



EL ROL DE LA SOCIEDAD CIVIL EN LA GESTIÓN PÚBLICA.

LUIS EDUARDO REY VÁZQUEZ

· Abogado, Escribano, Doctor en Derecho y Especialista en Derecho Administrativo (UNNE). Profesor Titular de Derecho Administrativo I y II en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de la Cuenca del Plata. Profesor Adjunto por concurso de Derecho Administrativo I (UNNE). Director del Proyecto individualizado en la Nota 1.

ESTEBAN JOSÉ ORDENAVÍA

· Abogado, Especialista en Derecho Administrativo, Profesor Adjunto de Derecho Administrativo I en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de la Cuenca del Plata. Integrante del Proyecto individualizado en la Nota 1.

“Hoy en día la democracia no es ya solo una forma de acceder al poder, sino una forma de ejercer el poder”

Jean Rivero.

1. La Participación Ciudadana, algunos aspectos a considerar. La participación en la Constitución Nacional.

En virtud de una nueva relación Estado-Sociedad civil, el ciudadano está llamado a participar del diseño de las políticas públicas, tanto desde fuera como desde el seno de la propia estructura administrativa, siendo abundantes los textos que abordan dicho **extremo**, no sólo desde una visión revisora *ex post*, sino también involucrando-



se en el proceso de elaboración de aquéllas.

En punto a las relaciones entre el Estado y la sociedad, ha señalado MUÑOZ MACHADO que: *"...Si el tiempo presente es el del retraimiento del Estado y potenciación de la sociedad, las instituciones privadas y las empresas, es necesario también explicar la acción del Estado conforme a categorías que se correspondan con esta nueva ideología. El Estado regulador y garante es la mejor expresión, a nuestro juicio, del nuevo orden de relaciones entre el Estado y la sociedad..."*.

Parecería, no obstante, contrariar dicha idea la posición asumida por el Estado Argentino en los últimos tiempos, donde se aprecia un mayor intervencionismo estatal, calificado como un Estado **pre-sente** que procura la satisfacción de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La participación de la sociedad civil y de los ciudadanos que la componen, cuya dignidad en aras a la realización del bien común persiguen las modernas corrientes doctrinarias y, entre nosotros, la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública y la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, se encuentra quizás todavía en un estadio preliminar en muchos países latinoamericanos.

Respecto a este último instrumento, se ha expresado que: *"...garantizó a toda la población la posibilidad de influir en la producción de las políticas públicas, fijando que para alcanzar este objetivo el camino correcto se encontraba en la creación de formas institucionalizadas de participación ciudadana"*.

Podemos extraer del preámbulo de la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública que: *"...Las sociedades contemporáneas de Iberoamérica demandan, cada vez con mayor fuerza la ampliación y profundización de la democracia como sistema político y, en particular, la democratización de la gestión pública";* y que: *"...surge como paradigma social la búsqueda de una democracia plena, que se soporte, entre otros, en los derechos de información, participación, asociación y expresión sobre lo público, esto es, en el derecho genérico de las personas a participar colectiva e individual-*

mente en la gestión pública, lo que se puede denominar como el "derecho de participación ciudadana en la gestión pública"."

Por otra parte, este derecho a la participación está referido a las personas que residen en los países y no solo a aquellos que tienen cartas de ciudadanía, cuestión que a su vez está en consonancia con la Constitución Nacional Argentina que en el preámbulo reza: los representantes del pueblo de la nación argentina -para ellos y para todos los hombres que quieran habitar el pueblo argentino- ordenan, decretan y establecen la Constitución.

Y en el artículo 14 de la CN se establece que todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos, conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; a saber, a peticionar a las autoridades, a publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, a enseñar y aprender; todos derechos reconocidos a quienes residen en argentina y que se relacionan con el derecho a participar en la gestión de lo público, además particularmente en el art. 42 CN expresa que la legislación establecerán procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos y los marcos regulatorios de los Servicios Públicos previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios.

Otras menciones hacia la participación se encuentran entre las atribuciones del Congreso: allí se señala en el art. 75 inc. 17 CN respecto a los Pueblos indígenas asegurar *"su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten"* y en el 75 inc. 19 CN en relación a la sanción de leyes de organización y base de la educación del país, que las mismas deberán asegurar entre otras consideraciones *"la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna..."*

Tampoco se debe olvidar a la participación de la ciudadanía en la administración de justicia a través del juicio por jurados, *"El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados"* sistema aún no implementado



a nivel federal, pero recogido en varias provincias argentinas. Esto se suma a los derechos individuales de reunión, petición y asociación tradicionalmente consagrados.

Un importante cambio se produjo con la incorporación de mecanismos de democracia semidirecta como la iniciativa popular y la consulta popular, que muchas Provincias e incluso Municipios contemplaban aún antes de la reforma.

También se debe tener en cuenta que con la reforma constitucional del año 1994 se incorporaron numerosos tratados con jerarquía constitucional que ampliaron la gama de derechos de los ciudadanos y que ponen en perspectiva el accionar de los poderes del Estado ante el reconocimiento de estos -para ese entonces- nuevos derechos.

Es así que el art. 75 inc. 22 CN incorpora en las condiciones de su vigencia:

- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- La Declaración Universal de Derechos Humanos.
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo.
- La Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.
- La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.
- La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.
- La Convención sobre los Derechos del Niño.

Y a su vez dispone que, "tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reco-

nocidos". También el constituyente ordena en el art. 75 inc. 23 CN a los poderes constituidos la adopción de medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidad y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la constitución y por "los tratados vigentes sobre derechos humanos..."

Entre la normativa convencional incorporada por la República Argentina, puede destacarse lo establecido -entre los principios hacia los que se debe orientar la educación-, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que sostiene que la educación debe capacitar a todas las personas "para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones..."

Entonces, puede afirmarse en primer término que el derecho a la participación, aunque no de una forma concreta y explícita, está reconocido en el ordenamiento jurídico argentino para todas las personas que quieran habitar su suelo.

Aun el desarrollo de este derecho, en el aspecto positivo, es inicial y sus contornos deben especificarse a la luz de las "cartas" -derecho débil- que suscribió el Estado Nacional, en la legislación y jurisprudencia de la argentina.

Además de las relaciones entre Sociedad Civil y Estado, se están transformando a un ritmo vertiginoso las relaciones entre los propios ciudadanos, sobre todo en lo que respecta a las formas de comunicación y de canalización de la información, producto sobre todo de las nuevas tecnologías.

Observemos la Constitución de la provincia de Corrientes, unas de las últimas reformadas y descubriremos una pequeña evolución normativa en materia de participación.

2. El Derecho a participar en la Constitución de la Provincia de Corrientes.

A nivel provincial, puede observarse como a partir de la reforma



constitucional del año 2007 la Provincia de Corrientes, contempla -aunque de manera genérica- este derecho, en primer lugar, como un objetivo al que debe apuntar la administración en sus actuaciones administrativas, cuando en el art. 28 de la Constitución de la Provincia de Corrientes expresa: *“La administración pública provincial está regida por los principios de legalidad, eficacia, austeridad, congruencia normativa, desconcentración operativa, capacidad, imparcialidad, equidad, igualdad y publicidad de las normas y actos. Su actuación tiende a lograr economía, sencillez e informalismo en el trámite, celeridad, participación y el debido procedimiento público para los administrados. Los funcionarios y empleados públicos deben ajustar su actuación a dichos principios...”*.

También en el artículo 48 contempla la participación como un derecho de los ciudadanos, cuando determina -en consonancia con el art. 42 de la CN- que: *“...La legislación establece los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia provincial, previendo el mecanismo de audiencias públicas y la necesaria participación en los organismos de control y en la confección o modificación de dicho régimen regulatorio, de las asociaciones de consumidores y usuarios y de los municipios interesados...”*

Regula a su vez el derecho a participar, o a la consulta a la comunidad, en varios artículos referidos a los Recursos Naturales, al Medio Ambiente y al Sistema de Áreas Protegidas; así establece en el art. 53 -última parte- el derecho a participar en los procesos de toma de decisiones sobre el ambiente y a la información ambiental, estando el Estado obligado a producir y a difundir amplia y oportunamente la información relacionada con el ambiente. Asimismo, en el marco de la política ambiental se debe *“promover la participación social en las decisiones fundamentales relacionadas con el desarrollo sustentable provincia”*, en el mismo sentido en el art 59 el misto texto normativo, menciona a la participación en el marco del Código de Aguas de la Provincia y en el art. 65 inc. 5, le impone al Estado Provincial para la regulación del Sistema de Áreas Protegidas, el dictado de normas que establezcan *“...la participación de los*

Municipios y de las Comunidades que habitan la región”.

En materia de Políticas de Educación y Cultura, también la Constitución de Corrientes prevé la participación ciudadana, en consonancia con el Pacto de derechos Económicos Sociales y Culturales arriba *referenciado* incluso con una modalidad de Participación Orgánica con un Consejo Asesor y un Consejo Escolar.

En materia Municipal, al delinear la competencia de los Municipios, impone a estas entidades autónomas mandatos con fuertes ribetes participativos, así expresa en el art. 225 que los municipios tienen facultades para: *“Promover la participación y el desarrollo de las organizaciones no gubernamentales, cooperativas, mutuales y otras que tiendan al bienestar general. Crear un registro para asegurar su inserción en la discusión, planificación y gestión de las políticas públicas....Organizar consejos consultivos de asesoramiento en materias tales como niñez, juventud, prevención de las adicciones, mujer, derechos humanos, personas mayores y prevención del delito....Crear comisiones vecinales, consejos económicos y sociales y otras formas de integración vecinal a la gestión local”*.

Luego concretamente en el artículo 226 la Constitución de la Provincia de Corrientes, determina respecto de los Municipios la posibilidad de Audiencias Públicas, que deben realizarse con la presencia inexcusable de los funcionarios competentes y es obligatoria antes del tratamiento de proyectos legislativos que pueden impactar sobre el desarrollo sostenible o el uso o modificación de bienes de dominio público. En el mismo artículo también contiene a los institutos de las Consultas Populares y de iniciativa para la presentación de proyectos de ordenanza.

Por último, Corrientes en su constitución tiene en sus disposiciones transitorias una forma novedosa de participación como *“El Pacto Correntino para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Social. Bases para la formulación de políticas de Estado”*; que es la formulación institucional de coincidencias alcanzadas por las partes firmantes para la elaboración de planes participativos del Estado provincial y sus regiones, con el propósito de sostener, en



el tiempo, políticas públicas que permitan generar el crecimiento económico y el desarrollo social.

Sin embargo, si bien en algunas provincias que reformaron sus constituciones hace poco tiempo la participación ciudadana aparece más acentuada en la regulación, aún, este derecho con los lineamientos contenidos en la Carta Iberoamericana de Participación en la Gestión Pública, no encuentra recepción expresa en nuestro ordenamiento jurídico nacional, existen sí algunos derechos reconocidos en la Constitución Nacional que señalamos arriba y se vinculan con el derecho a participar, pero no está positivizado concretamente y solo hay regulaciones parciales o específicas infra constitucionales con distintas modalidades.-

Respecto a las distintas modalidades de participación que podemos encontrar en nuestro ordenamiento jurídico, puede señalarse que existen formas de participación orgánicas, otras procedimentales y también una tercera modalidad denominada “participación cooperativa”, que está dada por la intervención de ONGs en políticas que promueve el propio Estado.

Más allá de las modalidades, explicadas por REY VAZQUEZ, uno de los desafíos más complejos de la participación ciudadana en la gestión pública, es su universalización, es decir, que se creen en los Estados las condiciones que aseguren que los sectores más vulnerables accedan a la participación ciudadana para la defensa y exigencia de sus derechos, estableciéndose como un medio para la transformación social.

Así la participación ciudadana debe contemplar también a los pueblos originarios, quienes tienen derecho a la participación mediante procesos y formas de organización que les sean propias a su pluralidad y diversidad cultural y debe contemplar una perspectiva de género.

Cabe recordar lo que publicó el Profesor Agustín GORDILLO hace muchísimos años, en su célebre libro *La Administración Paralela*, y tiene relación con lo expresado precedentemente, allí el profesor, luego de explicar el ejemplo de las Universidades Nacionales Argentinas que entre 1957 y 1966 estuvieron gobernadas por cuerpos co-

legiales electivos, integrados por una mayoría y minoría de profesores, graduados y alumnos, enfatiza que: “...Para quienes piensan que la jerarquía y la autoridad no son valores absolutos sino en tanto y en cuanto sirvan al cumplimiento de los fines superiores para toda la sociedad; para quienes piensen que la democracia no es solo una forma de llegar al poder sino una forma de ejercerlo; para quienes creen que toda la sociedad debe participar de tantas formas como sea posible en la decisiones públicas que van a afectar su forma de vida; para todos ellos, puede ser que tales experiencias muestren un ejemplo interesante para analizar críticamente y eventualmente perfeccionar con miras a su experimentación”.-

Desde esta mirada, estos ejemplos de participación contemplados en la Constitución de la Provincia pueden ser interesantes para analizar y eventualmente perfeccionar, en aras a que la participación ciudadana evolucione como derecho y permita mejorar la democracia, legitimando decisiones y haciéndolas más justas y eficaces.

Entendemos, que no existe una contradicción entre la noción de un Estado Presente –o más proclive a intervenir en la economía y en otros órdenes- y la de una Sociedad Civil participativa, pues el hecho de que las personas intervengan en las decisiones administrativas o en la gestión de asuntos que interesan al conjunto de la sociedad, a través de distintos canales, no implica en modo alguno un Estado Ausente o Estado Mínimo.

La Intervención del Estado puede darse de distintas maneras, a través de la toma de decisiones de los representantes del pueblo implementando determinada política pública, o mediante acciones en las que previamente participó directamente la Sociedad Civil.

No existe pues tanta participación ciudadana en un Estado Mínimo, ya que lógicamente en el contexto del diseño de un Estado pequeño, poco interventor, o menos presente en la vida pública, habrá menos ámbitos de participación y menos decisiones en las que los Gobernantes pueden recibir aportes de la ciudadanía.

Al contrario, en el “Dejar hacer dejar pasar” asumen una intervención directa pequeños grupos de poder que deciden por las mayorías



o bien para perjudicar o bien para beneficiar, pero en modo alguna para someter sus decisiones empresarias o corporativas al control social, a través de la incursión de los ciudadanos en la toma de decisiones o resolución de asuntos que los afectan.

Precisamente, si se habla de Estado regulador y garante como expresión del nuevo orden de relaciones entre Estado y Sociedad Civil, en conveniente señalar que ante las fallas del Estado o del Mercado, cuando ya el sistema no funcionó y se llegan a conculcar derechos de las personas y éstas tienen que recurrir a la Justicia es preciso analizar el acceso y las formas de protección de derechos de aquellos que están en condiciones menos ventajosas de participar en las tomas de decisiones que a la postre las afectan.

Siguiendo con el análisis de la temática, ya se ha resaltado la importancia de la participación de la sociedad civil *"... para la transformación del Estado, de la Administración y del Ordenamiento Jurídico, la participación ciudadana es fundamental. Sin participación ciudadana no hay reforma democrática, todo lo más ilusiones o quimeras..."*.

Es evidente -como ya se señaló- que la relación del Estado con la Sociedad Civil en su conjunto y con las personas o grupos de personas ha mutado sustancialmente en los últimos años y lo va seguir haciendo por lo que consecuentemente el Derecho Administrativo se irá transformando.

En nuestra realidad, en la República Argentina aún las modernas regulaciones sobre participación ciudadana no tuvieron cabida a pesar de los compromisos asumidos por los ministros y Jefes de Estado en Lisboa, con lo cual no existe aún una regulación sistematizada sobre el Derecho a la Participación de los ciudadanos en la Gestión Pública.

Es decir, aun no se ha sistematizado, generalizado, universalizado, en la regulación nacional el derecho de participación ciudadana en la gestión pública que consiste en establecer mecanismos para ello, complementarios a los previstos para la representación política en el Estado. La gestión pública participativa contribuye al desarrollo de los países, favoreciendo la inclusión y la unión social.

Esta situación conspira de forma directa contra la calidad democrática pues la falta de acogimiento y regulación sistémica de este derecho permite que pequeños grupos de poder o que representan intereses sectoriales presionen para lograr alguna política pública que los favorezca en la forma de un parasistema no regulado.

Nadie puede negar la existencia de lobby (o gestión de intereses), de influencias no transparentadas que se realizan de espaldas al conjunto de la sociedad, que solo tienen regulación respecto al Poder Ejecutivo a través del Decreto 1172 de acceso a la información pública que obliga a llevar un Registro de Audiencias de Funcionarios .

Una iniciativa en la Cámara de Diputados de la Nación define a la Gestión de Intereses como: "la actividad destinada a influir sobre el proceso de toma de decisiones... a favor de un interés propio o ajeno, sea de modo remunerado a gratuito, habitual u ocasional, planificado o incidental".

Esta situación, revela la necesidad de una regulación más amplia que abarque al "Lobby", pero también a los conflictos de intereses de funcionarios que antes fueron CEOs de empresas y luego desembarcan en el Estado en funciones relacionadas con las empresas que dirigieron, y también por supuesto, una regulación que materialice el derecho a la participación ciudadana, con un objetivo de igualdad de trato en los asuntos públicos y de transparentar la gestión de la cosa pública en la Argentina.

4. La Ley de Medidas Cautelares en el Orden Nacional como última garantía de discusión y participación.

Ante este panorama embrionario, conviene destacar una regulación nacional que puede servir para que los ciudadanos no lleguen tarde a participar en la gestión pública y puedan discutir, aún si en sede administrativa no se lo han permitido, alguna política pública que lo afecte.

Es así que la Ley de Medidas Cautelares contra el Estado Nacional y sus Entes descentralizados, puede funcionar como garantía



de éste y otros derechos fundamentales.

El Estado tiene un rol de garante de los derechos de las personas, y en esa función, si la administración o el aparato estatal en su conjunto ha fracasado, en muchas ocasiones a los ciudadanos solo les queda recurrir al Poder Judicial a peticionar –en lo que respecta a la justicia contencioso-administrativa- la suspensión, el cambio o la anulación de determinado acto estatal, que suele ser una manifestación de la aplicación de una política de Estado previamente articulada.

En sentido, cobra una relevancia vital en la relación Estado-Sociedad Civil las regulaciones procesales que son las herramientas que poseen aquellos que se sienten afectados por alguna decisión, omisión o acción del Estado.

Principalmente, en la protección de aquellos derechos fundamentales, que como primordiales y esenciales son indisponibles para las personas, que algunas veces no solo que no pudieron participar en la gestión pública, sino que pueden ser afectados por decisiones del Estado o de alguno otro actor de la gestión pública.

Así, es interesante examinar como política pública la actual regulación nacional en materia de medidas cautelares, que, a su vez, con ciertos matices, está siendo replicada en algunas provincias.

Puntualmente lo novedoso –en el ámbito de la justicia administrativa- son las regulaciones procesales que introducen una tutela diferenciada a ciertas personas o grupos de personas por su condición o a ciertos derechos considerados primordiales. Es, decir establece una tutela procesal diferenciada a nivel subjetivo (sujetos) y a nivel material (derechos fundamentales).

Precisamente, la incapacidad de las tutelas ordinarias o tradicionales para dar respuestas adecuadas a los requerimientos de la sociedad, por ejemplo, de nuevos derechos, ha influido de manera decisiva para la aparición de las tutelas diferenciadas.

También, puede observarse, que la aparición de las tutelas diferenciadas tiene vinculación en algunos países con el retraimiento, falta de intervención o “achicamiento” del Estado, así se ha sostenido que: *“Algo más ha favorecido el surgimiento de tutelas diferencia-*

das... en la región: el achicamiento del Estado que se ha registrado en la casi totalidad de las naciones iberoamericanas”, siguen expresado, en el mismo sentido, que: *“Dicha circunstancia ha provocado la desaparición de organismos dependientes del Poder Administrador que alguna suerte de contralor ejercían sobre una ancha franja de cuestiones que han quedado huérfanas de intervención gubernamental. Ello explica el fortalecimiento del rol de los jueces y la imperiosa necesidad experimentada por éstos de contar con “tutelas diferenciadas” de las corrientes, que les permitan ejercer cabalmente el nuevo perfil que –de hecho- les ha conferido la sociedad”.*

La ley de Medidas Cautelares contra el Estado Nacional en 2013, es de las primeras normas procesales relevantes que reconoce la necesidad de preservar a través de la tutela judicial los Derechos Económicos Sociales y Culturales, protegiendo de manera diferenciada a sectores socialmente vulnerables en su derecho a una vida digna y concretamente garantiza los derechos a la salud, el medio ambiente, alimentarios, etc., como hasta ahora nunca había pasado. Cumpliendo con el principio Internacional en materia de derechos económicos sociales y culturales que dispone que los Estados deben otorgar la debida prioridad a los grupos que se encuentran en condiciones desfavorables, concediéndoles una especial atención.

Las medidas cautelares contra la administración pública han sido definidas como *“...actos procesales del órgano judicial adoptados en el curso de un proceso, o previamente a él, a solicitud de interesado para asegurar bienes o pruebas y mantener una situación de hecho, como anticipo de una garantía judicial de la defensa de la persona y de los bienes (art. 18 de la Constitución Nacional) y para no tornar ilusorias las sentencias judiciales”.*

De esta manera, se ha expresado que *“...la decisión cautelar es una verdadera decisión jurisdiccional, valorativa de las circunstancias de hecho y de derecho aparentes al momento de su dictado, reclamada como reacción inmediata y provisional, tendiente a superar el peligro de la pérdida o el perjuicio de pruebas, cosas, personas o derechos, que pudiera resultar de la eventual o concreta desigualdad*



de las partes en orden a la disposición de aquellas desde el origen de un conflicto sometido a decisión judicial y hasta el momento de su composición efectiva”.

Los requisitos “clásicos”, establecidos para la procedencia de Medidas Cautelares contra el Estado son: 1) Verosimilitud del Derecho; 2) Peligro en la demora; 3) No afectación del Interés Público, y 4) Contra cautela.

El requisito propio del Derecho Administrativo, para que prosperen las medidas cautelares es la no afectación del Interés Público, criterio expuesto por la CSJN al resolver la causa “Astilleros Alianza S.A. Construcciones Navales Industrial, Comercial y Financiera c. Poder Ejecutivo Nacional (P.E.N.) s/daños y perjuicios - (incidente)” donde manifestó: *“...que esta Corte ha establecido que la presunción de validez que debe reconocerse a los actos de las autoridades constituidas (Fallos: 245:552 y 249:221) obliga en procesos precautorios que, como el presente, son de un limitado conocimiento, a una severa apreciación de las circunstancias del caso y a una actuación con suma prudencia por parte de esta Corte que, sin resignar por cierto su función de custodio de la Constitución, evite que medidas de esta índole comprometan la actuación de los poderes públicos en un ámbito tan sensible para el desarrollo económico como lo es la obra pública. De ahí pues, que, a los requisitos exigibles para la admisión de toda medida cautelar, cuando se trate de semejante a la ordenada en autos deba agregarse la acreditación del peligro irreparable en la demora y, además, la ineludible consideración del interés público”.*

El caso versa sobre el dictado de una medida cautelar de no innovar que pretende suspender la ejecución de una obra pública que consiste en la construcción de un puente sobre el Riachuelo, cabe señalar que: *“...la decisión cautelar es una verdadera decisión jurisdiccional, valorativa de las circunstancias de hecho y de derecho aparentes al momento de su dictado, reclamada como reacción inmediata y provisional, tendiente a superar el peligro de la pérdida o el perjuicio de pruebas, cosas, personas o derechos, que pudiera resultar de la eventual o concreta desigualdad de las partes en orden*

a la disposición de aquellas desde el origen de un conflicto sometido a decisión judicial y hasta el momento de su composición efectiva”.

Además, en los procesos contenciosos administrativos, el pedido de medida cautelar abrirá un conflicto entre el interés público y el interés de un particular, y se tendrá que mirar la relación jurídica administrativa teniendo en cuenta como referencia hermenéutica la consideración del interés público, pues como lo enseña Comadira, *“...ese interés gestionado vicarialmente por la administración engloba los intereses de cada ciudadano, de modo que, paradójicamente, el interés público, que en apariencia es el interés de una de las partes (la administración) integra en rigor el interés de la otra parte (el administrado), con la cual parece estar en oposición. Hacer prevalecer un interés (el público) sobre otro (el privado) es, por eso, consagrar y proteger el propio interés que se sacrifica formalmente”.*

En definitiva, la tutela cautelar constituye un límite a la prerrogativa que ostenta la administración pública de ejecutoriedad de los actos administrativos y permite someter esta prerrogativa a control por parte del Poder Judicial. Entonces la regla general de la ejecutividad se controla en cada caso concreto y la finalidad no es insignificante, sino que se trata de evitar la indefensión de los ciudadanos, en situaciones que requieren de la respuesta inmediata del órgano jurisdiccional.

Ya el profesor de Derecho Administrativo Gustavo Adolfo REVIDATTI, señalaba que es indudable que en ciertas ocasiones pueden prevalecer principios que se impongan al de Ejecutoriedad, y que, debido a ello, éste debe ceder.

Esto es coincidente con lo que sostiene CASSAGNE para quien: *“las medidas cautelares despliegan todas las posibilidades que brinda el principio de la tutela judicial efectiva a fin de compensar el peso de las prerrogativas de poder público”.*

A su vez, y volviendo sobre el interés público, SIMÓN PADRÓS, señala que el criterio del interés público *“no puede admitirse sin más, debiendo por el contrario indagarse –en cada caso la efectiva presencia de las razones de interés general que imponen la ejecución inmediata del acto administrativo. Y ello es así, pues como he-*



mos señalado, no cualquier interés invocado por la Administración Pública será suficiente para concluir en que la suspensión compromete, por sí misma y apriorísticamente, el cumplimiento de fines generales impostergables”.

En definitiva, al estar en juego el interés público, en la relación jurídica administrativa la tutela cautelar se torna sensible y escabrosa. No será una fácil decisión de los Jueces hacer lugar a una medida que frene el ejercicio de la función administrativa del Estado, o que le imponga obligaciones positivas, no es un terreno firme y sin sobresaltos y esto se produce por los intereses en juego y por los derechos que se tutela.

Por esto, precisamente la regulación procesal sobre medidas cautelares se tornó elemental pues en buena medida el funcionamiento efectivo de la “justicia” depende del buen desempeño de la tutela cautelar.

Así, como ya lo señalé, hay quienes consideran una verdadera política pública de tutela procesal diferenciada a la ley 26.854. Sin embargo, funciona en el contexto del sistema jurídico argentino, el cual, es tributario de dos tradiciones normativas.

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

2) Derecho Norteamericano: Se manifiesta en el diseño del poder que emerge de la Constitución Nacional, -escrita, rígida y suprema- y en el cual es designado y estructurado como uno de los poderes del Estado. El Juez recrea el derecho por vía interpretativa, y se nutre de los precedentes. Además, y sobre todo cuando se trata de los magistrados de la Corte Suprema, expresa la última voz en ma-

teria de interpretación de la Constitución, ejerciendo el control de constitucionalidad del ordenamiento jurídico, toca a sus hacedores en lo que éstos expresan como decisión política general.

Como es sabido en nuestro país los Jueces no ingresan a su cargo a través de un sistema electivo, es decir, no son elegidos por el voto de los ciudadanos, sino que su nombramiento se realiza a través de un complejo procedimiento en el que interviene el Poder legislativo y el Ejecutivo y, a partir del nacimiento del Consejo de la Magistratura, también intervienen sectores de interés como los colegios de abogados, las universidades y los colegios de magistrados.

En nuestro sistema jurídico y en la mayoría de las democracias actuales se acepta que los jueces revisen lo actuado por el Poder legislativo y el Poder Ejecutivo, pudiendo incluso los jueces, si advierten que sus decisiones colisionan con la Constitución, decretarles inconstitucionales invalidándolas.

Sin embargo, en los últimos años se volvió sobre esta cuestión de dejar ésta extraordinaria facultad en manos de los jueces, que para muchos autores no resulta una cuestión obvia o natural, ya que en un sistema democrático y republicano, lo que se persigue en que las decisiones reflejen lo mejor posible la voluntad de la mayoría.

El Poder Judicial, siguiendo el modelo constitucional norteamericano, realiza un control difuso sobre la actividad legislativa, mediante la declaración de inconstitucionalidad de las leyes dictadas por el congreso en el orden nacional y por las legislaturas provinciales y consejos deliberantes en el orden local (Provincia –Municipio). A su vez, la justicia contenciosa administrativa, existente a nivel federal como provincia, realiza el control de juridicidad o de legalidad sobre las decisiones tomadas por los departamentos ejecutivos nacionales, provinciales y municipales.

Sin embargo, el Poder Judicial debe cuidar celosamente de no inmiscuirse y respetar el papel constitucional que ostentan tanto el Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo, al respecto, puede citarse la opinión de García de Enterría, quien aclara que: *“Ese respeto es tanto más exigible en cuanto a que, en el Estado democrático y social de*



Derecho en que estamos, quienes ejercitan esas funciones ostentan una legitimación popular, han sido colocados en sus puestos por el voto y con la confianza del pueblo para que gestionen sus intereses, lo que hacen en su nombre”.

Cabe destacar, sin embargo, que, si bien el Poder Judicial es un poder contra mayoritario o de origen no democrático, a través de él se deciden políticas públicas mediante procedimientos deliberativos, de discusión, de debate, que emergen como verdaderas prácticas democráticas.

En este control judicial de la actividad del Poder Ejecutivo y el Legislativo, el Juez analiza los actos y decisiones en general tomados por dichos poderes en ejercicio de sus facultades regladas y, especialmente, discrecionales; en el marco de los argumentos expuestos por el interesado que impugna la medida y el representante del Estado la sostiene, y que han sido discutidos en el proceso judicial desarrollado en la Justicia. 40

Esta garantía de cuestionamiento que tienen los particulares se efectiviza a través de procesos judiciales regulados por leyes, denominados Códigos Procesales, que establecen las reglas a seguir en este contexto para permitir la discusión ordenada entre las partes, un diálogo entre posturas, en el que el Juzgador debe inclinarse por la parte con el mejor argumento, sin importar si tal decisión tiene el respaldo de las mayorías.

Además, en los procesos judiciales intervienen distintos actores, como el Ministerio Público, también técnicos (peritos) que ayudan con tu opinión o dictamen a esclarecer determinada cuestión que influye en la resolución final, terceros, testigos, amigos del tribunal –amicus curiae- y en algunos casos relevantes, la Corte por ejemplo, suele realizar audiencias públicas donde escucha a los distintos interesados (lo hizo con la constitucionalidad de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, con el caso “Mendoza” sobre contaminación de la Cuenca Matanza Riachuelo –donde incluso creó en el fallo un organismo con facultades para llevar adelante el cumplimiento de la Sentencia).

En la última década la Corte Suprema Argentina, luego de tener una nueva integración tras el juicio político a Moliné O’ Connor y la renuncia –antes del pedido de juicio político- de los Jueces: Nazareno, López, Vázquez, cambió su postura respecto a las denominadas cuestiones políticas no justiciables interviniendo el Alto Tribunal en decisiones trascendentes cuya competencia –antes- uno podía suponer que le correspondía a los poderes políticos.

La Justicia en lo contencioso administrativo, a pesar de no tener una legitimación democrática, posibilita prácticas concretas de toma de decisiones a través de prácticas deliberativas propias de los Estados democráticos. Y esto se explica, pues cualquier ciudadano sin importar su posición económica a su poder político puede acceder a la justicia y abrir la discusión en el ámbito judicial exponiendo su posición en contra o a favor de determinada decisión política, acto, contrato, reglamento o ley.

En este sentido, a diferencia de lo que sucede en el Poder Legislativo, en el que los ciudadanos gobiernan y deliberan a través de sus representantes, en el Poder Judicial las partes de la relación jurídica “alzan su voz” directamente, hablan por sí mismos, exponen sus argumentos sin restricciones y exigen sus derechos frente al Estado en pie de igualdad formal garantizado por el hecho de que las partes poseen las mismas herramientas procesales a su alcance.

Si bien esto es así, conviene resaltar que el buen funcionamiento del poder judicial se encuentra estrechamente vinculado a la forma de elección de los jueces, con su independencia del poder político que lo nombra y del poder económico –dueño de los medios de comunicación- que lo presiona.

Así, en cuanto a la participación de la Sociedad Civil en la gestión pública, creo que aquella persona o asociación intermedia –sindicatos, clubes, partidos políticos, etc.- que entiende que la administración no está actuando correctamente, ya sea porque la acción u omisión de la administración lesiona sus derechos y canaliza su descontento a través de la interposición de una demanda tendiente a instar al Poder Judicial, está participando racional y activamente



en la gestión de la cosa pública.

Es así que por intermedio del Poder Judicial el ciudadano obtiene alguna respuesta a su problema o necesidad. Incluso si la acción que persigue el ciudadano no prospera, de igual forma debería obtener una respuesta fundada por parte del Poder Judicial.

5. La Tutela Procesal Diferenciada en la Regulación Cautelar - una novedad esperanzadora que puede cambiar el paradigma del proceso contencioso administrativo -.

Esta idea de tutela diferenciada parte del presupuesto de que no existe neutralidad inicial en el proceso judicial respecto del derecho material que se pretende tutelar en juicio.

Algunos, procesalistas hablan de que se articulan a través de “... técnicas orgánico-funcionales o procesales”... y que “...el tratamiento formal privilegiado responde a la necesidad de una protección y trato preferencial de ciertos derechos fundamentales reconocidos y garantizados constitucionalmente”.

Además, el citado autor, entiende que la operatividad del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva impone al legislador la obligación de diseñar técnicas orgánico-funcionales y procesales, verdaderas y propias instituciones equilibradoras de las posiciones concretas de las partes en litigio, adecuada para la salvaguarda de derechos, y a los jueces el deber de prestar protección en los casos concretos.

La diferencia fundamental plasmada en la legislación procesal sancionada en 2013, sobre medidas cautelares contra el Estado Nacional y sus entes descentralizados, con lo legislado en la materia hasta el momento, tiene que ver con que efectúa una división que provoca un tratamiento distinto dentro del proceso judicial, según se trate de un derecho fundamental o de un interés netamente patrimonial (Art. 2, Inc. 2 y concordantes de la Ley 26.854).

Como se referenció a lo largo del trabajo, la Ley nacional de medi-

das cautelares protege especialmente a cierto grupo de personas y a ciertos grupos de derechos.

Así, en el art. 2° inc. 2° establece un sistema de excepción a sus regulaciones que es reiterado a lo largo de la Ley. El inciso 2 (art.2) dice: ... *“La providencia cautelar dictada contra el Estado nacional y sus entes descentralizados por un juez o tribunal incompetente, sólo tendrá eficacia cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna, conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental”*.

También aparecen estas excepciones cuando la Ley regula la necesidad del informe previo (art. 4°); los límites temporales de vigencia de las medidas (art.5°); la caución juratoria (art. 10°); y el efecto suspensivo del recurso de apelación contra la providencia cautelar que suspenda, total o parcialmente, los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango (art.13°).

Entonces, la finalidad de la regulación consiste en otorgar protección en dos escalas o niveles; por un lado, protege a determinados sujetos a los que denomina “sectores socialmente vulnerables” y por otro a determinados derechos, de naturaleza alimentaria; a la salud; vida digna y ambiental.

Así se distingue entonces si se trata de derechos fundamentales como los mencionados o de derechos meramente patrimoniales o de contenido económico.

Corresponde detenerse en el pensamiento de Luigi Ferrajoli, que al explicar su teoría del Derecho, señala las diferencias entre derechos fundamentales – que son universales (de los derechos de libertad al derecho a la vida, de los derechos civiles a los derechos políticos y sociales)– y derechos patrimoniales –que son singulares (del derecho de propiedad a los otros derechos reales y a los derechos de crédito)– que, entendemos, justifican por sí el tratamiento procesal diferenciado, basado en una visión más igualitaria de la sociedad.

El autor expresa que *“los derechos fundamentales son los dere-*



chos de los que todos son titulares en cuanto personas naturales, o en cuanto ciudadanos, o bien, si se trata de derechos-potestad, en cuanto capaces de obrar o en cuanto ciudadanos capaces de obrar”

A su vez los describe como derechos subjetivos –intereses jurídicamente protegidos en forma de expectativas positivas o negativas–, universales –pertenecientes a todos en condiciones de igualdad– e indisponibles y que se afirman una y otra vez como leyes del más débil, en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia.

Agrega que estos derechos *“pertenecen sólo a las personas naturales y no también a las artificiales: estas últimas si acaso no son más que un instrumento para su tutela, como sujetos no autónomos sino heterónomos, no constituyentes sino siempre constituidos”*. Así, en virtud de tales caracteres, los derechos fundamentales se corresponden con deberes absolutos (erga omnes), pudiendo ser dirigidos a todos –como la prohibición de matar, garantía del derecho a la vida– o a determinados sujetos públicos –como la obligación de la asistencia sanitaria, garantía del derecho a la salud– y, en tanto conferidos en el interés de todos, postulan para su garantía funciones de carácter público.

A partir de esta alineación teórica, Ferrajoli, distingue los derechos fundamentales de los derechos patrimoniales de la siguiente forma: *“La diferencia entre estas dos clases de derechos es ciertamente todavía más radical, residiendo en el hecho de que los derechos patrimoniales, al tener por objeto bienes o prestaciones concretamente determinados, son por un lado singulares en lugar de universales, y por otro lado disponibles en lugar de indisponibles... el rasgo estructural de los derechos patrimoniales es la disponibilidad, a su vez conectada a la singularidad: éstos últimos, contrariamente a los derechos fundamentales, no están establecidos inmediatamente a favor de sus titulares por normas téticas, sino ...por normas hipotéticas como efectos de los actos de adquisición o disposición por ellas previstos. Las dos clases de derechos se hallan por ellos en relación de contrariedad: los derechos fundamentales no son jamás*

patrimoniales y viceversa”.

Respecto a la igualdad hace algunas consideraciones muy importantes, *“mientras que los derechos fundamentales y sus frágiles garantías están en la base de la igualdad jurídica, los derechos patrimoniales, están en la base de la desigualdad jurídica”*.

Continúa manifestando este autor que: *“lo opuesto a la igualdad no es la diferencia, sino la desigualdad, sea jurídica o antijurídica. Son desigualdades jurídicas (contrarias a la igualdad) las desigualdades económicas y sociales generadas por los derechos patrimoniales y por las demás situaciones singulares de las que cada uno es titular de modo distinto a los otros; son desigualdades antijurídicas (contradictorias con la igualdad) las generadas por la violación del principio de igualdad, o sea, por las discriminaciones de las diferencias. Las primeras son reducidas, si no eliminadas, por la efectividad de los derechos sociales, que imponen niveles mínimos de la que llamamos igualdad sustancial: la cual no es ya contradicha sino no actuada, si de hecho son ignoradas las necesidades vitales que tales derechos imponen satisfacer. Las segundas son impedidas por la efectividad de los derechos individuales, que imponen aquella que llamamos igualdad formal; la cual a su vez es, no ya contradicha, sino violada, cuando de hecho resultan discriminadas las diferencias que tales derechos obligan a tutelar”*.

En concreto, el Estado debe rebuscárselas para hacer operativo los derechos fundamentales de personas que sobrellevan privaciones económicas y sociales, producto de la falta de distribución de la riqueza, brindando herramientas que permitan garantizarles la protección de sus derechos, como puede ser la tutela procesal diferenciada.

Ésta tutela diferenciada que se encuentra hoy a nivel nacional y que propongo sea replicada en la Provincia de Corrientes, tiene sustento normativo suficiente por ejemplo en las reglas de Brasilia de acceso a la justicia.

El derecho internacional entonces, opera de esta manera como fuente del Derecho Administrativo al imponerle obligaciones a los Estados parte, y como hacia afuera Argentina es una sola más allá



de ser un Estado federal, es necesario que, por ejemplo, la Provincia de Corrientes adopte éste novedoso sistema de protección, ya que el Poder Judicial de la Provincia prepara un anteproyecto de Código Procesal Administrativo.

También la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la resonante causa: “Grupo Clarín S. A. y otros s/medidas cautelares”, del 5 de octubre de 2010, distinguió, puede decirse, en línea con el pensamiento de Ferrajoli, la necesidad de protección cautelar cuando estamos ante derechos fundamentales de cuando se trata de garantizar derechos de contenido meramente patrimonial o económico.

Así, textualmente afirmó que *“la protección de los derechos fundamentales está inescindiblemente unida a la tutela oportuna, la cual requiere de procedimientos cautelares o urgentes, y de medidas conservativas o innovativas”, y que “esta regla requiere ser ponderada en los casos en que se trata de cuestiones de naturaleza patrimonial, en las que no está en cuestión la solvencia porque el Estado es demandado”.*

También en otro famoso caso, “Halabi” la Corte explica la aplicación de la acción de clase y puede decirse que en sus fundamentos describe una tutela diferenciada, así manifestó (considerando 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”; en tanto en la última parte del considerando citado la Corte expresa: “...que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en

su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto”.

6. Los grupos vulnerables y las reglas de Brasilia.

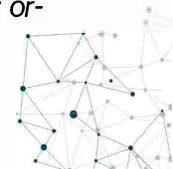
Las reglas de Brasilia en su sección 2°, punto 1, da un concepto de personas en situación de vulnerabilidad, así las define como: *“...aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.*

Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.

La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico”.

Respecto de los grupos vulnerables, en la misma sección 2° de las reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de grupos vulnerables, están explicados uno a uno las causas de vulnerabilidad.

De estos sectores, a la luz del derecho público provincial, en la Constitución de la Provincia de Corrientes se hace especial referencia a los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el art. 41 que expresa en su segundo y tercer párrafo: *“El Estado legisla y promueve medidas de acción positiva que tienen por objeto esencial la prevención, detección temprana y amparo de las situaciones de amenaza o violación de los principios, derechos y garantías del niño, de la niña y del adolescente, especialmente de los que se encuentren en situación de riesgo. Debe remover los obstáculos de cualquier or-*



den que limiten la efectiva y plena realización de sus derechos...

...El estado asegura a los niños, niñas y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, los siguientes derechos y garantías: a ser oídos por la autoridad competente, a que su opinión sea tomada en cuenta al momento de arribar a una decisión que los afecte y a ser asistidos por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia, desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que los incluya. Si carecieren de recursos económicos, el Estado debe asignarles de oficio, un letrado que los patrocine. En caso de detención deben ser alojados en establecimientos especiales que resguarden su integridad física y psíquica”.

También la Constitución Correntina contempla una especial protección a personas en razón de su edad en el artículo 43 que establece: *“Ninguna persona debe ser discriminada por causa de su edad. El Estado garantiza a los adultos mayores la igualdad real de oportunidades, trato y pleno goce de los derechos reconocidos en esta Constitución, en la Constitución Nacional, en los Tratados y en las leyes. El Estado, mediante políticas sociales, vela por su protección e integración socio económica y cultural, tendiente a cubrir sus necesidades específicas y a elevar su calidad de vida, y provee especialmente a la protección de los ancianos que se hallen en riesgo, abandonados y desamparados, dictando políticas de inclusión de forma directa o a través de terceros”.*

A su vez, también tienen protección constitucional en Corrientes, en un todo de acuerdo con las reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia y con tratados internacionales, las personas con discapacidad. El artículo 44 en su segundo párrafo expresa: *“El Estado asegura y garantiza a las personas con discapacidad, por medio de acciones positivas, el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales, las leyes y esta Constitución, sancionando todo acto discriminatorio en perjuicio de los mismos”.*

Lo mismo prescribe en el artículo 45 del texto constitucional reformado en 2007, respecto de la igualdad de género, cuando afir-

ma: “El Estado garantiza la igualdad real de oportunidades para mujeres y varones en lo cultural, económico, laboral, político, social y familiar; incorpora la perspectiva de género en el diseño y ejecución de las políticas públicas y estimula la modificación de los patrones socio culturales con el objeto de eliminar prácticas basadas en el prejuicio de superioridad de cualquiera de los géneros. Reconoce el trabajo en el hogar como actividad económica que crea valor agregado y produce riqueza y bienestar social. Las amas de casa tienen derecho a la seguridad social de conformidad con la ley”.

Por su parte, otro grupo protegido por la constitución provincial, en concordancia con tratados internacionales y las reglas mencionadas, son los pobladores originarios de la Provincia de Corrientes; así se prescribe el art. 66: *“...Debe preservarse el derecho de los pobladores originarios, respetando sus formas de organización comunitaria e identidad cultural”.*

La transcripción y análisis del articulado de la Constitución de la provincia de Corrientes me lleva a concluir que de producirse una reforma del código provincial contencioso administrativo (Ley 4.106) incorporando conceptos similares a los receptados en la Ley N° 26.854 de medidas cautelares contra el Estado Nacional, la reforma estaría en consonancia con la propia constitución de Corrientes reformada en el 2007.

Esto lo sostengo pues existe prácticamente una marcada coincidencia en la protección de ciertos grupos vulnerables y de ciertos derechos, concordantes a su vez con los estándares que marcan los tratados internacionales.

Una tutela procesal diferenciada en Corrientes, estaría avalada desde el vamos por las propias exigencias constitucionales que contiene la carta magna provincial, que a su vez es compatible con las reglas de Brasilia a la que hice referencia.

Concretamente, la constitución provincial prevé normas especiales para las personas con discapacidad (art.44 capítulo VII); los niños niñas y adolescentes (art. 41 capítulo V); los ancianos o adultos mayores (art. 43 capítulo VI); igualdad de género (art. 45 capítulo



VIII); Pobladores originarios (art. 66) y también contempla protecciones a determinados derechos como la salud (dentro de los derechos de defensa al consumo –capítulo IX-) y el medio ambiente sano (capítulo X).

Respecto al derecho a la “visa digna” contemplado también como de especial protección, conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Ley Nacional no establece un concepto ni determinada su contenido.

Esta norma internacional tiene como órgano de interpretación a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo tanto, como no existe una definición concreta sobre “Vida digna” este derecho deberá ser rellenado conforme a las interpretaciones que efectúe la Corte que actuará entonces a través de sus fallos como fuente del Derecho Público local.

Por otra parte, al ser una norma procesal la Ley N° 26.854, quizás es un acierto del legislador no incorporar conceptos limitativos, puede ser más enriquecedor recurrir a las interpretaciones de la CIDH sobre vida digna.

Solo resta aclarar que la Ley N° 26854 instituyó régimen excepcional para estos grupos con protección especial y estos derechos a los que hicimos referencia (vida digna; salud; ambiente;) en las que no se aplican ninguna de sus prescripciones para las medidas urgentes, con el objetivo de brindar protección a las personas.

Por esto, el interés público debe ceder ante estas situaciones pues, nunca se puede cercenar el derecho de todo ser humano a una vida digna (como concepto quizás comprensivo del resto de los derechos especialmente tutelados).

Siempre, y en este régimen en especial, la persona humana principio y fin del Estado va a estar en el centro de la escena y el hecho de contemplar el interés público nunca puede significar dejar de proteger los derechos humanos fundamentales.

Entonces, estos derechos deberán ser urgentemente tutelados y protegidos por el Estado en tanto esta protección integra además el interés público.

7. Conclusiones

1. En primer lugar, la participación ciudadana, resulta imprescindible para el fortalecimiento democrático, por razones de legitimidad y mejoramiento de la calidad institucional, en un contexto en el que la realidad mundial está marcada por fuertes interpelaciones a quienes gestionan la cosa pública.

2. La participación ciudadana a la luz de las modernas regulaciones debe dejar de verse como una institución solo tendiente al control social de la administración y debe considerársela como un derecho de los ciudadanos en el marco de un Estado Social tan democrático como sea posible.

3. Es necesario un análisis sistemático de la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, a efectos de incorporarla al derecho público argentino, y lograr no solo la participación ciudadana en temas que repercuten en su vida, sino también la igualdad de trato ante la gestión de interés públicos.

4. La recepción en el orden nacional de estas regulaciones, mejoraran la democracia argentina y legitimaran a las autoridades si éstas tienden a generar los espacios para aplicarlas.

5. A estas regulaciones sobre participación ciudadana, que deben sistematizarse, deben agregarse a efectos de tener una gestión de intereses públicos más transparentes, una regulación sobre “Lobby” y otra sobre conflictos de Intereses a afectos de que quienes ocupan los lugares de toma de decisiones en argentina no utilicen su posición para beneficiar a empresas familiares o a empresas de las que fueron Ceos.

6. Deben dejarse atrás posturas, superficiales, mágicas, de corto plazo, o que intentan trasplantar sin escalas ni consideraciones recetas del “mercado”, resulta necesario que eficiencia, eficacia, calidad, transparencia y participación vayan de la mano, en una administración donde las personas receptoras de los servicios públicos más que clientes, sean verdaderos ciudadanos portadores de derechos.

7. En Provincias como Corrientes, si bien como reseñamos existen



muchos canales participativos, la brecha entre el deber ser y el ser es muy grande y la participación ciudadana choca con la verticalidad, centralidad y concentración en la toma de decisiones predicada desde la Administración Pública Provincial, sobre todo en materia ambiental.

8. Si bien es conveniente, incluso necesario que los ciudadanos participen en el diseño de políticas públicas, ocupándose directamente del destino de la sociedad en la que se desenvuelven a través de los distintos canales que actualmente ofrece la Administración Pública, no es menos cierto que cuando esto no sucede y el Estado o el Mercado –que son personas o empresas- causan daño a algún derecho por acción u omisión, el hecho de recurrir a la justicia a discutir una medida gubernamental implica la rotable y activa participación del ciudadano en la gestión de la cosa pública.

9. Que la situación anterior, aunque ex post, ayuda a corregir y prevenir errores en los que el Estado puede incurrir en la gestión pública o en la administración de los intereses colectivos de la Sociedad.

10. Con base en lo expuesto anteriormente, se puede afirmar que una reforma del régimen de medidas cautelares en la provincia de Corrientes debe estar orientada a proteger de manera eficaz los derechos de las personas, debiendo al mismo tiempo evitar el abuso de esta herramienta, por parte de quienes están en una posición de privilegio.

11. Por los intereses que están en juego en la decisión de conceder o no una medida cautelar, la regulación debe prever, expresamente, la exigencia de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto. Si bien se puede pensar que es una redundancia pues todas las resoluciones judiciales como requisito deben estar debidamente motivadas, la experiencia indica que muchas veces no explican los efectos de la medida con relación al interés general. El ciudadano participe de la gestión pública debe, en el caso de que la demanda judicial o la medida cautelar no prosperen, llevarse una explicación lógica, razonada y basada en derecho de los motivos de la denegatoria.

12. La regulación que permite el dictado de medidas cautelares in-

terinas, aunque el Juez sea incompetente, siempre que remita las actuaciones a quien ostente dicha competencia, de manera inmediata, puede ser muy beneficiosa para el funcionamiento del sistema judicial de la provincia de Corrientes en este aspecto, como lo está siendo a nivel nacional. Esto, puede solucionar la proliferación indebida de acciones de amparo sobre cuestiones de derecho público, resultas por jueces que se ocupan de asuntos de otras materias. Sin que la circunstancia de que quien tiene competencia en razón de la materia puede revisar la medida cautelar dictada por juez incompetente, sea inconstitucional pues se logrará mayor celeridad y calidad de justicia.

