

2º CONGRESO DE DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES.

20 y 21 de Septiembre de 2007-

Autor: Pablo Octavio Cabral.

Trabajo: Las Funciones Sociales de la Justicia Administrativa.

ABSTRACT

En el marco del estudio del papel de la justicia administrativa, con la presente ponencia pretendemos incorporar al análisis las nuevas funciones sociales del fuero especializado creado por la reformas constitucionales de la década de los 90 tanto en la CABA como en la Pcia de Bs As.

Sostendremos que, además de la clásica labor de control de la actuación de la administración pública, la nueva justicia administrativa debe actuar como una eficiente herramienta institucional para efectivizar los derechos sociales constitucionalizados (1) y para canalizar la participación ciudadana (2), todo ello en el proceso de construcción de un Estado Social, Democrático y participativo de Derecho.

Concluiremos que un Estado Social, Democrático y Participativo de Derecho requiere del poder judicial el cumplimiento de nuevas funciones sociales y que la Justicia Contencioso Administrativa es una herramienta para efectivizar los derechos sociales constitucionalizados y un carril institucional de participación ciudadana.

“LAS FUNCIONES SOCIALES DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA”

Pablo Octavio Cabral (pablooctaviocabral@yahoo.com.ar)

I.- INTRODUCCIÓN.

En el marco del estudio del papel de la justicia administrativa, con la presente ponencia pretendemos incorporar al análisis las nuevas funciones sociales del fuero especializado creado por la reformas constitucionales de la década de los 90 tanto en la CABA como en la Pcia de Bs As.¹

Sostendremos que, además de la clásica labor de control de la actuación de la administración pública, la nueva justicia administrativa debe actuar como una eficiente herramienta institucional para efectivizar los

derechos sociales constitucionalizados (1) y para canalizar la participación ciudadana (2), todo ello en el proceso de construcción de un Estado Social, Democrático y participativo de Derecho.

II.- EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO.

Para explicar la función de los controles de la administración y su vinculación con las formas institucionales de participación y la efectivización de los derechos sociales, debemos primero comprender el modelo social que integra y del que forma parte, así como sus relaciones con los otros elementos del mismo sistema.²

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).³

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 fundandose 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 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.

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.⁴

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 1949.⁵ 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.

¹ Balbín, Carlos: “Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires. Comentado y concordado”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003 y Bezzi, Osvaldo: “Las transformaciones de la Justicia Administrativa. La cuestión atinente a las vías adm previas”, RDP,2003-1,391.

² Cabral, Pablo O: “La relación entre el Sistema Institucional de Control del Poder Público y el Acceso a la Justicia Administrativa en la Provincia de Buenos Aires”, en el Libro “Acceso a la Justicia. Trabajos del Concurso Argenjus 2005” La Ley, Buenos Aires, 2006.-

³ Ampliar en Béjar, Ramón Casilda y Tortosa, José María: “Pros y contras del Estado de Bienestar”, editorial Tecnos, Madrid, 1996.

⁴ Iscaro, Rubens: “Historia del Movimiento Sindical”, Editorial Ciencias del Hombre, Buenos Aires, 1973.-

⁵ Ampliar en Berrotarán, Patricia y otros: “Sueños de bienestar en la nueva Argentina. Estado y políticas públicas durante el peronismo 1946- 1955”, Editorial Mago Mund, Buenos Aires, 2004.

El “Estado de bienestar” ha dado nacimiento a los “derechos sociales” que, aún 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, según la clásica proposición de TH 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 status legal y práctico que los derechos de propiedad, esto es, deben ser inviolables y estar otorgados en forma universal y sin ningún requisito mas que ser ciudadano. Esto supone una desmercantilización del status de los individuos con relación al mercado ya que el bienestar de estos 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.

En este contexto histórico político trataremos de sostener nuestra postura en favor del aumento de los controles de la ciudadanía sobre el sistema político administrativo, mediante argumentos que demuestren, desde un discurso teórico, que la función de las herramientas de control tendrá como resultado inmediato la efectividad del derecho de acceso a la justicia como carril institucional de participación ciudadana y como consecuencia mediata el aumento de la legitimación del poder político.

Desde un punto de vista jurídico la forma institucional que adoptan, tanto la nación como la provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a través de sus Cartas Magnas, es la de un “Estado Social de Derecho”.⁶

Las reformas constitucionales de los 90 establecieron una novedosa forma de estado de derecho donde el control de legalidad debe estar acompañado de la efectividad de los deberes de acción positiva del Estado y de la protección de los derechos que de esta acción resultan, transformando así, los contornos y funciones de la Administración Pública.

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

⁶ Molas, Isidre: “Derecho Constitucional”, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, página 47.

colectiva de las condiciones de trabajo como en la formación de planes públicos.⁷ 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.

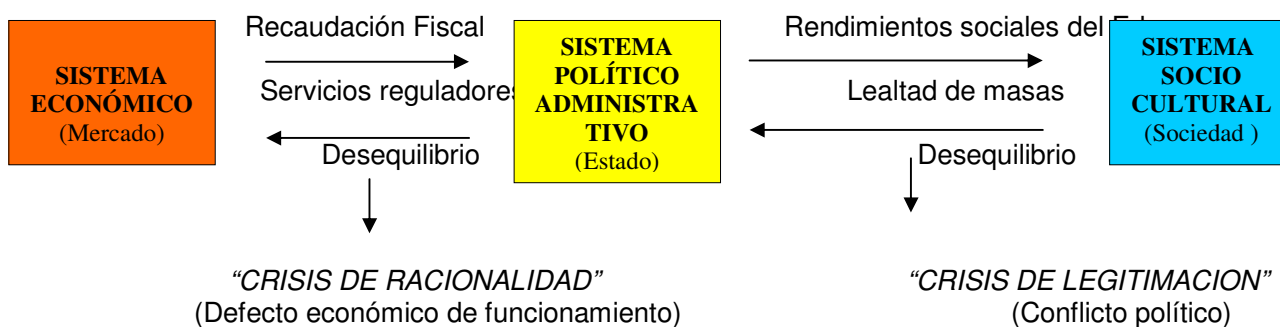
En nuestro país, los Estados provinciales dispusieron en sus constituciones locales normas que le dan forma a una organización típica de los estados democráticos de bienestar europeos. Los datos de la realidad no reflejan el predicado “bienestar” de la sociedad. Aquí es donde se nos presenta un problema 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.⁸

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”⁹

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.¹⁰

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:



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

⁷ Offe, ob cit, pág. 135.

⁸ Habermas, Jürgen: “Problemas de Legitimación en el capitalismo tardío”, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1998, pág. 49.

⁹ Offe, Claus: “ Contradicciones en el Estado de Bienestar”, Alianza Editorial, Madrid, 1990., pág. 61 y sgtes.-

¹⁰ Olivé, León: “Estado, legitimación y crisis. Crítica de tres teorías del Estado Capitalista y de sus presupuestos epistemológicos”, Siglo Veintiuno Editores, México D.F., 1985.

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).¹¹ 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 económico¹² y crisis de legitimación en su vinculación con el sistema socio- cultural).¹³

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 efectivos.¹⁴

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 (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)¹⁵. Todo ello debe financiarse con lo recaudado del cobro de impuestos.

Las conductas activas que le son ordenadas a la Administración por la actuales constituciones, hacen nacer en cabeza de los ciudadanos los siguientes derechos: a) a la igualdad de oportunidades y a la no-discriminación; b) a la tutela judicial efectiva; c) a un ambiente sano; d) a la protección social; e) a la educación; f) a la protección laboral; g) a la seguridad social; h) a la asociación en entidades intermedias, gremiales, sociales y económicas.

De los textos constitucionales se puede inferir la construcción de un renovado estatuto institucional de la Administración Pública enmarcado en un “Estado social y democrático de derecho”. Este rol activo en materia social que debe desempeñar la Administración local y nacional, como vimos, trae consigo el nacimiento de nuevos derechos en cabeza de los administrados. Esta situación debe estar acompañada por

¹¹ Offe, Claus: Ob. Cit., pág. 61 y sgtes.-

¹² 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).

¹³ Habermas, ob cit, pág. 81: “El ciclo de la crisis distribuido a lo largo del tiempo y de consecuencias sociales cada vez más graves se reemplaza ahora por una inflación y una crisis permanente de las finanzas públicas. Es un problema empírico averiguar si estos fenómenos de reemplazo han logrado dominar con éxito la crisis económica o solo indican su desplazamiento provisional hacia el sistema político. Ello depende, en última instancia, de si el capital invertido de manera indirectamente productiva logra un acrecimiento de la productividad del trabajo suficiente para asegurar la lealtad de masas y, al mismo tiempo, para conservar la marcha

¹⁴ Offe, Claus, Ob. Cit., pág. 69.

¹⁵ Ampliar en: Lozada, Salvador María, “La deuda externa y el desguace del Estado nacional”, Edicio

la modificación de los sistemas de control del poder público al que la constitución le ordenó administrar un “Estado benefactor” que intervenga complementando y sustituyendo parcialmente los mecanismos del mercado.¹⁶

III.-LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA Y LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES.¹⁷

El nacimiento de un nuevo Estado Social alteraron la tradicional teoría de la división de poderes, pensada para un Estado Liberal, y generaron nuevas funciones de control de la administración por parte del Poder Judicial. Explica De La Roque Almeida que, debido a la expansión de la actividad estatal el Poder Judicial pasó a decidir sobre materias nuevas empezando a desempeñar atribuciones que, en consonancia con la doctrina clásica de separación de poderes, no deberían ser asumidas por los jueces. Paralelamente a la asunción por el Poder Judicial de estas nuevas funciones, se inició un proceso de crítica de la actuación del sistema político en lo concerniente a la formulación e implementación de políticas públicas aptas para atender las crecientes demandas sociales.¹⁸

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 le garantiza a los ciudadanos.¹⁹

La vía procesal que actúa como garantía de la efectividad de los derechos sociales de los ciudadanos bonaerense es la llamada pretensión prestacional que permite al particular demandar ante la justicia administrativa la realización por parte del Estado de una conducta positiva o prestación.²⁰

Es por ello que la reciente jurisprudencia del nuevo fuero administrativo desmiente la teoría de la no justiciabilidad de los derechos sociales encontrando medios procesales de ampliación de la protección jurisdiccional a través de medidas cautelares anticipadas, acciones de amparo o pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de derechos en materia de salud, vivienda, reparación del medio ambiente, seguridad social, etc.

Una interpretación sistémica del ordenamiento jurídico local nos autoriza a afirmar que tanto en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como el la provincia del mismo nombre, los derechos sociales son garantizables del mismo modo que los demás derechos patrimoniales, porque los actos requeridos para su satisfacción son exigibles jurisdiccionalmente y su acción u omisión susceptible de control judicial.

La lucha por los derechos sociales y de tercera generación debe comenzar por considerar a estos derechos como bienes, incorporados a los activos de cada ciudadano y no como una abstracción conceptual que sólo puede encontrarse en un texto constitucional o un libro de la materia.²¹ La situación socio-económica de sub desarrollo por la que pasa nuestro país y región no puede conducirnos a la falacia realista

¹⁶ Brewer Carías: “Los condicionamientos políticos de la Administración Pública en los países de América latina”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Año XXVI.303, pág.91 y sgtes.

¹⁷ Ampliar en Cabral, Pablo Octavio, “La Justicia Administrativa como herramienta constitucional de control del sistema político administrativo”, Jurisprudencia Argentina, Suplemento de Derecho Administrativo, 2004-IV, 3-11-2004, p.11.

¹⁸ De La Roque Almeida, Guilherme: “O Controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário- Algumas consideracoes”, en el libro colectivo, “Sociedade democrática, direito público e controle externo”, TCU-UnB, Brasilia, 2006, p.283.

¹⁹ En la provincia de Buenos Aires la Constitución dispuso en su artículo 166 que los casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso administrativo.

²⁰ Ampliar en nuestra ponencia “La pretensión prestacional en el sistema constitucional bonaerense”, en las III Jornadas Nacionales de Jóvenes Administrativistas, organizadas por la AADA y el FORJAD, Córdoba 17 y 18 de noviembre de 2005.

²¹ Jauretche, Arturo: “Manual de Zonceras Argentinas”, Corregidor, Buenos Aires, 2005, pág. 153.

de la reducción del derecho al hecho. La distancia existente entre la norma y la realidad debe ser disminuida en tanto su reducción actuará como fuente de legitimación del sistema jurídico político, plataforma para el crecimiento y desarrollo social de las naciones.²²

IV.- LA PARTICIPACION DE LA CIUDADANÍA Y SU VISIÓN DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO.

El derecho administrativo, como aquella rama del derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta, es la herramienta jurídica indicada para institucionalizar las diversas formas de participación de los ciudadanos en la actividad de gestión de la cuestión pública.

La participación adquiere trascendental importancia en los sistemas democráticos de gobierno, ya que, como ha dicho García Pelayo: “La democracia social no se refiere solamente a la intervención en los criterios de distribución del producto, sino también a la participación en las decisiones”.

Participar es, pues, tomar parte, integrar un todo, siendo su significado literal ; tener una persona parte en alguna cosa. Como dicen Loñ y Morello: “Participa quien se inmiscuye en los problemas considerándolos como algo propio que requiere de su intervención. Participar es interesarse en lo que ocurre alrededor porque sólo es posible hacerlo en relación con los demás. El hombre aislado no participa”²³

Coincide José Rafael Regodesebes en que los pueblos tienen el derecho inalienable de vigilar y fiscalizar la correcta administración de los negocios y dineros publicos por medio de sus organismos institucionales, con sujeción al orden jurídico establecido. La democracia exige un control público fuerte.²⁴

Como ha dicho Roberto Martínez Nogueira: “El control social permanente, su organización y difusión a nuevos ámbitos podrán asegurar una mayor democratización y una más efectiva satisfacción de las aspiraciones sociales. Si la administración pública es un instrumento para tales objetivos, debe constituir una de las primeras áreas de acción donde la participación se institucionalice”

La percepción de una demanda social de mayor participación ciudadana es el correlato de las reiteradas crisis de legitimación de nuestros sistemas políticos y de la insuficiencia de la democracia representativa. Como explica Fernando Calderón; “En la actualidad los sistemas políticos se encuentran retrasados respecto del acelerado dinamismo de los cambios que experimenta la sociedad. Uno de los indicadores más sobresaliente en este sentido es que, a pesar de que la sociedad latinoamericana- como han mostrado varias encuestas- valora y defiende la democracia, se siente crecientemente defraudada por la ineficacia e ineficiencia del sistema político. Duda cada vez más de la legitimidad de éste para representar sus intereses, a la vez que demanda mayores niveles de eficiencia y efectividad al estado y la generación de espacios públicos para la participación, el diálogo y la deliberación”.²⁵

La conciencia de que muchos de los problemas socio económicos que sufren nuestras sociedades subdesarrolladas tienen directa vinculación con el modo en que funcionan las instituciones y específicamente la forma en que el Estado es administrado, genera una nueva visión de la realidad jurídica que se materializa

²² Ver Ferrajoli, Luigi y otros: “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, Editorial Trotta, Madrid, 2001.-

²³ Loñ, Félix y Morello, Augusto; “Lecturas de la Constitución”, Librería Editora Platense, La Plata, pág. 714 y sgtes.

²⁴ Regodesebes, José Rafael: “El control público”, Editorial Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1984.

²⁵ Calderón, Fernando: “ Notas sobre la crisis de legitimidad del Estado y la Democracia“ en el libro colectivo “La Democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos”, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Buenos Aires, 2004, pág. 205.

en un derecho administrativo renovado. Hoy en día es función del Estado, en un régimen democrático, proteger y fomentar la participación de los ciudadanos.

Agustín Gordillo nos dice desde su Tratado de Derecho Administrativo que: “Ya no basta el imperio de la autoridad de quien ejerce ocasionalmente el poder; ya no satisface la voz de mando, sea quien fuere el que manda y mucho menos si no es una autoridad electiva. Ahora se intente conseguir una sociedad cada vez más participativa. Los esquemas clásicos de la democracia representativa no se rechazan, pero se postulan como insuficientes: hay que crear nuevas y adicionales formas de participación del pueblo en el poder, de modo tal que su influencia en él no se limite a la elección de candidatos electorales”

Justamente uno de los principios del nuevo derecho administrativo, expuesto y explicado por Gordillo, es precisamente el de participación administrativa, según el cual la administración no puede ni debe administrar sola; el pueblo debe participar en la decisión administrativa misma.

El Estado Argentino adoptó en el artículo 1° de la Constitución Nacional una forma de gobierno representativo requiriendo para su sustentar su democracia a sistemas de sufragio directo e indirecto. Esta nueva corriente dentro del derecho público, materializada en la reforma constitucional de 1994 a través de la incorporación de nuevos institutos de participación ciudadana, trasunta una nueva concepción de la democracia donde el sistema se perfecciona con la efectiva participación del ciudadano en la “res pública”.

Si bien la Carta Magna establece en su artículo 22 que *el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes*, los alcances y matices de la representación popular deben ser armonizados con las formas semidirectas de democracia que surgen del propio texto constitucional (Art. 39 y 40 CN).

Volviendo a la aplicación del principio de participación, tanto en el procedimiento administrativo como en el proceso judicial posterior, hay que recordar que esta garantía es un desprendimiento del clásico derecho constitucional de peticionar ante las autoridades.²⁶

V- EL CONTROL JUDICIAL COMO UNA FORMA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA.-

Desde el nacimiento de las sociedades modernas la limitación y control del poder constituyó una meta de los sistemas políticos democráticos²⁷. En el plano institucional, la división de poderes²⁸ es por antonomasia, la técnica clásica más eficaz de control que se encuentra disponible en los países civilizados, idea originada en los pensadores pre-revolucionarios²⁹ que a fines del siglo XVIII buscaron racionalizar el gobierno y limitar las facultades absolutas del monarca³⁰.

Fue el derecho constitucional en su devenir histórico, quien tuvo la misión de instrumentar los medios para hacer efectivo ese control del poder, utilizando a tal fin, diversas técnicas jurídicas³¹

²⁶ Brewer Carías, Allan: “Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina”, Editorial Legis, Bogotá, 2003.

²⁷ Ampliar en Abril, Ernesto; “Las limitaciones del Soberano”, B.E.F.D.P, Mexico, DF, 1998.

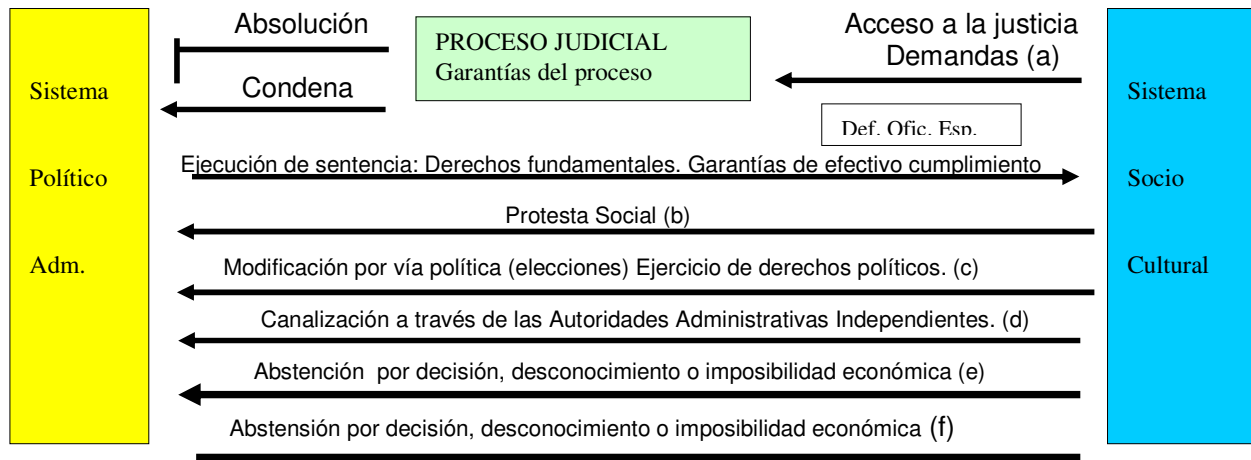
²⁸ A pesar de la división de poderes, el poder del Estado, es percibido por los ciudadanos, como único. Así lo expresó Villegas Basavilbaso (Benjamin “Derecho Administrativo” T° V, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954, pág. 97.

²⁹ Ampliar en García de Enterría, Eduardo “Revolución Francesa y Administración Contemporánea”, Civitas, Madrid 1994.

³⁰ “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, quien afirmó (págs. 13 y sgts. de la reedición de 1995).

³¹ 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”. Molas, Isidre 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

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.



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) Utilización de medios masivos de comunicación³² f) 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, d y e)?

En un Estado social democrático de derecho como el formalmente establecido en nuestra constitución, pareciera que 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.).

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”.

³² Un ejemplo paradigmático es el espacio del noticiero de Canal 13, Telenoche, donde se emite “Malnatti, El Ciudadano”, en el que la población plantea sus problemas vinculados con, por ejemplo, contaminación, medicamentos, discapacidad, servicios públicos, etc. En el periodismo impreso existen experiencias como la de la sección de “El Defensor Ciudadano” que se imprime en el Diario El Día de La Plata.

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, d y e) recargan tanto la conducta positiva no institucionalizada (b) como la conducta negativa (f). 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 320/02.³³

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 arregla por lo menos los problemas que la propia norma contempla. Ella no los resuelve y los Bancos tampoco...”³⁴

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 proceso que necesitan y reclaman una resolución rápida”.³⁵

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

³³ Ampliar en el trabajo de Mauricio Obarrio: “La acción de amparo en la emergencia”, en la obra colectiva “El derecho administrativo de la emergencia, IIP”, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, pág. 77 y sgtes.

³⁴ 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.

³⁵ 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.

provoquemos la furia colectiva y estas 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...”

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 le 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. Para que el acceso a la justicia administrativa funcione como un canal institucional de participación ciudadana en el control del sector público deben existir una cantidad suficiente de jueces, con un nivel mínimo de dependencia del poder político y las vías procesales no deben ser obstruidas por obstáculos que limiten el ingreso de acciones (legitimación- habilitación de instancia), que lo desalienten (régimen de costas, duración del juicio, etc) o lo tornen abstracto (ejecución de sentencia, régimen de medidas cautelares).

VI.- PONENCIAS.-

- 1- Un Estado Social, Democrático y Participativo de Derecho requiere del poder judicial el cumplimiento de nuevas funciones sociales.
- 2- La Justicia Contencioso Administrativa es una herramienta para efectivizar los derechos sociales constitucionalizados y un carril institucional de participación ciudadana.