencioso administrativa). También las reformas de las Constituciones estadales generalizaron el control de la administración mediante la creación de un nuevo fuero descentralizado con especialidad administrativa. Así desde hace unos años tanto en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como en la provincia del mismo nombre, funcionan los juzgados en lo contencioso administrativo que desarrollan una actividad de control de las respectivas administraciones públicas.

Esta combinación entre reconocimiento de derechos sociales y activismo judicial en el control de las acciones del gobierno (denominada por algunos medios judicialización de la política), tanto en su esfera legislativa como administrativa, generó un espacio institucional de discusión racional de las decisiones públicas del gobierno.

Antes de abordar la posibilidad discursiva respecto de las decisiones públicas institucionales en el ámbito del Poder Judicial, realizaré una descripción de sus funciones y me detendré en el carácter no democrático o contramayoritario de origen que caracteriza a este poder del Estado.

2) El Poder Judicial

El Judicial es un poder complejo -integrado por varios órganos-compuesto, porque algunos Tribunales son colegiados, y jerárquico, pues la Constitución califica de “suprema” a la Corte. La función jurisdiccional es una tarea propia del Estado, ejercida por el Poder Judicial, independientemente de los restantes órganos de poder, en especial del Presidente de la Nación e indelegable en los

particulares. La creación de tribunales inferiores a la Corte Suprema de carácter permanente constituye una obligación estatal en cabeza del Poder Legislativo para asegurar la garantía del juez natural.

El sistema jurídico argentino es tributario de dos tradiciones normativas:

1) Derecho Continental Codificado: el juez es percibido como la boca que pronuncia las palabras de la ley y debe, en consecuencia, resolver conflictos de interés aplicando y, sobre todo, interpretando las normas vigentes con particular deferencia a los motivos y voluntad del legislador. Esta tradición es particularmente fuerte en las llamadas materias de derecho común y codificado. Se considera al juez como un administrador, quien dispensa, entre las partes en controversia, la justicia ya contenida en las normas dictadas por el legislador en quién reside la soberanía popular.

2) Derecho Norteamericano: se manifiesta en el diseño del poder que emerge de la Constitución Nacional -escrita, rígida y suprema- y en el cual el Judicial es designado y estructurado como uno de los poderes del Estado. El juez recrea el derecho por vía interpretativa, y se nutre de los precedentes. Además, y sobre todo cuando se trata de los magistrados de la Corte Suprema, expresa la última voz en materia de interpretación de la Constitución, ejerciendo el control de constitucionalidad. Sin duda, en este caso, el papel del juez es político en un doble sentido. En principio, porque al resolver conflictos de interés va desarrollando el derecho y a través de él, desplegando las relaciones sociales. En segundo término, porque al controlar la constitucionalidad del ordenamiento jurídico, toca a sus hacedores en lo que éstos expresan como decisión política general.

Como se sabe los jueces, en nuestro país, no son elegidos democráticamente, no los elige el pueblo soberano, sino que su nombramiento se produce mediante un procedimiento en el que intervienen el poder político (legislativo y ejecutivo) y, luego de la creación de los Consejos de la Magistratura, algunos grupos de interés (académicos, abogados, magistrados).

Roberto GARGARELLA dice que “En la mayoría de las democracias modernas aceptamos como un irremovible dato de la realidad que los jueces revisen lo actuado por el Poder Legislativo o Poder Ejecutivo y que, en caso de encontrar sus decisiones constitucionalmente cuestionables, las invaliden. Sin embargo, la decisión de dejar dicho extraordinario poder en manos de los jueces no resulta obvia o naturalmente aceptable. Menos aun en un sistema repu-

blicano democrático, en el que queremos que las decisiones que se tomen reflejen, del modo más adecuado posible, la voluntad mayoritaria”¹⁵.

El Poder Judicial, siguiendo el modelo constitucional norteamericano, realiza un control difuso sobre la actividad legislativa, mediante la declaración, por parte de cualquier juez, de inconstitucionalidad de las leyes dictadas por el Parlamento. Además, la Justicia contencioso administrativa, existente a nivel federal como provincial, realiza un control de legalidad sobre la discrecionalidad de las decisiones tomadas por los Poderes Ejecutivos nacionales, provinciales y municipales.

Así se objetó en el marco del debate sobre los alcances del control judicial de la administración que los jueces deben respetar el papel constitucional que al Poder Ejecutivo le reserva el sistema político. Al describir este argumento, el catedrático español GARCÍA DE ENTERRÍA explica que: “Ese respeto es tanto más exigible en cuanto que, en el Estado democrático y social de Derecho en que estamos, quienes ejercitan esas funciones ostentan una legitimación popular, han sido colocados en sus puestos por el voto y con la confianza del pueblo para que gestionen sus intereses, lo que hacen en su nombre”¹⁶. Aunque este autor se manifiesta en contra del gobierno de los jueces, su postura auspicia que el Poder Judicial revise la legalidad del actuar discrecional de la administración y garantice una tutela judicial efectiva a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

Si bien es cierto que el Poder Judicial tiene un origen contramayoritario o no democrático, lo que me interesa destacar es que en su seno se deciden políticas públicas institucionales mediante procedimientos deliberativos que constituyen verdaderas prácticas democráticas.

Este tipo de control judicial de la actividad legislativa y administrativa permite que el juez analice las decisiones tomadas por dichos poderes en ejercicio de las llamadas potestades discrecionales, a la luz de los argumentos expuestos por el particular que impugna la decisión y por el gobernante que la sostiene y que han sido ordenadamente discutidos en el proceso judicial desarrollado en sus estrados.

15 GARGARELLA, Roberto, *Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras, Claves para todos*, editorial Capital Intelectual, Buenos Aires, 2004.

16 GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la administración*, Editorial Civitas, Madrid, 1998, pág. 34.

Los procedimientos judiciales se encuentran previamente regulados por ley, a través de los llamados códigos procesales, y permiten un diálogo entre las posturas de las partes arribando a una decisión que debe inclinarse por el mejor argumento, sin importar si tal decisión tiene el respaldo de las mayorías. Además existe la colaboración de técnicos (peritos), terceros (testigos y *amicus curiae*) y en algunos casos relevantes se pueden realizar audiencias públicas, en las que se escucha a todos los interesados.

Recientemente, con la nueva integración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN), el rol del Poder Judicial respecto de las otrora denominadas *cuestiones políticas no justiciables*, ha sido replanteado interviniendo el máximo Tribunal en decisiones públicas de trascendencia cuya competencia le corresponde a los poderes políticos.

A fin de corporizar estas ideas, expondré a continuación tres casos importantes en que el Poder Judicial sirvió de ámbito para la discusión de políticas públicas e intervino formalmente en la toma o modificación de decisiones públicas institucionalizadas. En estos casos, como veremos, lo que zanjó la cuestión fue el peso de los argumentos y no la importancia numérica de los afectados que iniciaron las acciones. Se distinguen estas resoluciones por el desarrollo de audiencias donde se discute y delibera, escuchando a las partes en conflicto en forma ordenada y preestablecida.

*a) Política penitenciaria: Caso Verbitsky*¹⁷

El primer ejemplo que expongo en este trabajo fue la intervención de la CSJN en la *política penitenciaria* de la Provincia de Buenos Aires en fallo dictado en la causa “Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”, ordenando al Poder Ejecutivo la toma de una serie de medidas a fin de garantizar los derechos humanos de las personas privadas de libertad y exhortando al Poder Legislativo a adecuar su legislación procesal penal a los estándares internacionales.

Me interesa destacar que el punto 6 del resolutorio la CSJN decidió: “encomendar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires para que a través de su Ministerio de Justicia organice la convocatoria de una mesa de diálogo a la que invitará a la accionante y restantes organizaciones presentadas como *amicus curiae*, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad

¹⁷ CSJN, *Fallos*, 328:1146, sentencia de fecha 03-05-2005.

civil, debiendo informar a esta Corte cada sesenta días de los avances logrados”.

Es de destacar que la postura del actor, un simple ciudadano y conocido periodista que accionó en su carácter de presidente de una ONG (CELS), representaba a una minoría cuyo peso político es nulo: las personas presas en comisarías o internadas en el Servicio Penitenciario Bonaerense. Esta circunstancia no fue óbice para que la decisión se inclinara en su favor, en virtud del peso de los argumentos expuestos en la demanda.

*b) Política ambiental: Caso Mendoza*¹⁸

La misma CSJN intervino, en la causa “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios”, en la *política ambiental* del Estado Nacional, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Provincia de Buenos Aires, al tratar la acción iniciada por un grupo de vecinos del barrio de la Boca que veían afectada su calidad de vida por la contaminación del Riachuelo y del Río Matanza. Aquí también se desarrollaron audiencias públicas en las que cada parte exponía sus razones. El 20 de junio de 2006, la Corte Suprema de Justicia de la Nación intimó a los demandados a que presenten un plan de saneamiento de la cuenca, como así también a las empresas contaminantes a que informen sobre los recaudos que toman para detener y revertir la contaminación de la zona.

Así el 5 de septiembre se realizó la primera audiencia pública ante la Corte, en la que el Gobierno Nacional, junto con el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires presentaron un Plan de Saneamiento del Riachuelo y la creación de un Comité de Cuenca interjurisdiccional. En la segunda audiencia -realizada una semana más tarde-, el Dr. Andrés Nápoli (de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN) declaró en representación de las cuatro ONGs (FARN, CELS, Greenpeace y Asociación de Vecinos de la Boca) que actúan como terceros, haciendo hincapié en cuestiones relacionadas con la forma en que se van a encarar los diversos planes por parte del Estado, el rol de la Corte, la asistencia sanitaria y la responsabilidad por el daño ambiental. En febrero de 2007, se llevó a cabo la segunda audiencia pública, en la que la Secretaria de Ambiente, Romina Picolotti, expuso ante la Corte Suprema de Justicia los

¹⁸ CSJN, *Fallos*, 329:2316, sentencia de fecha 20-06-2006.

avances realizados desde la presentación del Plan de Saneamiento de la Cuenca Matanza Riachuelo seis meses atrás. A su vez, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió designar peritos independientes nombrados por la Universidad de Buenos Aires para realizar un informe sobre la factibilidad del Plan de Saneamiento del Riachuelo presentado por el Estado Nacional, en conjunto con el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Aquí tampoco el peso político de los vecinos de la ribera porteña o su importancia electoral jugaron papel alguno en la decisión tomada, sino que, producto del debate y del peso de los argumentos de estos ciudadanos, el Poder Judicial intervino obligando a los poderes políticos de los Estados demandados a adecuar sus políticas ambientales en forma tal de garantizar a los actores una calidad de vida digna.

*c) Política Social: Defensor del Pueblo c/ Estado Nacional y provincia del Chaco*¹⁹

En una causa iniciada por el Defensor del Pueblo de la Nación, la CSJN resolvió que el Estado Nacional y el gobierno chaqueño deberán proveer de alimentos y agua potable a las comunidades aborígenes de la Provincia. Así lo dispuso en el referido fallo, luego de admitir una medida cautelar presentada por el Defensor del Pueblo de la Nación para que se adoptaran las medidas necesarias que “detengan el exterminio” de los pueblos originarios en esa provincia.

El Tribunal resolvió: “Hacer lugar a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenar al Estado Nacional y a la Provincia del Chaco el suministro de agua potable y alimentos a las comunidades indígenas que habitan en la región sudeste del Departamento General Güemes y noroeste del Departamento Libertador General San Martín de esa provincia, como así también de un medio de transporte y comunicación adecuados, a cada uno de los puestos sanitarios”.

La CSJN en este caso también recurrió a la realización de una audiencia pública para evaluar la forma en que se estaba cumpliendo la medida cautelar ordenada. Según se publicara en el Diario Judicial, dicha audiencia “se desarrolló en el cuarto piso del Palacio de Tribunales, funcionarios chaqueños y de la Nación tra-

19 CSJN, D. 587.XLIII, sentencia de fecha 18-09-2007, LL, 2007-F, 111.

taron de explicar algunas de las medidas adoptadas frente al desastre humanitario que llevó al Defensor del Pueblo, Eduardo Mondino a presentar una denuncia penal. En primer lugar hablaron integrantes del Instituto del Aborigen Chaqueño (IDACH), Egidio García, que intentó sin suerte expresarse en su idioma originario, y el presidente del organismo provincial, Orlando Charole, que sin dudar y ante una consulta directa del presidente de la Corte Ricardo Lorenzetti, negó que se estuviera aplicando la medida cautelar para asistir a los indígenas. A partir de esa afirmación, los magistrados se encargaron de indagar a fondo y en detalle a los funcionarios sobre cantidad de habitantes, comunidades, qué universo contemplaban las acciones que se relataban, cómo era que se entregaban ‘alimentos secos y se afirma aquí que no hay agua en ese paraje ¿cómo hace la gente para cocinar?’ preguntó la jueza Highton de Nolasco. Los magistrados no permitieron que los funcionarios realizaran discursos políticos con los planes en aplicación y buscaron a lo largo de las dos horas que duró la audiencia respuestas a preguntas básicas. ‘¿Por qué cree usted que el presidente del IDACH dice que no se tomaron medidas en la zona de emergencia?’ o ‘hay programas extraordinarios y hay gente a la que no le llega ¿porqué se produce esto?, usted ¿qué piensa?’, preguntaba una y otra vez Lorenzetti a los funcionarios que desfilaron ante los jueces. A la hora de las respuestas, la subsecretaria de Políticas Alimentarias del Ministerio de Desarrollo Social, Liliana Paredes, atribuyó el desastre sanitario y la evidencia de que las ayudas no llegaban a los indígenas a ‘problemas de gestión provincial’, tras detallar que desde que comenzó la emergencia en el Chaco la Nación envió 263 toneladas de alimentos y 36.400 litros de agua. Por su parte, el subsecretario de Programas Sanitarios del ministerio de Salud, uno de los últimos en hablar, reveló que ‘hay 250 casos de desnutrición’ en una lista de enfermedades detectadas en los dos departamentos chaqueños en los que se desencadenó una seguidilla de muertes en el invierno pasado. El funcionario nacional asimismo avanzó en el análisis del caso al plantear que la tragedia sanitaria entre los tobas se debe a ‘tres causas probables: mala asignación de recursos, problema de accesibilidad y pautas culturales’ por lo que, destacó que el organismo a su cargo trabaja en la contratación de ‘personas cuyos perfiles nos permitan abordar mejor la relación’, en este caso con los indígenas. Luego de escuchar las ponencias de la provincia y de la Nación, el Tribunal se retiró para fijar posición sobre el caso ‘Defensor del Pueblo contra Estado nacional y otro (provincia del Chaco) sobre proceso de

conocimiento' en el que los jueces buscaban saber las medidas adoptadas para cumplir con la cautelar que ordenaba dar atención inmediata a los indígenas”.

En este caso, también los actores, representados por el Defensor del Pueblo de la Nación, constituían un grupo minoritario sin posibilidad de ejercer presión política alguna (muchos de ellos indocumentados, por lo tanto, sin la posibilidad de ejercer el derecho al voto) y sin más capital que sus argumentos.

Además de otras tantas resoluciones de la CSJN que por una cuestión de espacio no pueden ser detalladas en este trabajo es de destacar los innumerables fallos de la Justicia contencioso administrativa de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma que intervienen en decisiones vinculadas con políticas sanitarias, asistenciales, habitacionales, educativas, urbanísticas, etc., etc.

IV. El funcionamiento del Estado Benefactor y la legitimación del sistema político²⁰

El Estado de Bienestar importa una responsabilidad estatal para asegurar unos mínimos básicos de protección social para sus ciudadanos y donde las contingencias individuales se resuelven a través de mecanismos colectivos de carácter corporativo (Sindicatos, mutuales) o estatales (seguridad social, salud y educación pública, etc.)²¹.

Si bien sus orígenes los hallamos a finales del siglo XIX en la Alemania de Bismark y en su legislación social, su consolidación mundial se concreta en la Europa capitalista de la segunda posguerra mundial fundándose en la doctrina inglesa del *Report Beveridge* y en la política económica keynesiana.

Esta modificación del papel del Estado se reflejó en un nuevo constitucionalismo que fue calificado como social y que se caracterizó por la inclusión en los textos constitucionales de declaraciones de derechos sociales y económicos que abarcan el ámbito de la educación, la cultura, la familia, el trabajo, la asociación profesional o sindical, la propiedad social, la economía, la minoridad, la

²⁰ Este punto ha sido tomado del trabajo de mi autoría: “La relación entre el sistema institucional de control del poder público y el acceso a la Justicia administrativa en la Provincia de Buenos Aires”, publicado en el libro colectivo *Acceso a la Justicia*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2005, pág. 47 y sgtes.

²¹ Ampliar en CASILDA BÉJAR, Ramón y TORTOSA, José María, *Pros y contras del Estado de Bienestar*, Editorial Tecnos, Madrid, 1996.

ancianidad, la seguridad social, la discapacidad, etc., estableciendo regulaciones de la “cuestión social” referidas a la situación del hombre en función del trabajo y sus relaciones con el capital, las clases sociales, los factores de producción y el Estado. Como explica BIDART CAMPOS, “Por un lado, pues el constitucionalismo acusa una tendencia a marcar la función social de los derechos; por el otro, se preocupa por estructurar un orden social y económico a efectos de que la remoción de obstáculos permita a todos los hombres una igualdad de oportunidades y un ejercicio real y efectivo de las libertades y los derechos subjetivos”.

En la Argentina de los años 50’, movimientos sociales como el sindicalismo cuyo poder fue potenciado por la ola inmigratoria europea de las primeras décadas del siglo pasado, fundados en ideas socialistas, anarquistas y comunistas, generaron las condiciones necesarias para efectuar un cambio social que modificara las relaciones entre trabajadores y empleadores y reconociera como derechos las necesidades de los sectores sociales más castigados por las disfunciones del mercado.

Luego de la llegada al gobierno de Juan D. Perón, se transformó este modelo de organización estatal, incorporando al sistema jurídico los derechos sociales y modelando un Estado social que se plasmaría en la Constitución de 1949²². En su andar el peronismo se propuso como meta la armonización de los conflictos sociales y la afirmación del predominio del aparato público por sobre los intereses particulares, objetivo que logró a pesar del exceso de personalismo, su inclinación al autoritarismo, el ataque a la oposición política y la disminución de los controles institucionales del poder. El gobierno que lo sucedió luego de hacerse con el poder mediante el golpe de Estado de 1955 derogó dicha ley fundamental rescatando algunos derechos sociales en el artículo 14 bis de la reformada Constitución de 1957.

El “Estado de Bienestar” ha dado nacimiento a los “derechos sociales” que, aun cuando han sido consagrados constitucionalmente, no han desarrollado de hecho las formas y garantías con que el Estado de Derecho tuteló a los derechos de libertad y propiedad.

Esta falta de protección jurídica de los derechos sociales (a través de mecanismos institucionales que garanticen su efectivización) repercute negativamente en la categoría de “ciudadanía social” que,

22 Ampliar en BERROTARÁN, Patricia y otros, *Sueños de bienestar en la nueva Argentina. Estado y políticas públicas durante el peronismo 1946- 1955*, Editorial Imago Mundi, Buenos Aires, 2004.

según la clásica proposición de T.H. MARSHALL, es una de las ideas centrales del Estado de Bienestar.

El concepto de ciudadanía social implica básicamente la concesión a la población de derechos sociales con igual estatus legal y práctico que los derechos de propiedad, esto es, deben ser inviolables y estar otorgados en forma universal y sin ningún requisito más que ser ciudadano. Esto supone una desmercantilización del status de los individuos con relación al mercado ya que el bienestar de éstos no dependerá del circuito monetario. Como explica GOSTA ESPING-ANDERSEN la desmercantilización se produce cuando se presta un servicio social como un asunto de derecho y cuando una persona puede ganarse la vida sin depender del mercado.

La enunciación constitucional de los derechos sociales a prestaciones públicas positivas no se ha visto acompañada de la elaboración de garantías procesales adecuadas, es decir de técnicas de defensa y de justiciabilidad comparables a las creadas por las garantías liberales para la tutela de los derechos de libertad y propiedad. El desarrollo del Estado de Bienestar en este siglo se ha producido en gran medida a través de la simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos burocráticos y no por la institución de técnicas de garantía adecuadas a la naturaleza de los nuevos derechos.

Analicemos desde la visión holística de la teoría general de sistemas el nuevo modelo institucional organizado desde la cúspide del ordenamiento jurídico en el marco del sistema social. Este ordenamiento jurídico funciona como un sistema menor que se encuentra incluido dentro del sistema total sociedad ²³.

Los sistemas son conjuntos de elementos que guardan estrechas relaciones entre sí, que mantienen al sistema directa o indirectamente unido de modo más o menos estable y cuyo comportamiento global persigue, normalmente, algún tipo de objetivo. Un sistema es un todo inseparable y no la simple suma de sus partes y esta interrelación de dos o más partes resulta en una cualidad emergente que no se explica por las partes consideradas separadamente. La totalidad del fenómeno no es igual a sus partes, sino algo diferente y superior, por lo que, si pretendemos analizar un fenómeno sistémico tendremos que mirar más allá de sus partes y detenernos en la complejidad de su organización ²⁴.

23 Ampliar en BERTALANFFY, Von L., *Teoría General de Sistemas*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1976.

24 BUCKLEY, W., *La Sociología y la Teoría Moderna de los Sistemas*, Editorial Amorrortu, Buenos Aires, 1973.

Cuando empleamos la teoría de sistemas para comprender o estudiar algún fenómeno, es esencial entender que un sistema es ante todo una entidad independiente, no importa que a su vez pertenezca o sea parte de otro sistema mayor, y que, visto así, es a su vez un todo coherente que podemos analizar para mejorar la comprensión de ese fenómeno.

Por eso estudiaremos desde un punto de vista teórico el modelo de sociedad del “Estado Social de Derecho” o “Estado de Bienestar”, con la ayuda de dos autores alemanes que han analizado las contradicciones y los problemas de legitimación del capitalismo tardío europeo.

Para ello recurriremos a la teoría de los sistemas sociales creada por Niklas LUHMANN, utilizando el modelo de funcionamiento del capitalismo tardío expuesto por Claus OFFE y Jürgen HABERMAS, quienes encuentran explicación a la incumplida predicción de Carlos MARX referida a la contradicción existente entre “democracia y capitalismo” en el paso del Estado liberal o gendarme al Estado Benefactor. Dejaremos de lado las críticas que, desde la derecha y desde la izquierda, sufrió esta forma de organización estatal en Europa, para detenernos en su modelo teórico de funcionamiento.

El Estado de Bienestar cumplió una función pacificadora de las democracias capitalistas avanzadas para el período subsiguiente a la Segunda Guerra Mundial. Esta fórmula de paz, explica OFFE, consiste básicamente en la obligación que asume el Estado de suministrar asistencia y apoyo a los ciudadanos que sufren necesidades y riesgos específicos característicos de la sociedad mercantil; dicha asistencia se suministra en virtud de pretensiones legales otorgadas a los ciudadanos (Derechos sociales). En el Estado de Bienestar cumplen un rol importante los Sindicatos o Gremios que ejercen un papel formal en la negociación colectiva de las condiciones de trabajo como en la formación de planes públicos²⁵.

Esta composición estructural del Estado de Bienestar tiene la función de limitar y mitigar el conflicto de clases, equilibrando la asimétrica relación de poder entre trabajo y capital, y de ese modo colabora en superar la situación de luchas paralizantes y contradicciones que constituía el rasgo más visible del capitalismo liberal.

En nuestro país, los Estados provinciales dispusieron en sus Constituciones locales normas que le dan forma a una organización típica de los Estados democráticos de Bienestar europeos. Los datos de la realidad no reflejan el predicado “bienestar” de la sociedad. Aquí

25 OFFE, ob. cit., pág. 135.

es donde se nos presenta un problema ya que no existe correspondencia entre lo que se dice y lo que se hace, entre los derechos que se garantizan a los ciudadanos y su efectivo ejercicio, entre los roles activos de los Estados y su tibia intervención en los mercados.

Jürgen HABERMAS, al analizar las tendencias a la crisis en el capitalismo tardío, expone en un modelo descriptivo del “Estado de Bienestar” o “capitalismo regulado por el Estado” sus rasgos estructurales más importantes. Esta forma de organización social, según este filósofo de la Escuela de Francfort, se distingue por dos fenómenos: por un lado, el proceso de acumulación de empresas y la organización de los mercados de bienes, de capitales y de trabajo; por el otro, el hecho que el Estado interviene en las crecientes fallas de funcionamiento del mercado ²⁶.

Según Claus OFFE, este Estado “se caracteriza, más bien, por estructuras organizativas y constitucionales cuya selectividad específica se ordena a reconciliar y armonizar la economía capitalista organizada privadamente y los procesos de socialización disparados por esta economía” ²⁷.

En el último medio siglo el Estado moderno ha asumido funciones nuevas en la inmensa mayoría de países desarrollados, interviniendo en la economía y asumiendo cada día un mayor número de funciones de beneficio social o de interés colectivo.

Esta nueva construcción de un Estado benefactor pretende dejar atrás el modelo de capitalismo liberal y conformar un modelo donde los diferentes sistemas sociales funcionen de la siguiente manera:

Gráfico N° 1



26 HABERMAS, Jürgen, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1998, pág. 49.

27 OFFE, Claus, *Contradicciones en el Estado de Bienestar*, Alianza Editorial, Madrid, 1990, pág. 61 y sgtes.

Este modelo sistémico expuesto por Claus OFFE y seguido, con algunas variantes, por HABERMAS, funciona de la siguiente manera: el sistema económico depende de la continua intervención estatal eliminando sus defectos internos de funcionamiento (servicios reguladores); por su parte, el sistema económico transfiere (a través del pago de impuestos) partes del valor producido en él al sistema político-administrativo (recaudación fiscal). El sistema político-administrativo se vincula al sistema socio cultural por las expectativas, demandas y pretensiones a las que se ve enfrentado y ante las cuales reacciona a través de servicios organizativos y otros del Estado de Bienestar (rendimientos sociales del Estado). Por otra parte, la autonomía y capacidad de acción del sistema político-administrativo depende de la lealtad de masas (apoyo difuso)²⁸. El sistema político administrativo debe mantener equilibradas las relaciones con los otros dos sistemas para evitar crisis que afecten sus relaciones con ellos (crisis de racionalidad en su relación con el sistema económico²⁹ y crisis de legitimación en su vinculación con el sistema socio-cultural)³⁰.

El sistema político-administrativo a fin de mantener su legitimidad en el ejercicio del poder debe brindarle al sistema socio-cultural los rendimientos sociales del Estado, a cambio de una difusa lealtad de masas. Este tipo de apoyo difuso, según OFFE, puede describirse como la capacidad del sistema administrativo para ganarse una auténtica aceptación de sus estructuras, procesos y resultados políticos efectivos³¹.

El Fisco, como explica HABERMAS, debe cargar con los costos comunes de una producción cada vez más socializada: los costos de obras de infraestructura que atañen directamente a la producción

28 OFFE, CLAUS, ob. cit., pág. 61 y sgtes.

29 THURY CORNEJO, Valentín, *Juez y división de poderes hoy*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires 2002: "La crisis económica o fiscal hace referencia a la tendencia de las demandas de intervención dirigidas al Estado a crecer más rápidamente que las posibilidades para producir respuestas intervencionistas por parte de éste, con lo cual nos introducimos en una de las típicas paradojas del sistema, en la cual se requiere un mayor intervencionismo estatal, pero, si éste se produjera, amenazaría las posibilidades de desarrollo económico del sistema capitalista. El Estado de bienestar, por lo tanto, debe responder a una doble dinámica de mercantilización-demercantilización, según la cual la propia supervivencia del Estado supone su autolimitación frente al sistema capitalista, al mismo tiempo que la morigeración de sus efectos perversos requiere de su intervención operativa" (pág. 131).

30 HABERMAS, ob cit., pág. 81.

31 OFFE, Claus, Ob. Cit., pág. 69.

(sistemas de comunicaciones, progreso técnico-científico, formación profesional); los costos del consumo social que afecta indirectamente a la producción (construcción de viviendas, acondicionamiento del tránsito, salud pública, educación, seguridad social); los costos de la asistencia social (planes y subsidios para desempleados) y, por último, los costos externos generados por las empresas privadas (deterioro del ambiente). A esta lista hay que agregarle, para países del tercer mundo como el nuestro, el costo del pago de deuda externa (Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional)³². Todo ello debe financiarse con lo recaudado del cobro de impuestos.

V. La Justicia administrativa como canal institucional de participación ciudadana

Desde el nacimiento de las sociedades modernas la limitación y control del poder constituyó una meta de los sistemas políticos democráticos³³. Como ya vimos, en el plano institucional, la división de poderes³⁴ es por antonomasia, la técnica clásica más eficaz de control que se encuentra disponible en los países civilizados, idea originada en los pensadores pre-revolucionarios³⁵ que a fines del siglo XVIII buscaron racionalizar el gobierno y limitar las facultades absolutas del monarca³⁶.

32 Ampliar en: LOZADA, Salvador María, *La deuda externa y el desguace del Estado nacional*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002.

33 Ampliar en ABRIL, Ernesto, *Las limitaciones del Soberano*, B.E.F.D.P, México, DF, 1998.

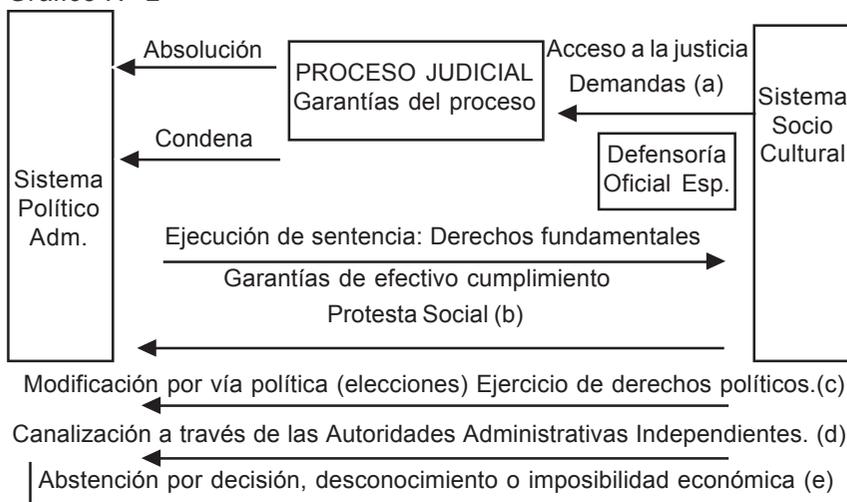
34 A pesar de la división de poderes, el poder del Estado, es percibido por los ciudadanos, como único. Así lo expresó VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín (*Derecho Administrativo*, Tº V, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954, pág. 97) quien en un pasaje sumamente ilustrativo expresó: "El poder del Estado es unívoco. Impone su voluntad a los individuos por medio de órganos especializados, a los cuales se atribuyen por el ordenamiento constitucional determinadas funciones. Como ya se ha manifestado, el poder en sí mismo no puede ser objeto de división ni de partición; su desmembración no podría cambiar su substancia".

35 Ampliar en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, Civitas, Madrid, 1994.

36 "La idea de someter el Poder sistemáticamente a un juicio en el que cualquier ciudadano pueda exigirle cumplidamente justificaciones de su comportamiento ante el Derecho -afirmó GARCÍA DE ENTERRÍA- es una idea que surge del Estado montado por la Revolución Francesa, pero que aparece de manera ocasional". Conf. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, "La Lucha contra las inmunidades del Poder", Revista de Administración Pública Español (RAP), N° 38 y posteriormente editado como libro, en Civitas, Madrid, 1974 y reeditado por la misma editorial en 1995.

Fue el derecho constitucional en su devenir histórico, el que tuvo la misión de instrumentar los medios para hacer efectivo ese control del poder, utilizando a tal fin diversas técnicas jurídicas ³⁷. Esta función del Poder Judicial puede ser incluida en el modelo de relación sistémica entre la organización política administrativa estatal y la sociedad civil (gráfico N° 2), identificando las etapas del proceso (en sentido amplio, no jurídico) en las que se deben efectivizar las garantías del concepto de tutela judicial efectiva (acceso a la Justicia, garantías durante el proceso y garantías de efectivo cumplimiento de la decisión judicial), agregando a estas consideraciones las alternativas racionales en que se puede expresar la conducta de la sociedad frente al gobierno.

Gráfico N° 2



37 ZIULU, Adolfo Gabino, *Derecho Constitucional*, ob. cit., T° I, pág. 41, explicó que “[e]l constitucionalismo es el proceso histórico en virtud del cual se van incorporando, a las leyes principales de los Estados, disposiciones que protegen la libertad y la dignidad del hombre, y limitan adecuadamente el ejercicio del poder público”. Isidro MOLAS, por su parte (*Derecho Constitucional*, Tecnos S.A, Madrid, 1998, pág. 31), dijo al efecto que “[a]sí apareció el constitucionalismo, que ha comprendido distintas orientaciones ideológicas y políticas, con el fin de situar al Estado bajo el control de los miembros de la comunidad y garantizar la seguridad en el disfrute de los derechos de la persona, es decir eliminar la arbitrariedad del poder”.

En este modelo esquemático se puede observar cómo la disconformidad social, producto de la incompleta satisfacción de las expectativas creadas, se puede canalizar en cuatro tipos ideales de acción social: a) Conducta de reclamo judicial que se expresa a través del inicio de una demanda solicitando el reconocimiento de un derecho ante el Poder Judicial. Esta acción debiera ser facilitada por la presencia de defensorías oficiales especializadas en derecho público. b) Conducta de protesta social intentando modificar las decisiones gubernamentales y/o transformar el sistema político institucional. c) Conducta político electoral, ejerciendo el derecho político del voto y tratando de modificar las políticas estatales a partir del cambio de los actores políticos. d) Conducta de canalización a través de las Autoridades Administrativas Independientes. e) Conducta de abstención social por decisión propia, desconocimiento de los derechos que le asisten o imposibilidad económica de utilizar las vías judiciales.

¿Todas aquellas situaciones que generan disconformidad social pueden ser canalizadas indistintamente por estos cuatro tipos de conductas positivas (a, b, c y d)?

En un Estado social democrático de derecho como el formalmente establecido en nuestra Constitución, la respuesta a esta pregunta debe ser afirmativa ya que el ordenamiento jurídico ha reconocido los derechos individuales, los derechos políticos, los derechos sociales y por último los llamados derechos de tercera generación (protección de género, medio ambiente, patrimonio cultural, etc.).

La experiencia de nuestra nación en su reciente historia política, nos muestra que las protestas sociales que se iniciaron durante la década del 90 adoptaron novedosas formas y modalidades como cortes de ruta, piquetes, asambleas barriales, etc.

En la mayoría de los casos la disconformidad se funda en la exclusión y pobreza a que fueron sometidos determinados grupos de ciudadanos por las políticas neoliberales del gobierno del Presidente Carlos Menem. Todos los reclamos tenían como objeto la satisfacción de un derecho social (alimentación, salud, vivienda, trabajo, etc.) y estaban dirigidos a obtener la intervención directa del Estado para resolver su problemática.

Como lo explica el informe del CELS sobre “El Estado frente a la protesta social. 1996-2002”, “A diferencia de la huelga -que suele expresar un conflicto privado entre empleadores y empleados- en los cortes de ruta siempre se interpela a los funcionarios del Gobierno porque se trata de reclamos que exigen la intervención

directa del Estado al cuestionar la cosa pública...”³⁸. Los piqueteros usaron el espacio público para exigir a los representantes de los poderes del Estado respuestas concretas a problemas concretos.

Estas formas de protesta fueron utilizadas por los sectores excluidos y por grupos territoriales de diferentes partidos de izquierda como herramienta para modificar su situación y obtener una efectiva satisfacción de sus necesidades, muchas veces, vitales.

La respuesta del Estado frente a la protesta social, desde el derecho, se ha encargado de criminalizar las conductas de los sectores sociales reclamantes calificando los actos de protesta como ilícitos penales.

Independientemente de la legitimidad del uso de cualquiera de las vías expuestas frente a la disconformidad del ciudadano con el sistema social, consideramos que la utilización del reclamo judicial (a) puede brindar, en ciertas condiciones, resultados concretos en un corto plazo y con la posibilidad de generar en el ámbito procesal un genuino intercambio de argumentos y razones respecto de los derechos fundamentales en juego.

La inexistencia en la práctica de todos los canales de conductas positivas institucionalizadas (a, c y d) recargan tanto la conducta positiva no institucionalizada (b) como la conducta negativa (e).

Un ejemplo concreto de la canalización institucional de los reclamos ciudadanos fue la masiva interposición de acciones judiciales de amparo ante la Justicia Federal por parte de los ahorristas argentinos cuyos depósitos bancarios fueron retenidos por las instituciones crediticias, en virtud de una decisión del Gobierno nacional materializada a través de los decretos 1570/01, 214/02 y 320/02³⁹.

Como lo explica Agustín GORDILLO, esta medida económica dictada por el Poder Ejecutivo Nacional, conocida como “corralito”, “...llevó a una multiplicación de acciones que -según algunas cuentas; nadie lo sabe exactamente- deben andar por las doscientas mil, doscientas veinte mil acciones de amparo por el corralito solamente...El magistrado tiene que resolver todo. Los casos son enormemente diversos y numerosísimos, pero por su parte la administración pública no hace absolutamente nada, ni siquiera arre-

38 Centro de Estudios Legales y Sociales, *El Estado frente a la protesta social*, Siglo XXI Editores Argentina S.A., Buenos Aires, 2003, pág. 21.

39 Ampliar en el trabajo de Mauricio OBARRIO, “La acción de amparo en la emergencia”, en la obra colectiva *El derecho administrativo de la emergencia*, III, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, pág. 77 y sgtes.

gla por lo menos los problemas que la propia norma contempla. Ella no los resuelve y los Bancos tampoco...”⁴⁰.

Dafne Soledad AHE describió esta situación diciendo que: “Si bien no se poseen datos exactos, ha sido reconocido por el Fuero Contencioso Administrativo Federal el inicio de 120.000 causas promovidas para impugnar las normas legales y complementarias que establecieron restricciones cuantitativas y cualitativas para el retiro de depósitos constituidos en el sistema financiero de las cuales fueron remitidas a los Juzgados de Primera instancia sólo 65.000. Sin embargo, se estima que faltan ingresar al sistema informático de la Secretaría General del Fuero Contencioso Administrativo Federal alrededor de 50.000 o 70.000 causas más. Estas 120.000 (leáse amparos con medidas cautelares, medidas cautelares autónomas o amparos ley 16.986) deberán ser atendidas y resueltas por doce jueces...Estamos frente a más de 120.000 procesos que necesitan y reclaman una resolución rápida”⁴¹.

Finalmente el Poder Judicial Federal dio respuestas a esta avalancha de demandas presentadas por los ciudadanos que consideraban que la medida tomada por el Estado Nacional afectaba sus derechos constitucionales.

¿Qué hubiera sucedido si no existiese la posibilidad de reclamar por sus derechos por la vía judicial del amparo?

La respuesta obvia también la encontramos en palabras de GORDILLO quien dijo: “Si el Banco no le paga a la gente que tiene la edad prevista por la norma para que le paguen; si el Banco no le paga a los enfermos; si el Banco Central, con la oficina que creó, no atiende y no resuelve las cosas, ¿qué quiere, que la gente realmente empiece a los tiros de verdad contra sí mismo o contra el que tenga adelante? No provoquemos la furia colectiva y éstas no son palabras mías; lo dice el propio presidente de la Nación y lo dicen todos los funcionarios públicos y extranjeros: no provoquemos la ira de la gente; no la provoquemos en demasía. Ellos mismos están teniendo miedo a la furia popular, pero igual atizan el fuego no resolviendo en sede administrativa ni bancaria y, el colmo de los colmos, se queja que la justicia los resuelva...”.

40 GORDILLO, Agustín, “Justicia Federal y Emergencia Económica”, publicado en la obra colectiva *Control de la Administración Pública*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2003, pág. 117 y sgtes.

41 AHE, Dafne Soledad, “La realidad del fuero en lo contencioso administrativo federal: El desamparo del amparo”, publicado en la obra colectiva *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2002, pág. 41 y sgtes.

La Justicia administrativa es la encargada de efectuar el control de la actividad estatal e intervenir en los conflictos que se produzcan entre los particulares y la administración pública, buscando la protección de todos los derechos que el ordenamiento les garantiza a los ciudadanos.

Es de esta forma que los ciudadanos participan institucionalmente controlando la forma en que la clase política gestiona los intereses de la comunidad.

VI. Conclusiones

En el presente he tratado de demostrar que el Poder Judicial, en especial la Justicia contencioso administrativa, a pesar de no tener una legitimidad democrática de origen, posibilita prácticas concretas de toma de decisiones mediante procedimientos propios de la democracia deliberativa.

El *componente democrático* de esta intervención está dado por la posibilidad que tiene cualquier ciudadano, sin importar su poder político o económico (siempre que funcionen bien los órganos estatales de asesoramiento y representación jurídica gratuita), de abrir la discusión en el ámbito judicial, acceder a la Justicia, y exponer sus argumentos en contra o a favor de una determinada decisión pública institucional.

El *componente deliberativo* se encuentra tanto en la estructura del propio proceso judicial, como en la realización de audiencias públicas donde no sólo participan las partes sino dónde también intervienen terceros, interesados y *amicus curiae*.

Refiere HABERMAS que la teoría discursiva, a diferencia de la concepción liberal y la republicana, entiende que los procedimientos y presupuestos comunicativos de la formación democrática de la opinión y de la voluntad funcionan como las más importantes exclusas para la racionalización discursiva de las decisiones de un gobierno y de una administración sujetos al derecho y a la ley⁴².

A diferencia de las prácticas deliberativas que se desarrollan en el Poder Legislativo (en tanto órgano central del sistema representativo) en el procedimiento judicial las partes de la relación procesal se encuentran identificadas, los ciudadanos recuperan la palabra, hablan por sí mismos, libremente exponen sus argumentos, cuentan sus necesidades y exigen sus derechos, frente a la

42 HABERMAS, Jürgen, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Editorial Paidós, Barcelona, 1999, pág. 244.

administración, en un pie de igualdad formal garantizado por el principio de *igualdad de armas*. Aquí no importa el peso político del accionante sino sus razones, no interesa si el reclamo proviene de un sector minoritario y excluido de la sociedad (presos, enfermos, minorías sexuales, desocupados, cartoneros, etc.) lo que importa son sus argumentos, en fin, sus derechos ⁴³.

En nuestro sistema representativo es difícil que estos grupos minoritarios encuentren la respuesta de aquellos candidatos a quienes votaron en la última elección y que, según reza nuestra Constitución, los representan y gobiernan. La acción judicial es una estrategia más para que estas personas puedan decir presente e intervenir en la arena pública con una voz propia, recuperando así su identidad política y rompiendo el conjuro mágico de la representación.

Pienso que aquel ciudadano que percibe que el Estado no está actuando correctamente, ya sea porque el accionar de la administración lesiona sus derechos o porque la omisión de ésta genera un incumplimiento de su obligación prestacional, y canaliza su disconformidad a través de la interposición de una acción judicial, está participando, de una forma racional y activamente, en la gestión de la cosa pública.

Es por intermedio del Poder Judicial, independiente del Poder político, que el ciudadano obtiene alguna respuesta a su problema, inquietud o necesidad. Aun en el caso de no prosperar su demanda, el ciudadano obtiene una explicación argumentada y con fundamentos del rechazo a su pretensión, recreándose con cada acción judicial un modelo de acción comunicativa racional entre el particular y el Estado.

El juez que, a partir de dicha acción interpuesta por un particular, solicita un informe a la administración, le ordena que cumpla con las obligaciones por ella asumidas, anula un acto viciado en sus elementos, condena a indemnizar a un ciudadano, manda a prestar un servicio o le impone el cumplimiento de un plazo legal, está dando una respuesta positiva a la demanda del ciudadano y está ayudando al Estado a administrar mejor.

43 Dejo aclarado que si bien esto teóricamente es así, el correcto funcionamiento del Poder Judicial se encuentra directamente vinculado con la forma de elección de los jueces y con su real independencia del Poder político que lo nombra. Es un ejemplo de independencia judicial la actual integración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, siendo su contracara la llamada Corte de la *mayoría automática* del gobierno de Carlos Saúl Menem.