

## PARTICIPACION CIUDADANA

### Marco conceptual y realización de la tutela judicial efectiva, a través del accionar judicial.

Por **Eduardo R. Florio**

*Profesor Titular de Derecho Político y de Derecho Constitucional Argentino Facultad de Derecho. UNLZ*

#### I MARCO CONCEPTUAL

A partir de las Reformas del Estado que se inician a fines de los ´70 y se profundizaron en los ´90, el Estado nacional comienza a transferir buena parte de los servicios públicos y competencias a los gobiernos provinciales y éstos a su vez a sus municipios en un marco de descentralización y mayor participación ciudadana como uno de los factores de la consolidación del sistema democrático.

El eje central de la participación giró en torno a la creación de nuevos mecanismos institucionales con el objetivo de lograr la articulación de políticas públicas entre los diferentes ámbitos y espacios de decisión política, sean estos provincial, regional o municipal. La innovación institucional durante la década de los noventa da cuenta de la creación de múltiples instancias de participación y articulación como *consejos sectoriales y territoriales, audiencias públicas, entes de participación para la promoción y el desarrollo, entre otros* - para potenciar capacidades decisionales y de gestión en ámbitos nacionales, regionales y locales.

Los ejes fundamentales giraron en torno a la descentralización hacia ámbitos locales de gobierno, creación de canales y espacios de participación local y regional, instrumentación de modelos de gestión con crecientes grados de autonomía y adaptación a realidades heterogéneas.

La crisis de fines de los ochenta significó para los gobiernos centrales la imposibilidad de responder de manera satisfactoria a las crecientes demandas de la sociedad civil, con ello, en los países de América Latina se comienzan a implementar una serie de reformas políticas, administrativas y económicas que inician el proceso de descentralización, rompiendo con una fuerte tradición centralista proveniente desde épocas de la independencia ( Montecinos, E: 2005). Muchas de ellas enmascaradas bajo la llamada reforma del Estado.

La descentralización del Estado significó un proceso de transformaciones sociales y políticas mediante las cuales se transfirieron funciones y competencias del Estado central a unidades políticas infranacionales, donde puede observarse desde un otorgamiento de autonomías locales muy amplias hasta formas limitadas que solo condujeron a la desconcentración.

Fueron diversos los objetivos que se pretendían alcanzar con la descentralización, desde la construcción nacional, la democracia local, el establecimiento de la libertad de

comunidades políticas individuales hasta la eficiencia administrativa y el desarrollo económico y social.

El enfoque político considera una cuestión central la vinculación entre el proceso de descentralización y el de democratización de la gestión pública, específicamente, con la capacidad atribuida a este proceso para incrementar la participación de los ciudadanos y una mayor accesibilidad a las autoridades y al control de la actividad de las mismas, marcados por las ansias de limitación al decisionismo anterior. Sin embargo también se insiste en que la descentralización puede dar lugar a que el poder sea copado por una oligarquía local, sin una adecuada representación de la sociedad local. Adviértase quizás en los grandes personalismos municipales, como rémora de ese afán “delegativo”.

El tema de la democracia local alude a la escala en la cual se pueden ejercer derechos de ciudadanía, participación política y constitución de una comunidad política local. Independiente del objetivo inicial que se adjudique a la descentralización, existe consenso respecto de que se trata de un proceso político que ha apelado a una nueva forma de gobernar que –de la mano de la reconfiguración del Estado e inspirado en la idea de incluir a la ciudadanía en las decisiones públicas- se propuso fortalecer y consolidar un camino político más democrático y eficiente para la región.

Sin embargo, aunque los procesos de descentralización están evolucionando positivamente, dicho avance no se ha acompañado de aspectos institucionales y políticos necesarios para consolidar el proceso.

Estas y otras consecuencias se pueden identificar como los efectos no deseados de la descentralización y pueden ser las causantes de que las políticas públicas implementadas durante el proceso no hayan sido eficientes, eficaces y útiles para la comunidad como se esperaba.

No hay indicios concluyentes de que la descentralización haya generado una tendencia generalizada a la participación ciudadana y a incrementar con esto la eficiencia de la gestión pública.

Las instituciones políticas han jugado un importante rol en la explicación de la variación de la descentralización tanto en su forma, intensidad, éxitos y fracasos.

La descentralización está arraigada en rasgos y características de la constitución, el sistema electoral y los sistemas de partidos. Estos diseños institucionales tienen consecuencias importantes para el éxito o fracaso de los esfuerzos por descentralizar un país.

El reconocimiento de las dificultades descripta en el punto anterior y el debate sobre sus soluciones apuntan en su formulación genérica al desarrollo de ámbitos y vías de participación ciudadana que permita cubrir las deficiencias y repensar la naturaleza de los problemas estructurales de la democracia representativa.

Surgen así ideas sobre formas alternativas de ejercicio de la voluntad popular entre las que se destacan prácticas de democracia directa o semidirecta que resultan en el concepto de democracia participativa.

Bajo esta perspectiva, se recomienda que la democracia representativa pueda y deba ser combinada con instituciones de participación ciudadana directa, lo que posibilitaría

mayor presencia de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones. Ambos modelos del ejercicio del poder no constituyen sistemas excluyentes, sino más bien complementarios y compatibles entre sí.

Sin embargo, la participación avanza limitadamente; aunque las leyes constitucionales le dan entidad institucional, los aparatos burocráticos dicen en muchos casos estar de acuerdo con ella, numerosas políticas públicas la proclaman, pero en la práctica se le ponen fuertes trabas y dificultades, y las frustraciones que han acumulado las sociedades latinoamericanas en este campo son incontables. Por ejemplo, la reforma de 1994, si bien constitucionaliza la consulta y a iniciativa, nunca fueron puestas en práctica.

La tradición autoritaria presente tanto en las instituciones del estado como de la sociedad, escasa organización social, resistencia a la participación tanto de la sociedad como de los gobernantes y funcionarios, restricciones temáticas, y de procedimientos, creo influyeron en el fracaso.

Las innovaciones institucionales no pueden vencer la inercia del pasado dado que la cultura cívica sería un agregado decisivo para el estímulo participativo de la sociedad.

La herencia e inercia históricas penetran en las instituciones, las culturas organizacionales y, en ese sentido orienta el comportamiento de grupos e individuos

La existencia y el particular diseño de algunas instituciones, entre ellas de participación ciudadana en la gestión pública, permiten pensar que tal proceso se vuelva más o menos posible.

Estas instituciones al establecer las reglas del juego, también afectan el desempeño de los actores y la dinámica de los procesos sociales y políticos, dado que incorporan y excluyen, es decir, establecen quienes en base a qué recursos, demandas y procedimientos son aceptados como legítimos en un proceso de decisiones para alcanzar determinados resultados.

De esta manera, los diseños institucionales de participación ciudadana fijan procedimientos, poderes, competencias y estructuras que se transforman en incentivos para iniciar o no procesos participativos y facilitan u obstaculizan la participación social de la comunidad organizada en la decisión pública.

Así, podemos decir que las instituciones y su diseño, pueden contribuir a mejorar el desempeño de una sociedad dada pero también a empeorarlo, ya que se pueden producir importantes sesgos económicos, sociales y políticos que afectan negativamente a grupos o sectores persistiendo instituciones ineficientes en la sociedad en general. El clientelismo y la corrupción se impregnan en las instituciones, las desvirtúan o las niegan.

La emergencia de nuevas funciones y prestación de servicios sociales en instancias provinciales, conjuntamente con la demanda social de mayor participación en la definición de políticas públicas, prefiguran para los gobiernos provinciales nuevos desafíos que impactan fuertemente sobre la estructura institucional y organizacional de las administraciones públicas provinciales.

El sistema político democrático, debatió e impulsó la institucionalización de “nuevos derechos”, que quedaron consagrados en la reformada Constitución en 1994.

A los ya establecidos derechos individuales y políticos reconocidos, se incorporaron, con un carácter renovado, nuevos derechos sociales, estableciéndose la protección a la familia, la igualdad de género, el amparo a la niñez, a la formación de la juventud, a la vejez, a los discapacitados y a las comunidades indígenas a través de las llamadas políticas activas.

Estas políticas fueron adquiriendo un respaldo jurídico-normativo a partir de la sanción de leyes y aprobación de tratados internacionales del derecho internacional de los derechos humanos y la formulación de objetivos, contenidos y programas que tendrían como ejes fundamentales: la descentralización hacia ámbitos locales de gobierno, creación de canales y espacios de participación, instrumentación de modelos de gestión con crecientes grados de autonomía y adaptación a realidades heterogéneas.

Los formatos institucionales que fueron adquirieron los diversos mecanismos de participación reconocen un amplio espectro de posibilidades que van desde diseños exclusivamente locales a instancias regionales o provinciales de participación en la formulación e implementación de políticas públicas.

Los elementos que se tuvieron en cuenta fueron la recuperación de lo “institucional” mediante la descentralización y democratización del sistema, la jerarquización de los recursos humanos y la adecuación de la infraestructura y equipamiento necesario para satisfacer la demanda.

Se prefigura un accionar que va diferenciando entre “los de afuera” y “los de adentro” cuestión que muchas veces está relacionada con la disponibilidad de tiempo, las retribuciones económicas y el conocimiento específico sobre el tema que cuenta cada grupo. Notemos la frustración en institutos Participativos en Seguridad o en Educación. Cómo se sostiene en estas investigaciones “Los de afuera, en ocasiones, se sienten minimizados, maltratados; quienes ocupan estos lugares manifiestan que arriesgan mucho que se exponen mucho, tanto frente a sus representados como a los funcionarios de turno” y los “de adentro” se apropian de los mecanismos.

Vemos con optimismo el accionar judicial en ciertos casos sobre mecanismos constitucionales (CEPIS c/ Ministerios de Energía) donde cobran vida, por ejemplo las negadas audiencias públicas.

Queda por asegurar la participación ciudadana como mecanismos de control de la concreción y la eficacia de políticas públicas en los ámbitos de la seguridad, la educación, la vivienda, la salud que desarrollaremos, a continuación aproximándonos “acciones de clase”.

## II ACCIONAR JUDICIAL

Comenzaremos diciendo que las acciones de clase son una forma de proceso judicial cuya característica principal es que un grupo de personas (que precisamente constituyen *la clase* es representado por otra, legalmente legitimada para asumir esa representación.

Se basa en tres premisas básicas. (i) La existencia de un número importante de afectados; (ii) La reunión de todos ellos en un solo juicio resulta muy compleja o imposible, poniendo en peligro su acceso a la justicia; (iii) La causa de afectación es única. Es decir, existe un mismo hecho que ocasiona una pluralidad de afectados.-

El art. 43 de nuestra Constitución dispone que "*Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.*

A partir de la reforma constitucional del año 1994, nuestro ordenamiento jurídico incorpora una *nueva* categoría de derechos cuya protección debe ser garantizada para preservar el interés público: los derechos de incidencia colectiva. Ellos integran una familia de intereses que conciernen no al individuo sino a una comunidad entera. Luego de un proceso histórico de reconocimiento que fue desde los derechos individuales, los sociales y llegando a aquellos que no encarnan ni se titularizan por lo que es el ser humano, ni por lo que hace.

Los jueces en el marco del llamado activismo judicial comienza a ampliar desde el caso Catan en 1983, poniendo más el foco en la incidencia más que en la legitimación y más recientemente en temas tales como la política carcelaria (Verbitsky, 2005), la reparación ambiental (Mendoza 2006, 2008) el trascendente caso Halabi (2009) y en el año pasado Cepis c/Ministerio de energía referido al aumento de Tarifas de Gas (2016)

La Corte Suprema ha reconocido que un aspecto legítimo de la acción de clase es que otorga una posición más fuerte a la clase, ya que sirven para evitar la producción de múltiples procesos sobre la misma cuestión. La decisión en una acción de clase tiene una fuerza superior a una decisión en un litigio individual, que también evita fallos contradictorios siendo que este tipo de acciones pueden ser iniciadas por cualquier miembro del grupo o clase.

Debe existir una afectación clara del acceso a la justicia pues la defensa aislada puede no ser eficaz en el marco de la tutela judicial efectiva de los derechos por su trascendencia social o por las características especiales de los sectores afectados. Claro está que debe existir un "caso" o "causa" conformándose al mandato del art. 116 de la Constitución Nacional o por la exigencia del art. 2 de la Ley 27, "el interés es la medida de la acción" no hay acciones que persigan el control de la mera legalidad de una disposición normativa.

Debe existir la legitimación (activa) para ejercerlos. Es decir, determinar quiénes son los sujetos que tienen capacidad legal de ejercer, en nombre de toda la comunidad, la acción para reclamar ante una infracción, o ante un hecho lesivo. El propio artículo 43°

CN aborda esta cuestión, estableciendo que los legitimados para llevar adelante esta acción de amparo son: **El afectado**; **El Defensor del Pueblo**; y **Las asociaciones registradas**. Si bien es importante determinar quién será el representante, y lo hace la ley; es trascendente determinar quiénes son los representados (la clase).

Es complejo y necesario definir el término ‘*afectado*’ porque, justamente, lo que concreta a la incidencia colectiva es la pluralidad de *sujetos afectados*. Recordemos que si no existe un afectado, en tanto sujeto que padeció un perjuicio determinado, ninguna acción judicial es posible; la existencia de un perjuicio es un recaudo insustituible a la hora de reclamar un derecho en los tribunales ya que, obviamente, sin perjuicio, no hay acción de daños, ni tampoco habrá amparo, debe existir un ‘perjuicio diferenciado’ susceptible de ser tratado judicialmente, lo cual amplía el universo de los sujetos que pueden ser calificados como “particulares afectados-damnificados”.

Aclararemos que debe existir una causa fáctica o jurídica homogénea que afecta al grupo o clase y que en definitiva es lo que hace razonable la realización de un único juicio con fuerza expansiva de la cosa juzgada al grupo o clase.

Respecto a la legitimación, se ha excluido al **defensor del pueblo y a las asociaciones de las causas patrimoniales**. Eso sí, ello en la medida que la regla sigue siendo la misma: sólo resultará autorizado hacerlo colectivamente aquella clase afectada por una causa homogénea fáctica común.

En segundo lugar, en cuanto a la pretensión, la acción de clase progresa en la medida que se enderece para lo resultará necesario un sistema de notificaciones, publicidad, efectos expansivos de cosa juzgada de la sentencia y ausencia de costas. Desde la función legislativa la ley asegurará en una reglamentación adecuada a estos contenidos constitucionales

El tercer legitimado para llevar adelante amparos colectivos, por el artículo 43° de la CN son las **asociaciones**. Sin embargo, esa legitimación está condicionada a que la respectiva asociación esté registrada de conformidad a una ley que reglamente su ejercicio. (*...las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...*, dice el artículo 43° CN). La ley no se ha dictado, pero los jueces verificaran en los estatutos de las mismas la correspondencia de sus fines con el derecho afectado, a fin de no denegar el acceso a la justicia y más concretamente con la tutela judicial efectiva. Se tuvo en cuenta especialmente la finalidad (que no sea contraria a la ley, que sea acorde con el objeto demandado) y a un esquema mínimo de organización, preferentemente, con existencia de estatuto social (que a la vez permita cotejar las referidas metas institucionales”).

Con referencia a este aspecto la Corte en “Halabi” se refirió a la causa única de afectación. Esta fórmula explica que la ocasión del daño que merece tutela es única,

pero tiene la característica de afectar a una pluralidad de sujetos; precisamente aquellos individuos que integran la 'clase'. En ese sentido, el considerando respectivo dice "13) Que la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una **causa fáctica común**, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados. El primer elemento es la existencia de un hecho único o complejo que causa **una lesión** a una pluralidad relevante de derechos individuales. El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el **daño** diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho. Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda.

Reunidos los recaudos precedentes cabe abordar la sentencia que en las mismas se dicte. Como en todas las sentencias sus efectos hacen cosa juzgada respecto a los hechos conocidos y decididos en el proceso. Hasta el arribo jurisprudencial de este tipo de procesos sus efectos no alcanzan a terceros ajenos al proceso. En los procesos colectivos, sin embargo, afectan a terceros que han sido ajenos al mismo, exceden a las partes. NO obstante la sentencia que desestima el amparo colectivo no causa cosa juzgada material, permitiendo que otro legitimado que ha sido ajeno al proceso pueda iniciar la misma acción.

El fallo favorable, hace cosa juzgada para el demandado y todos los consumidores y usuarios que formen la clase; salvo para aquellos que manifestaron su voluntad de no ser abarcados por la misma por aplicación del art 54 de la ley de Defensa del Consumidor en su primero párrafo.

Finalmente en el caso de rechazo de la acción el fallo no hace cosa juzgada en sentido material. Ello así porque el artículo se refiere a los efectos de la sentencia, 'favorable a la pretensión de la clase'. La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga (Conf. artículo 54°, párrafo 2°). Ya que como lo expresa, no incluye a los veredictos que sean opuestos a la clase.

En el caso “Halabi”, materia de publicidad, se adicionaron dos deberes procesales específicos: *notificaciones y publicidad*.

### III A MODO DE CONCLUSIÓN

Finalmente, concluyendo, que desde la participación ciudadana, en las cuestiones políticas, públicas, en el proceso de toma de decisiones, cabe enmarcarse con los principios rectores de la participación como complementaria del sistema representativo, pensando al órgano jurisdiccional como derivado del mismo, y al de la tutela judicial efectiva. Destacando que se entiende por participación ciudadana, el involucramiento activo de los ciudadanos en aquellos procesos de toma de decisiones públicas que tienen repercusión en sus vidas.

Para finalizar debemos resaltar que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende en un triple e inescindible enfoque: La libertad de acceso a la justicia, eliminando los obstáculos procesales que pudieran impedirlo; obtener una sentencia de fondo, es decir motivada y fundada, en un tiempo razonable, más allá del acierto de dicha decisión; y que esa sentencia se cumpla, o sea a la ejecutoriedad del fallo.

El art.18 de la Constitución Nacional establece la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos y a su vez el art.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), con jerarquía constitucional conforme al art.75 inc. 22 de la Constitución Nacional, reconoce a toda persona el derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente, imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Complementado por el art. 25 de dicho instrumento internacional con el derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Así, participación ciudadana y tutela judicial entendemos se enhebran en este trabajo de aproximación.