

La esfera pública escindida:

Los límites del Estado como lugar de la democracia.

Introducción¹

Hoy en día parece existir un acuerdo relativamente generalizado respecto del hiato entre una esfera pública institucional -entendida en términos de Estado- y una esfera público-política propiamente dicha -entendida en términos de participación ciudadana-. Esta deslegitimación del Estado de derecho democrático en tanto expresión de la voluntad de sus habitantes tuvo en nuestro país su punto más álgido² durante la crisis del 2001, con protestas frente a las sedes de los tres poderes públicos. En este contexto, el litigio estratégico en materia de derechos fundamentales se propone, a partir de la constitucionalización de los tratados internacionales de derechos humanos, como una nueva herramienta de participación política (CELS, 2008; Abramovich, 2007; Abramovich y Courtis, 2006; Bergallo, 2005). El objetivo de este trabajo consiste en analizar algunos de los problemas conceptuales que genera este tipo de práctica en el marco de un Estado democrático de derecho, con vistas a realizar una investigación más detallada sobre el tema. Con este objetivo se exponen primero las características generales del litigio de interés público, para analizar a continuación la principal objeción –el carácter contra-mayoritario del poder judicial- de la que ha sido objeto en la bibliografía. En tercer lugar se propone la contextualización de la práctica del litigio de interés público en el marco del paradigma deliberativo del Estado democrático de derecho, que consiste en una breve exposición de este modelo y luego del modo en que conecta con la práctica en cuestión. En cuarto lugar se exponen algunos de los problemas que deberían ser tenidos en cuenta al momento de determinar el efectivo potencial democratizador del litigio de interés público.

¹ Los comentarios y referencias de Mauro Benente y Lucas Arrimada fueron fundamentales para la redacción de esta ponencia. A ellos en particular y a los becarios del Instituto Gioja en general mi agradecimiento por las charlas y comentarios que, de un modo u otro, fueron incorporados a este trabajo.

² Al menos desde el punto de vista del reconocimiento público.

1. El litigio estratégico en materia de derechos fundamentales

A lo largo de la última década se registra en nuestro país un incremento notable del litigio de interés público. A los fines de este trabajo podríamos definirlo, de un modo quizás excesivamente genérico, como el conjunto de acciones que, por vía jurisdiccional, buscan el reconocimiento y la efectivización de los derechos humanos, receptados en la Constitución Nacional a partir de la reforma de 1994. Utilizo una definición amplia en tanto una definición más restrictiva del fenómeno, como la que propone Bergallo (2005:1), dejaría fuera una serie de prácticas que, a los fines de analizar el potencial democratizador del litigio de interés público, no pueden quedar *prima facie* excluidas. Me refiero en particular a las demandas individuales, que si bien de por sí no pueden ser calificadas propiamente de interés público, pueden tener, como conjunto, una incidencia concreta para este tipo de prácticas. Este efecto se produce en dos sentidos. Por un lado, como muestra el caso *Voto de presos sin condena* (CELS, 2008:115), una serie de demandas individuales infuctuosas sirvieron de base para la aceptación de la demanda colectiva. Por otro lado, desde el punto de vida del “recorrido” de los derechos fundamentales, esto es, su paso desde la invisibilidad judicial al reconocimiento y efectivización de los mismos, suele comenzar a partir de demandas aisladas, a través de la proliferación de las cuales, se instala la cuestión en la agenda judicial.

Este fenómeno implicó, a su vez, una serie de cambios en la dinámica institucional del Estado, visibles en el aumento de protagonismo de la sociedad civil y del poder judicial en una esfera pública tradicionalmente dominada por el poder ejecutivo y los partidos políticos. Así lo demuestra la proliferación de jurisprudencia reciente en materia de participación ciudadana, control sobre la implementación de políticas públicas, la definición local e internacional de estándares en materia de derechos humanos, la intervención judicial ante la pasividad de los poderes ejecutivo y legislativo y respecto de las transformaciones en el sistema de justicia.³

Ahora bien, el fenómeno del litigio de interés público dista de ser homogéneo y aporomático. Lo primero en la medida en que con este término se alude a una serie de prácticas procesales diversas, entre las cuales se encuentra la tradicional demanda

³ Retomo en este punto el trabajo del CELS *La lucha por el derecho* (2008). Para un análisis pormenorizado del estado de situación de los derechos humanos ver los informes anuales del CELS y de la jurisprudencia de la CSJN en la materia ver ADC (2004 y 2008).

individual, pero también la acción colectiva, el *amicus curiae* y las audiencias públicas (CELS 2008: 36 y ss.). Se trata además de un fenómeno heterogéneo en términos de competencia, tanto en lo que respecta a los fueros (civil, laboral, penal, contencioso administrativo, con la diferencia de dinámicas que caracteriza a cada uno), como a las instancias (tribunales inferiores, alzas, Corte Suprema y tribunales internacionales, con las diferencias de acceso y peso de las resoluciones que caracteriza a cada uno) (Abramovich y Courtis 2006:cap. IV). A esto debe agregarse que la estructura interna de cada derecho, así como su contexto de incumplimiento y el grado de visibilidad adquirido, determinan una diversidad de estrategias y objetivos (que van desde el reconocimiento hasta la efectivización, pasando por la determinación del alcance de cada derecho y la legitimación pasiva o responsabilidad legal frente al incumplimiento) que hacen prácticamente imposible su sistematización.⁴ Por último, la falta de estudios empíricos que permitan determinar el efectivo alcance del litigio de interés público (Bergallo, 2005:2) hace aún más difícil la reconstrucción de una perspectiva integral -un estado de la cuestión- en materia de derechos humanos, y por ende toda afirmación respecto de los alcances y consecuencias de esta práctica resulta, cuanto menos, precaria.⁵

La amplitud del concepto ha generado, por otro lado, una serie de problemas prácticos y teóricos vinculados al rol del Estado, la división de poderes y el concepto de democracia de los que difícilmente se puede dar cuenta con vagas referencias a la debilidad de las instituciones democráticas y de los espacios tradicionales de representación, o bien con la mera mención a la idea de autonomía pública.⁶ En este sentido, el despliegue del activismo judicial, que efectivamente pone en evidencia el desbordamiento de los canales tradicionales de producción y aplicación del derecho, viene a poner en cuestión un concepto de democracia tradicionalmente apoyado en la noción de representación, que por controvertido que se encuentre, sigue estando a la

⁴ Problema que se manifiesta en los múltiples trabajos dedicados al tema, que en general recurren al análisis diferenciado por casos (CELS, 2003), por derechos (CELS, 2008) o por instancias (ADC, 2005 y 2008).

⁵ De hecho, la aparente “primavera de los derechos humanos” que estaríamos viviendo desde los últimos años resulta fácilmente desmentida por un análisis focalizado del derecho a la salud -que habría sido respetado ya desde los años '90 (Clérico: 2007)- y del control de la represión estatal -respecto del cual no se registran progresos notables desde 1983 (Verdú, 2009)-.

⁶ Argumentos de este tipo se registran en casi toda la literatura favorable a esta nueva práctica, en particular en Abramovich (2007), pero también en Bergallo (2005) y Abramovich y Pautassi (2009: cap. I). Esta indefinición puede explicarse, no obstante, en la medida en que el fuerte contexto de desigualdades estructurales que caracteriza a nuestro país le da al litigio de interés público un carácter de urgencia que conspira, y con razón, con una consideración reflexiva del problema.

base de nuestra comprensión del Estado democrático de Derecho.⁷ Así, sus defensores van más allá del rol meramente arbitral tradicionalmente asociado al litigio, atribuyéndole una función auténticamente política. No se trata, afirma el CELS, de una mera exigencia al poder, sino de la determinación y efectivización de un programa de gobierno (2008:20), y escapa, como señala Bergallo, a la lógica bipolar y reparadora del litigio tradicional (2005:18), abriendo la esfera judicial a la transmisión de demandas políticas (CELS, 2008:26).

2. Democracia y poder judicial

Ahora bien, que el poder judicial –en el marco del cual se inserta el litigio de interés público- pueda “abrirse” a la producción del derecho es una cuestión espinosa, al menos dentro del paradigma representativo tal como lo expone Sieyes (2003:146 y ss.). Desde esta perspectiva la soberanía, que reside en el pueblo y se expresa en la legislatura, no puede sino verse avasallada por una intervención judicial que exceda la mera aplicación de las leyes que el pueblo se ha atribuido. En este sentido Nino, Gargarella y otros se refieren al carácter contramayoritario de la judicatura:

“Esa misma dificultad contramayoritaria puede verse en términos epistémicos: parece reflejar un elitismo epistémico inaceptable presuponer que unos señores/as por más ilustrados que sean, puedan llegar a conclusiones valorativas correctas en la soledad de sus despachos y bibliotecas, sin participar en el proceso de discusión pública con todos los interesados en una u otra decisión y sin que su decisión sea revisada en ese proceso de revisión pública” (Nino, 2000:684).

Otros defectos de la instancia judicial que ponen en cuestión su plausibilidad como lugar de la democracia serían, entre otros, su debilidad institucional, su dependencia política, su tendencia a la reproducción endogámica, el fuerte corporativismo judicial, su fuerte jerarquización y los problemas de género y de clase que afectan a todas las instituciones públicas.⁸ Se afirma, también, que la judicialización de la política sería un arma de doble filo, puesto que abre la posibilidad de una politización de la justicia que arrastraría tras de sí tanto a la voluntad del pueblo como a las garantías del Estado de derecho. Este enfoque de la cuestión supone una distinción

⁷ Así el art. 22 de la Constitución dispone que el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes.

⁸ Para un análisis más detallado cf. Arrimada (2008).

relativamente fuerte entre una esfera pública estructurada en torno del Estado y la representación a través del sufragio, y una esfera privada construida en torno de los derechos civiles.⁹ En este contexto Gargarella¹⁰ afirma -refiriéndose a la Corte- que ésta constituye un control endógeno -y más importante aún, apolítico- del Estado, y que no puede tener, por tanto, sino un peso relativo dentro del entramado institucional, siempre sujeta a la voluntad popular que, manifestada en el sufragio, se expresa en los poderes propiamente políticos del Estado de derecho (2007:129). Más aún, y de acuerdo con sus premisas, la crítica de Gargarella pone en cuestión la legitimidad de la justicia en general y de la Corte en particular como último intérprete de la Constitución (2007:132). Si bien estas críticas se dirigen, fundamentalmente, hacia la figura del juez, el papel central que juega éste en el ámbito judicial requieren, cuanto menos, de un análisis de las mismas. Esto es así en la medida en que, si bien el litigio de interés público propone explícitamente un cambio en el rol del juez, lo cierto es que, tal como se encuentra configurado el poder judicial en el marco institucional local, le sigue cabiendo a éste, en última instancia, una función fundamentalmente decisoria.

3. El litigio como práctica democrática

A la denominada “objeción contramayoritaria” los defensores del litigio de interés público oponen una serie de respuestas que, si bien parecen plausibles, requieren de un análisis más detallado que el que habitualmente se encuentra en la bibliografía. En este sentido la vaga referencia a la debilidad de las instituciones democráticas se manifestaría, con toda la fuerza de los hechos, en los fenómenos - interconectados entre sí- de la exclusión y de la protesta.

Por la primera los poderes políticos tradicionales ponen en evidencia su incapacidad para gestionar una democracia que, cuanto menos en términos programáticos, se pretende inclusiva: Los altos índices de desocupación y pobreza, así como también la tendencia descendente de los indicadores en materia de salud, vivienda y educación, conjugados con la inacción de la administración y del parlamento -

⁹ En el mismo sentido, Habermas atribuye a una concepción liberal (individuo frente a Estado) las críticas que ven en esta redistribución de competencias democráticas “la corrupción de la arquitectónica constitucional” (2005:319).

¹⁰ Sin perjuicio de sus críticas al poder judicial, Gargarella ve cierto potencial en este tipo de prácticas cf. *Un papel renovado para la Corte Suprema: Democracia e interpretación judicial de la constitución* (2008: t.1, cap. VIII).

tomados en conjunto¹¹- sostienen el cuestionamiento del monopolio político de ambos. La pieza central de la argumentación radica, no obstante, en la protesta, pues es ésta la que viene a llenar el vacío en la esfera pública producido por la pasividad de la administración y de los legisladores. En este sentido es que aquellos que defienden la naturaleza política del litigio de interés público insisten en contextualizar sus acciones en los procesos de movilización y activismo público de los protagonistas del conflicto real, que subyace y sostiene el proceso (CELS, 2008:26), respecto del cual se ven a sí mismos como una estrategia más (CELS, 2008:29).

En este sentido el litigio de interés público se insertaría dentro de un paradigma deliberativo –y dentro de éste en una concepción fuerte¹²- de la democracia, entendida como el autogobierno de los ciudadanos. El concepto de democracia deliberativa¹³ viene a enfrentar el problema del vaciamiento de lo público operado por un cada vez más autonomizado sistema político e implica, en sus versiones más fuertes, una escisión en la tradicionalmente monolítica esfera pública.

3.1 El paradigma deliberativo

En esta línea Habermas critica la confusión del poder administrativo del Estado con el poder comunicativo de la ciudadanía. Para trazar esta distinción es preciso abandonar la conceptualización de la voluntad pública (productora de normas) en términos de adecuación a valores (que el sufragio vendría a transmitir y a controlar), reemplazándolo por la ponderación de argumentos esgrimidos: una decisión es racional (y una norma es legítima) en la medida en que ha sido justificada a través de la discusión pública –esto es, abierta, cuanto menos potencialmente, a todos los implicados-. Es esta comprensión del espacio público en términos de deliberación la que

¹¹ Esta aclaración es necesaria para evitar caer en el círculo vicioso de la falta de marco normativo y de reglamentación de leyes tras las que se escudan los incumplimientos del poder ejecutivo y legislativo respectivamente. En lo que a esta discusión respecta basta con atribuir a ambos, simultáneamente, el carácter de poderes políticos.

¹² El lugar central que le cabe en la democracia a la argumentación, como medio a través del cual es posible generar valores normativos –esto es, moralmente exigibles- ha sido abordado en diversos niveles y con igualmente diversos grados de profundidad. Estos van desde la versión débil de J. Rawls -en la cual la deliberación viene delimitada por un catálogo de derechos- a la versión fuerte de I. Young –que propone la adecuación de la publicidad productora de derecho a los grupos efectivamente implicados en cada caso-. Un cuestionamiento fuerte del monopolio estatal de la producción del derecho, tal como el que parece formular el litigio de interés público, parece requerir fundamentos igualmente fuertes; de otro modo, la legitimidad de la intervención no vendría presupuesta en la estructura de la democracia, quedando sujeta a su capacidad para mostrar resultados.

¹³ Para un análisis detallado ver Jorba Galdós (2006).

permite diferenciar los poderes públicos (cuyos defectos señala con precisión la argumentación contramayoritaria) de la deliberación (dónde vendría a insertarse el litigio de interés público), que a su vez otorga su legitimidad al Estado democrático de derecho, que debe entonces ser comprendido como el resultado del funcionamiento conectado de ambas esferas públicas. Ahora bien, ya desde las primeras páginas de *Facticidad y Validez* Habermas se muestra pesimista respecto de la plausibilidad de articular completamente a la sociedad en los exigentes términos de la racionalidad comunicativa (2005:68). Esto es, en términos de una oferta de normas y argumentos siempre abiertos a la crítica (2005:68).

De este modo aparece el derecho en su doble faz de coerción (en la aplicación) y consenso (en la producción), como puente entre ambos. Organizado en términos de jerarquía y sanción, el poder administrativo del Estado funciona como “estabilizador de expectativas de comportamiento”, y por ende debe moverse al margen de las voluntades individuales para poder producir un ordenamiento jurídico uniforme. Por otro lado, el poder comunicativo que Habermas describe como “fuente” de la justicia y de la legitimidad democrática del poder administrativo (2005:221, 238, 252 y 257), que dota de contenido al principio de soberanía popular (2005:239), debe mantenerse libre de institucionalizaciones, en el uso de los espacios públicos autónomos. En otros términos, la propuesta de Habermas consiste en distinguir y estimular una esfera pública entendida en términos de participación ciudadana, de una esfera pública identificada con la maquinaria burocrática del Estado –y que incluye a los actores políticos profesionalizados–, que debe ser contenida. En este sentido la democracia es concebida no como un estado de cosas, sino más bien como un proyecto a realizar a través del ejercicio de la autonomía pública de los individuos.

Sobre esta base es posible restar fuerza al argumento contramayoritario sin refutarlo completamente: Por acertadas que resulten, las críticas esgrimidas por Nino y Gargarella se asientan sobre una comprensión indiferenciada de lo público, que los puede llevar a confundir poder legislativo con legitimidad democrática. A esto se refiere Bergallo al hablar de una concepción ingenua de la democracia (2005:24).¹⁴

Ahora bien, el modelo de democracia deliberativa queda, al menos en la formulación de Habermas, configurado de un modo difuso: queda abierta la cuestión de

¹⁴ En defensa del argumento contramayoritario es preciso reconocer que Gargarella, y en menor medida Nino, distan de tener una confianza ciega en los parlamentos, y que sus propuestas se orientan en general a reforzar el carácter deliberativo de las instituciones políticas tradicionales. El lugar de la democracia, no obstante, permanece para ellos en el ámbito legislativo, y de ahí sus reservas respecto del ámbito judicial.

cómo ha de volverse efectivo el fin del derecho, si este debe consistir en el aseguramiento del efectivo ejercicio de la autonomía pública por parte de los ciudadanos (Habermas, 2005:245). En otros términos, de qué modo los poderes políticos no van a “taponar” las “fuentes espontáneas” representadas por los espacios públicos autónomos (Habermas, 2005:252). Una vía, entre otras, es la de la jurisprudencia constitucional. Una vez distinguidas ambas esferas la legitimidad de la jurisprudencia viene dada por su capacidad para intervenir racionalmente en los procesos de interpretación y aplicación del derecho (Habermas, 2005:319), de controlar, en términos reflexivos, la efectiva vigencia de la democracia (Habermas, 2005:320). En este sentido el tribunal no legisla, sino que reabre el debate racional con el que el legislador habría legitimado su decisión (Habermas, 2005:335).

3.2 El litigio estratégico como apertura democrática

En este punto la práctica del litigio de interés público parece “cortada a la medida” del paradigma deliberativo de la democracia. Éste operaría como canal de comunicación (a través de las demandas y los *amicus curiae*) e incluso como herramienta de apertura de nuevos espacios de deliberación pública (a través de las audiencias públicas y en todo lo tocante a los derechos de acceso a la información y a la justicia). Más aún, el litigio de interés público, tal como fuera formulado por Sabel y Simon (2004), supera los estrechos límites de la mera exigencia de justicia, y a través de lo que los autores denominan “derechos de desestabilización”, reclama para sí un potencial democratizador del Estado que nadie antes había asociado a la práctica judicial.

En línea con un modelo deliberativo de democracia, el “experimentalismo” propuesto por Sabel y Simon (2004) introduce dos modificaciones centrales en la práctica judicial. En primer lugar se trata de transformar el rol del juez, cuya principal intervención consiste en “dar estado público” a la ilegitimidad de un estado de cosas (2004:1056), pasando de la simple evaluación de los méritos de las partes, al rol de facilitador del debate y la negociación entre ambas (2004:1055). En segundo lugar retoman el concepto de “derechos de desestabilización” de Mangabeira Unger como un modo de forzar, por vía judicial, la apertura de instituciones o áreas de la práctica social tradicionalmente cerradas al efecto desestabilizador del conflicto ordinario, y que por lo tanto sostienen jerarquías de poder y asimetrías (2004:1055). A su vez un litigio de estas

características requiere de dos condiciones: (a) que el estado de cosas en cuestión no alcance estándares mínimos (que debe ser argumentado por las partes para cada caso en particular) y (b) que se muestre inmune a los mecanismos políticos de corrección tradicionales (Sabel y Simon, 2004:1062). Este tipo de práctica parece ofrecer, además, al menos dos efectos que tienden a consolidar el ejercicio de la autonomía pública de los ciudadanos: En primer lugar estimula la deliberación en la medida en que las partes se ven forzadas a argumentar en defensa de sus respectivas posiciones y en segundo lugar otorga estado público al conflicto (2004:1074 y ss). Este punto resulta central: en la medida en que se fuerzan los aspectos argumentativos (la exposición de razones) durante el proceso, la figura del juez se ve expuesta, aún cuando más no sea de modo informal, a dar cuenta de sus decisiones.¹⁵ Esta capacidad del litigio de interés público se puso de manifiesto, a nivel local, en el caso *Cerro Blanco* (Gargarella, 2008: t.2, cap. XIV).

En la medida en que esta operación corre el ámbito de la publicidad desde el órgano estatal hacia el debate público, aquellos que defienden las potencialidades del litigio de interés público pueden, en principio, sustraerse a las críticas contramayoritarias. En principio basta mostrar que se trata de un fenómeno que excede la mera sentencia judicial. En efecto, si la génesis democrática del derecho implica la comunicación entre el mundo de la vida articulado en términos de racionalidad comunicativa, el litigio de interés público, en la medida en que abre un espacio de debate antes cerrado, puede reclamar para sí una función genuinamente democrática.

4. Los límites de la democracia judicial

Ahora bien, también es cierto que con este cambio de paradigma el litigio de interés público toma sobre sí una carga enorme: La autoatribución de publicidad, implícita en la interpelación al Estado, vuelve al activismo judicial pasible de muchas de las críticas que antes se dirigían contra los poderes políticos tradicionales.¹⁶

En primer lugar el litigante se ve atrapado en la misma paradoja que el político profesional, en la medida en que cuanto más efectivo se vuelve –mejor conecta con las

¹⁵ Esta tendencia a “hacer pública” la función de la magistratura resulta necesaria para remover el prejuicio, ampliamente instalado en la cultura jurídica, según el cual el poder judicial no tiene funciones políticas.

¹⁶ Tengo que agradecer especialmente a Mauro Benente por sus comentarios en este punto en particular, que resultaron sumamente enriquecedores para la redacción de este trabajo.

burocracias estatales- más se aleja de los espacios públicos autónomos –ahora necesariamente concebidos en términos de relaciones cara a cara- del que toman su legitimación democrática. En este sentido resulta un obstáculo fundamental el que el litigio de interés público se “inserte” en los movimientos sociales en lugar de provenir de estos. En el caso argentino, donde el litigio de interés público aparece de la mano de organizaciones relativamente profesionalizadas, este problema se agudiza, puesto que así como los partidos políticos predominantes condicionan el debate público legislativo, otro tanto pueden hacer éstas con el debate público judicial. Desde esta perspectiva es importante diferenciar el potencial democratizador de dichas instituciones de la democracia propiamente dicha. La cual, por decirlo de algún modo, habría cambiado de “representantes”.

Esto nos conduce al segundo problema que presenta este fenómeno. Al reclamar para sí la representación de una publicidad democrática con la cual no se confunden, aquellos que proponen esta estrategia legal deberían dar cuenta de su grado de representatividad, de los criterios que utilizan para seleccionar los casos y, probablemente más importante y complejo, deberían justificar aquello que dejan de hacer. Este problema conecta con el primero, puesto que al permanecer diferenciados de los espacios autónomos surgidos del mundo de la vida, las organizaciones dedicadas al litigio de interés público no pueden reclamar para sí la legitimidad que, a los afectados, les viene garantizada por su implicación directa en el problema.

En tercer lugar parece razonable preguntarse en qué medida, y al igual que el voto, una práctica como el litigio de interés público no puede terminar generando una legitimación de un estado de cosas que dista de ajustarse a los parámetros normativos de igualdad formal y material exigidos por un paradigma deliberativo de la democracia. En este sentido sí existe evidencia respecto de la vulneración sistemática de ciertos derechos que, a pesar del enorme desarrollo experimentado por el activismo judicial, permanecen invisibles. Si bien es cierto que, como afirman Sabel y Simon (2005:1075), el litigio de interés público implica una inversión de la presunción de legitimidad del estado de cosas imperantes, esto sólo vale para el conjunto de casos no tratados hasta el momento por los poderes políticos. Por el contrario, si se analiza el rol de esta práctica respecto del universo de incumplimientos, el activismo judicial pasa a quedar en una situación similar a la de la democracia representativa: deslegitimando prácticas previas, a la vez que legitimando aquellas que caen fuera de su visión. Un ejemplo claro lo constituyen los casos de gatillo de fácil, que según estadísticas de la CORREPI no sólo

se mantienen constantes desde 1983, sino que además son sistemáticamente rechazados por los tribunales (Verdú, 2009), aún a pesar de la “victoria procesal” representada por la sentencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Bulacio* (Verdú, 2009). Otro problema conectado con éste radica en que, aún en los casos el que un derecho cobre visibilidad y aparezca receptado en esta nueva esfera pública judicial, esto no implica necesariamente un avance significativo en la materia. Como muestra Clérico (2007), si bien una primera lectura de las sentencias referidas al derecho a la salud parecen arrojar un saldo favorable –aún desde la década del 90-, lo cierto es que un análisis más profundo sobre el perfil del litigante y las estadísticas de acceso a la salud muestran que aquellos que han sido oídos en los tribunales no son los usuarios de los servicios públicos de salud, sino usuarios de prepagas.

Conclusión

Si bien todavía esta por hacerse un estudio empírico respecto de los diversos recorridos de las instituciones dedicadas al litigio de interés público, de su grado de representatividad respecto de las situaciones de incumplimiento de derechos fundamentales y del grado de efectividad real de este tipo de prácticas, podríamos proponer algunos puntos a tener en cuenta para una mejor comprensión del problema.

Una línea de trabajo que resultaría sumamente fructífera para enmarcar la investigación respecto del litigio de interés público consistiría en la determinación del concepto de derechos fundamentales, desde su formulación abstracta en los cuerpos normativos, hasta sus expresiones concretas pasibles de ser llevadas a los tribunales. En otros términos, ¿qué situaciones habilitan o requieren del litigio de interés público? En segundo lugar debería trazarse el recorrido de cada uno de los derechos fundamentales, de modo tal que resulte posible identificar cuáles se encuentran pendientes de reconocimiento público, cuales son públicamente reconocidos pero legislativamente ignorados y cuáles, aún siendo reconocidos legalmente, no resultan efectivos. La importancia de un trabajo de estas características, que viene dada por los presupuestos de la democracia deliberativa, radica en la interconexión entre autonomía pública y privada, y por ende de cada uno de los derechos entre sí.

En lo que respecta al litigio de interés público en particular, es preciso reconocer el potencial democratizador de este tipo de prácticas que, a pesar de todos los defectos que puedan tener –o llegar a adquirir con el paso del tiempo-, no dejan por eso de abrir

una instancia más de interpelación al poder administrativo del Estado. Esto no implica, sin embargo, confundirlos con la publicidad democrática propiamente dicha. Aún dentro del paradigma deliberativo, del que obtiene su aptitud democrática, el litigio de interés público se encuentra, por la formación de aquellos que lo llevan adelante, por su dinámica y por sus estructuras, más cerca del poder administrativo del Estado –por no mencionar el poder autonomizado del dinero, cuya consideración aconsejaría un mayor nivel de escrutinio público respecto de sus fuentes de financiamiento- que de las organizaciones que representa y a las cuales les abre espacios de participación.

En este sentido, y retomando las nociones de autonomía privada y pública, podría resultar interesante un modelo alternativo que, paralelamente, se oriente no tanto hacia la satisfacción concreta de los derechos vulnerados, sino más bien a la gestación de una “conciencia de litigio” en aquellos sectores más afectados por el incumplimiento sistemático de derechos. Aún cuando resulta innegable que el nivel de desigualdad estructural en nuestra sociedad vuelve relevante y fructífero todo tipo de avance en materia de efectivización de derechos fundamentales, lo cierto es que un modelo de estas características (similar al que lleva adelante la CORREPI) se acomodaría mucho mejor a la versión fuerte del paradigma de democracia deliberativa tal como fue expuesto en este trabajo, puesto que permitiría una conexión directa entre los afectados y la práctica del litigio de interés público. Contra esto podría argumentarse que difícilmente el poder judicial podría procesar tal cantidad de acciones, mucho menos abrirlas a un debate público. Por acertado que resulte el comentario, lo cierto es que esto no haría más que poner en evidencia los límites del Estado como lugar de la democracia, que por invisibles que parezcan, siguen estando ahí.

Bibliografía

- Abramovich, V. (2007): “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera pública” en *Estudios Socio-Jurídicos*, 9(3), p.9.
- Abramovich, V. y Courtis, C. (2006): *El umbral de la ciudadanía: El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*. Buenos Aires, Del Puerto.
- Abramovich, V. y Pautassi, L. (2009): *La revisión judicial de las políticas sociales: Estudio de casos*. Buenos Aires, Del Puerto.
- Arrimada, L. (2008): *La autoridad de la democracia y la justicia constitucional: Conflictos interpretativos y legitimidades en pugna*. Mimeo.

- Asociación por los Derechos Civiles-ADC (2008): *La Corte y los derechos: informe 2005-2007*. Buenos Aires, Siglo XXI.
- Asociación por los Derechos Civiles-ADC (2005): *La Corte y los derechos: informe 2003-2004*. Buenos Aires, Siglo XXI.
- Bergallo, P. (2006): “Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina”, en *Derecho y pobreza. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política* (SELA 2005). Recuperado de [<http://islandia.law.yale.edu/sela/sela2005.htm>] el 25/09/2009.
- CELS (2003): *El Estado frente a la protesta social: 1996-2002*. Buenos Aires, Siglo XXI.
- CELS (2008): *La lucha por el derecho*. Buenos Aires, Siglo XXI.
- Clérico, M. L. (2007): “Las otras caras de los derechos sociales: las obligaciones iusfundamentales y la desigualdad estructural”, en *La Corte y los Derechos 2005/2007*. Buenos Aires, Siglo XXI, p.479.
- Gargarella, R. (2007): *El derecho a la protesta: El primer derecho*. Buenos Aires, Ad-Hoc.
- Gargarella, R. (coord.)(2008): *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2t.
- Habermas, J. (2005): *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid, Trotta.
- Jorba Galdós, L. (2006): “Ciudadanos y esfera pública: Una revisión de los modelos de implementación de la democracia deliberativa”, en *Revista española de ciencia política*, 14, p.47.
- Nino, C.S. (2000): *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Astrea.
- Sabel, Ch. y Simon, W. (2004): “Destabilizing Rights: How Public Law Litigation Succeeds”, en *Harvard Law Review*, 117. p.1015.
- Sieyes, A. (2003): *¿Qué es el tercer estado?*, Buenos Aires, Alianza.
- Verdú, M. del C. (2009): *Represión en Democracia: De la “primavera alfonsinista” al “gobierno de los derechos humanos”*. Buenos Aires, Herramienta.