

# LA GLOBALIZACIÓN Y EL NUEVO ESPACIO PÚBLICO EN LA ARGENTINA

Por MARTÍN FEDERICO BÖHMER<sup>1</sup>

A partir del diez de diciembre de 1983, el comienzo de su era democrática, la Argentina ha tomado una serie de decisiones que han modificado drásticamente su cultura jurídica. En efecto, durante poco más de un siglo el derecho (en los papeles un sistema mixto, que tomaba reatazos de la tradición norteamericana y de la europea)<sup>2</sup> se había caracterizado sobre todo por su impronta continental. Esta concepción de lo jurídico y de los roles de los operadores del derecho se había configurado en consonancia con la necesidad política de centralizar el poder pocas manos (cuando no en una sola.)<sup>3</sup> La idea era sencillamente homo-

<sup>1</sup> Profesor de derecho, Universidad de San Andrés y Universidad de Buenos Aires, Investigador Principal de CIPPEC.

<sup>2</sup> *“Although technically within the civil code family, Latin American judiciaries also show common law influences; constitutional arrangements (a definition of separation of powers which in a majority of cases gives the judiciary, not the Ministry of Justice, responsibility for its own governance, administrative management, and internal appointment system) and some specific practices (judicial review, occasional use of juries) often imitated US models. This mixture and the broader historical and societal setting gave a unique twist to Latin American institutional patterns.”* (HAMMERGREN.)

<sup>3</sup> *“In terms of ideology, Latin American liberals were deeply affected by the task of creating an effective state authority and usually placed the values of order and stability above the idea of political liberty. They created a conservative brand of ‘nation-building’ liberalism whose main concern was the creation rather than the limitation of political power. This, however, does not turn Latin American liberalism into an insidious form of authoritarianism. As was the case with the founders of the USA, Latin American liberals were opposed to despotic and arbitrary rule and sought an effective protection of civil rights. They simply wanted a strong legal authority for exceptional times, trusting that the progress of civilization would reduce the need to restrict the sphere of political liberty.”* (NEGRETTO y AGUILAR-RIVERA, 2000:368-369.)

*“The liberal regimes of Argentina and Mexico achieved political stability in the 1880s through the formula of centralized government and sharing power by consensus. Both the centralization of power and the system of electoral control by the ruling elites were functional to national integra-*

geneizar el derecho en toda la Nación y someter a los demás poderes públicos a la disciplina centralizada en Buenos Aires en la convicción de que una férrea autoridad nacional terminaría con la anarquía y sentaría las bases de un Estado moderno, aunque autoritario y excluyente.

La concepción del derecho que existía hasta mediados del siglo XIX fue modificada para ajustarse a esta concepción política. En efecto, esta nueva concepción de lo jurídico y su visión correlativa respecto del rol de los jueces afirma, por un lado, que los sistemas jurídicos pueden dar soluciones unívocas a todos los problemas que se le presentan (convicción que se conoce con el nombre de “formalismo”) dado que es parte de esta ideología la negación de la existencia de lagunas jurídicas o de contradicciones entre reglas en los sistemas normativos. Por otro lado, ese formalismo es condición de posibilidad para sostener una actitud de absoluta deferencia al derecho positivo sin importar cuál sea su contenido o su fuente de legitimidad (lo que CARLOS NINO llamara “positivismo ideológico.”)<sup>4</sup>

Así, en esta nueva concepción, los jueces recibían y aceptaban como obligatorios los contenidos normativos de quien fuera que detentara el poder, sin importar que lo hiciera a través de elecciones fraudulentas, o en las cuales un partido que representaba a gran parte de la población estaba proscrito, o directamente por medio de golpes de estado.<sup>5</sup> Esta deferencia a los órganos políticos se justificaba en la idea de la imparcialidad formalista de los jueces. En efecto, la concepción de la tarea del juzgador consistía en verse como un mero aplicador neutral de la voluntad del legislador. En este sentido la codificación, y en particular la forma en que se recibió al Código Civil en la academia jurídica y en las facultades de derecho, brindó las herramientas para llevar adelante con cierto éxito el proyecto formalista y la separación entre política y derecho. Pero en estas orillas la idea originalmente democrática de la deferencia judicial a la supremacía legislativa se trastoca en pantomima cuando se respeta a quienquiera que se haga con el poder de la forma que sea.

*tion and political order: Yet, these same institutions restricted the emergence of an independent electorate that could have provided incentives for the early creation and gradual incorporation of alternative parties at regional and national level.” (NEGRETTO y AGUILAR-RIVERA, 2000:396).*

<sup>4</sup> NINO, 1984:32.

<sup>5</sup> “*Latin America’s judiciaries have tended to be less functionally relevant and at the same time more politically penetrated than their European counterparts. While they have sometimes been manipulated by the powerful, they have just as often been ignored. Lacking a politically or economically significant clientele, at least as regards their formal functions, they have become nests of secondary vested interests relying on survival strategies that range from intentional irrelevance to abject subservience to the power holders of the day.*” (HAMMERGREN.)

Durante sus primeros cuarenta años el Código reinó solo, y recién a comienzos del siglo XX necesitó la ayuda de la doctrina como autoridad supletoria. Aun así, los libros y tratados que explicaban nuestra legislación se cuidaban de presentarse como nada más que la explicación de las soluciones que brindaba el Código a problemas novedosos. La jurisprudencia, por su parte, seguía entendiéndose como su aplicación neutral. Así se cumplía el proyecto formalista de desacoplar al derecho de la política dejando el diseño de las políticas públicas en manos de quien sea que detente el poder, y al Poder Judicial como el encargado de la solución caso por caso de controversias que debían resolverse con el texto de la ley.

Por su parte, la defensa judicial de los derechos constitucionales (parte de la herencia norteamericana de este sistema mixto) era una actividad marginal y quedaba reducida a las excepcionales circunstancias de los recursos extraordinarios federales por inconstitucionalidad que de vez en cuando admitían los tribunales pero que en general debían llegar por recurso de queja ante la Corte Suprema de la Nación. Aun así, los derechos eran divididos en operativos (ejecutables) y meramente programáticos (que requerían una regulación para ser ejecutables ante la Justicia), una distinción que recortaba las facultades del Poder Judicial para intervenir en acciones u omisiones inconstitucionales. La situación de orfandad de los derechos se agravaba por la utilización de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables que hacía explícita la deferencia de la Justicia a los poderes políticos.<sup>6</sup>

La concepción de lo que se entendía por “caso o controversia” formaba parte de esta concepción de lo jurídico, dado que reducía la misión del tribunal a la solución del caso sometido a su jurisdicción dejando de lado en principio la posibilidad de extender su doctrina a casos similares o a clases de personas o de situaciones que se encontraran bajo la regla sentada por el tribunal para el caso. En el mismo sentido, una teoría del derecho administrativo muy deferente a razón de estado y despreciativa de los derechos de los ciudadanos, la limitación de la legitimación procesal a quienes representen intereses individuales y las altas barreras de entrada a la posibilidad de dirimir violaciones colectivas de derechos mantenían al poder judicial fuera de la deliberación sobre la adecuación constitucional de las políticas públicas y en general sobre la mejor forma de hacer honor a las promesas de la Constitución. La característica central de este esquema consistía en la discrecionalidad del ejercicio del poder público, en la virtual inexistencia de frenos y contrapesos.<sup>7</sup> Por lo tanto la idea de derechos,

<sup>6</sup> “To recapitulate: first, rights are not unalienable in Spanish America; and second, congressional bodies are charged with the definition and qualification of these rights.” (DEALY, 1968:54.)

<sup>7</sup> “[A] desire among the elites to develop and transform the region which they believed to be backward led to the adoption of constitutions and laws that provided significant power to the

en su aspecto de límites a la voluntad política, se situaba en los márgenes de la cultura jurídica argentina.

En estas circunstancias, el derecho internacional, en particular los tratados internacionales, no brindaba soluciones sino que agravaba la situación. Una larga discusión sobre su status impedía su utilización eficaz ante los estrados judiciales. En efecto, la controversia sobre su jerarquía respecto a la de la Constitución y, una vez más, el supuesto carácter programático de sus normas mantenían a la comunidad internacional a una prudente distancia de nuestros tribunales.

Lo que sucedió a fines de la década de 1970 y comienzos de la siguiente puede ser formulado en términos de lo que HUBERT DREYFUS llama reconfiguración.<sup>8</sup> En efecto, por medio de la acción de ciertos grupos de personas, lo que se encontraba en los márgenes de nuestra cultura jurídica (y ahora yo agregaría política), pasó a ser central: La idea de derechos. En particular cierta forma de entender a los derechos humanos reconfiguró para las décadas siguientes la concepción del derecho, el rol de ciertos actores sociales y los procesos a través de los cuales estos actores son llamados a articular el nuevo paradigma.

Muchos fueron los ámbitos en los cuales esta reconfiguración resultó en modificaciones asombrosas para quienes venían trabajando en el paradigma anterior. En particular el derecho penal y la interpretación del las garantías constitucionales del debido proceso fueron puestas en tensión por la demanda de “juicio y castigo” a las violaciones sistemáticas de derechos humanos.<sup>9</sup> Pero

*central state. The cure for underdevelopment was oligarchy and dictatorship today, a more inclusive republican government tomorrow. Law in Latin America did not take a failed path, but, as this Article argues, a different path which comported not only with the legacy of Spain but also the manner in which constitutions and the laws more generally were constructed in the region.”* (SCHOR 2005:17.)

<sup>8</sup> “Dasein can then act in such a way as to take over or repeat the marginal practices in a new way and thus show a form of life in which that marginal practices has become central and the central practices have become marginal. Such an innovator is so radical that he transforms his generation’s understanding of the issue facing the culture and produces a new authentic «we». He thus goes beyond not only the banal general understanding of his peers, but even beyond the Situational understanding of the phronemos. We could call such a fully authentic history-making Dasein a cultural master. [...] As a cultural master he can take up marginal possibilities in his culture’s past in way that enables him to change the style of a whole generation and thereby disclose a new world.” (DREYFUS, 2009.)

<sup>9</sup> “The end of the Cold War transformed Latin American politics as conservative elements gave up their iron grip on power and the left moved from revolution to political and grassroots organization. The end of revolutionary struggle also led the United States to abandon its support for dictatorship in the region. The combination of poverty and inequality has led to the triumph of the political left throughout most of the region. The social construction of constitutionalism in the region is now possible as the political system has become responsive to societal pressure. Grassroots movements in the region have led to a transformation of the public sphere as new linkages

no menos espectacular resulta el cambio respecto de la relación con las normas emanadas de actores no nacionales, cuya legitimidad ha alcanzado registros inauditos para nuestra cultura anterior; o la transformación de la relación entre la sociedad civil (un concepto también novedoso) y el Estado a través de la aparición de nuevos actores sociales, de la transformación de la práctica que encaran actores sociales antiguos y de procesos que permiten a estos actores demandar por sus derechos en ámbitos que antes les eran vedados.

En el contexto de este trabajo es particularmente pertinente indagar en qué medida este proceso reconfigurador está vinculado al fenómeno de la globalización y cuáles de sus aspectos podemos identificar con transformaciones en el ámbito del derecho administrativo. Sin embargo, en la medida en que las tradicionales barreras entre lo nacional y lo internacional y entre lo privado y lo público son justamente parte de aquello que se encuentra en cuestión, lo que sigue es un breve intento de articular esta monumental reconfiguración cultural cuyo semblante final aun está lejos de resultarnos claro.

### **1. El derecho, los abogados, la democracia argentina y el mundo**

El extranjero fue tradicionalmente un ámbito natural para la actividad política Argentina. Muchos de nuestros textos fundantes fueron escritos en el exilio o en la estela creada por haber estado fuera del país. Este hecho no hace sino destacar otro más dramático. Las vidas de los argentinos que cambiaron nuestra historia estuvieron signadas por las marcas de la diáspora: Por el dolor de no pertenecer a la comunidad en la que uno vive pero también por la euforia de ser reconocido a pesar de ello, por el placer del cosmopolitanismo pero también por la necesidad de hablar de la patria y de escuchar hablar de ella.

El éxito de las políticas inmigratorias se suma a los exilios forzados para provocar en los habitantes de la Argentina la costumbre de estar pendientes de lo que se dice de nosotros afuera, en los países que alguna vez nos cobijaron. Es una estrategia conocida de nuestros dirigentes salir de gira para decir cosas en el extranjero que aquí pasarían desapercibidas. Así, sabemos que se puede hacer política argentina desde el exilio de la Argentina.

Las destrezas que en los actores sociales genera este hecho se hicieron evidentes y útiles en la última dictadura. Muchos de quienes crearon las condiciones de posibilidad para una democracia basada en la defensa de los derechos humanos fueron abogados que a la vuelta de su exilio ayudaron a

*are being created between informal democratic practices and the institutions of governance.”*  
(SCHOR, 2005:34-35.)

articular jurídicamente una nueva concepción de la política. El derecho internacional y las instituciones y procesos que más tarde darán lugar al fenómeno de la globalización insinuaban su poder ya a fines de la década de 1970. Fue gracias a su funcionalidad para producir hechos políticos durante la dictadura que la transición democrática argentina está estrechamente vinculada a la transnacionalización de los mecanismos formales e informales del ejercicio del poder en nuestro país.

En el comienzo de la violencia política de la década del '60 los abogados que se comenzaban a vincular con los movimientos sociales y también con las organizaciones revolucionarias mantenían una clara separación entre sus diferentes actividades. Como profesores en la facultad de derecho continuaban la tradición del formalismo y la dogmática jurídica, separando el derecho de las demás disciplinas y en particular de cualquier discusión valorativa o política. En efecto, la enseñanza del derecho consistía, como venía sucediendo desde la sanción del Código Civil en 1870, en la repetición de textos normativos y en la explicación que de ellos realizaba la doctrina. En su profesión de abogados defendían “técnicamente” a sus clientes. Y cuando estos clientes eran compañeros de militancia que habían sido detenidos, la defensa técnica consistía en la utilización tradicional del derecho penal. Finalmente, en su militancia política participaban como cualquier otro miembro de la organización a la que pertenecieran.

Este panorama cambia drásticamente a comienzos de los '70 y sobre todo con la aparición de grupos clandestinos armados (vinculados a las Fuerzas Armadas y al gobierno) que asumen la represión de las organizaciones políticas y sociales “de izquierda.” Es así como, al desaparecer los mecanismos institucionales que aun en dictaduras establecían algún mínimo de debido proceso, los abogados se encontraban desconcertados respecto de su rol. Los reflejos que les quedaban los llevaban a presentar infructuosos hábeas corpus y amparos individuales contra un estado que comenzaba a ser tomado él mismo por la clandestinidad. En ese momento es cuando los abogados comienzan a trabajar contra lo que llamaban “la represión y la tortura.”

El golpe de 1976 profundizará esta tendencia y los abogados sobrevivientes de estas organizaciones, particularmente del nucleamiento que se conoció con el nombre de Asociación Gremial de Abogados conocerán el exilio. Desde el exterior varios de ellos son instrumentales a las estrategias de denuncia de las organizaciones de víctimas que comenzaban a constituirse en el país. En efecto, a fines de 1975, apenas tres meses antes del golpe de estado, se constituye la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos y en abril de 1977 nacen las Madres de Plaza de Mayo. Así, dada la imposibilidad de hacerse oír

en un país tomado por el terrorismo de estado, el exilio volvió a ser la caja de resonancia y usina de denuncias sobre la práctica de secuestros y asesinatos que organizaba el gobierno militar. Es así también como comienza a circular el concepto de derechos humanos un concepto ajeno a las discusiones de las décadas anteriores.

Estas estrategias de denuncia utilizan las plataformas institucionales que todavía débilmente proveía en ese momento el derecho internacional: Prominentemente la, en ese entonces, Subsecretaría de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Ginebra, La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y el Senado de los Estados Unidos, entre otras. Las denuncias de violaciones masivas y sistemáticas de derecho desde instituciones y sociedades democráticas reencauzaron el trabajo de los otrora militantes argentinos a lo que hoy conocemos como derecho internacional de los derechos humanos. La agenda de la democracia constitucional llegaba a la Argentina y a Sudamérica por canales insólitos.

La vuelta del exilio coincide, como resulta obvio, con el regreso de la democracia. La agenda internacionalizada de derechos humanos se convierte en exigencia de políticas públicas acorde con la agenda de los organismos de derechos humanos: Juicio y castigo penal. En gran parte es sobre esta agenda que se construye la victoria del Partido Radical en 1983. La política de derechos humanos de Alfonsín honra parcialmente esta demanda aunque sin el retributivismo (todos los involucrados merecen castigo) que pretendían los organismos. Esta tensión los enfrentará al gobierno democrático en oposición simétrica al retributivismo (ninguno de los involucrados merece castigo) que reclaman las fuerzas armadas.

La posibilidad de la realización del juicio separa a los dos candidatos a presidente: Alfonsín, por el partido radical y Luder, por el partido peronista. El candidato peronista había admitido que la llamada ley de autoamnistía impedía el juicio penal por los delitos cometidos en la dictadura. Alfonsín propone distinguir entre decisiones *de facto* y leyes *de iure*, terminando con la doctrina *de facto* iniciada por el Corte en 1930, y permitiendo que las autoridades democráticas tengan la potestad de incluir o no las reglas generadas en dictaduras al sistema jurídico de la Nación. El Congreso de la democracia anula la ley de autoamnistía dando lugar al histórico juicio contra los Comandantes de la dictadura.

La política de derechos humanos de Alfonsín asume gran parte de lo aprendido en el exilio. En efecto, se modificaron leyes importantes y en particular se ratificaron varios tratados internacionales de derechos humanos,

incluyendo la Convención Americana de Derechos Humanos (lo que suponía aceptar como jurisdicción obligatoria la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), el convenio de las Naciones Unidas sobre derechos civiles y políticos y el convenio de las Naciones Unidas sobre derechos económico-sociales. Así, el derecho internacional multiplicó la lista de derechos y los ámbitos para su reclamo. Desde ese momento los derechos de los argentinos no se limitaban a los que figuraban en las cuatro esquinas del texto constitucional sino que se extendían a aquellos que la comunidad internacional había acordado luego del horror del Holocausto.<sup>10</sup> Pero además esos tratados ofrecían espacios de deliberación sobre la forma de honrar esos derechos y procesos a través de los cuales cada vez más actores (individuos y organizaciones de la sociedad civil) podían hacer ejecutar esos mandatos aun contra la voluntad mayoritaria de Estados democráticos.

## **2. El rol de la Corte Suprema**

Nada de esto hubiera sido posible sin la anuencia de actores institucionales clave. Es interesante hacer notar, para crédito de sus protagonistas, lo adecuado que resultó el hecho de que el órgano que puso el último clavo en el ataúd de la democracia en Argentina en 1930 aceptando el sinsentido del derecho de la fuerza, acompañe el nacimiento de la democracia afirmando la fuerza del derecho. En efecto, la Corte Suprema responde a estas modificaciones haciendo lugar a la teoría de la distinción entre dictaduras y democracia, justificando así un quiebre institucional con el pasado no democrático de la Corte y asumiendo una actitud fundacionalista desde su jurisprudencia:

“La primera circunstancia determinante, cuando el asunto atañe a la consideración del alcance de las garantías constitucionales, es la toma de conciencia de que nuestro país atraviesa una coyuntura histórico-política particular, en la cual, desde las distintas instancias de producción e interpretación normativas, se intenta reconstruir el orden jurídico, con el objetivo de restablecer y afianzar para el futuro en su totalidad las formas democráticas y republicanas de convivencia de los argentinos, de modo que dicho objetivo debe orientar la hermenéutica constitucional en todos los campos.” (Voto del Dr. Petracchi *in re Bazterrica*.)<sup>11</sup>

<sup>10</sup> “Latin America helped introduce the term disappearance (translated from the Spanish word *desaparecido*) into the international human rights vocabulary. Although governments have long used «disappearances» to rid themselves of perceived opponents, international attention to this grave human rights abuse did not emerge until the 1970s, when repressive regimes in Latin America began to engage in it on a widespread and systematic basis.” (LUTZ y SIKKINK, 2000:647-648.)

<sup>11</sup> CSJN, *Bazterrica*, 1986, *Fallos*, 308: 1392.

Esta actitud de la Corte pone de manifiesto su voluntad de ser un actor político activo inaugurando una nueva visión del rol del poder judicial en democracia. Los tiempos de la deferencia acrítica a las decisiones respecto de las políticas públicas han quedado atrás. De ahora en más el Poder Judicial se convertirá en un espacio más de deliberación pública sobre la adecuación constitucional de las decisiones de los argentinos.<sup>12</sup>

### 3. *Un nuevo orden administrativo*

La caída del gobierno de Alfonsín y la llegada de Menem al poder profundizó esta visión de la Corte. El gobierno, decidido a llevar adelante ciertas políticas que supone difíciles de digerir para los jueces, tales como la privatización de las empresas del estado y el proceso de desregulación de ciertos mercados,<sup>13</sup> se asegura la alineación de la Corte Suprema aumentando el número de miembros del tribunal e incorporando una mayoría propia en veloces audiencias secretas de la Comisión de Acuerdos del Senado de la Nación. La nueva Corte reniega de las propuestas institucionales e ideológicas de la Corte de Alfonsín y se concibe como un tribunal deferente a las decisiones de los poderes políticos, en particular a las del Presidente.

Así, se despega de la distinción entre dictaduras y democracias que había sostenido la Corte anterior afirmando respecto de los decretos de los gobiernos de facto que:

“Desde la sentencia de Fallos 208:184 en adelante y durante varias décadas, esta Corte tuvo por cierto que estos actos subsisten en los períodos constitucionales siguientes —mientras no sean derogados o revocados— con autoridad y efectividad equivalentes a las que tienen los gobernantes *de jure* y ello porque son válidos desde su origen [...] o bien porque su «real efectividad» los legitima [...]”

<sup>12</sup> “La recuperación democrática trajo consigo una fuerte demanda social hacia los jueces. La violación a los derechos humanos, la vigencia efectiva de los derechos que la democracia prometía, el castigo de los actos de corrupción de los funcionarios, hicieron que comenzara a entrar en la escena política un actor hasta ese momento ignorado, el poder judicial.” (GIL LAVEDRA, 2003:62.)

<sup>13</sup> “...[A] partir de la década de los noventa los países de la región se enfrentaron a importantes cambios en su economía. Se impusieron las ideas de libre mercado y apertura de las economías, privatizaciones, reformas estructurales a la dimensión del estado y a su intervención en los procesos económicos, ajustes en el gasto público, equilibrio fiscal, etc. El avance de la globalización y de la interdependencia en los intercambios comerciales, produjo una oleada de modernización, aunque simultáneamente un aumento en la brecha de las desigualdades.” (GIL LAVEDRA, 2003:49.)

“[q]ue el problema en cuestión no tiene contenido ideológico, ni debe hacerse depender de valores afectivos, como la adhesión o el repudio al gobierno *de facto* de que se trate.” (CSJN *in re Godoy*)<sup>14</sup>

Esta legitimación de los decretos es el pie que el gobierno necesitaba para encarar una ambiciosa reforma del Estado sin controles republicanos eficaces. Si el Presidente no contaba con votos suficientes en el Congreso, legislabo por vía de decretos de necesidad y urgencia a los que el Alto Tribunal les reconoce el mismo valor que las leyes. La justicia en lo Penal Federal fue prácticamente tomada por el gobierno y sus jueces se alinearon mostrando una dependencia pasmosa respecto del Ejecutivo. La politización del Poder Judicial, para bien o para mal, llega a la Argentina para quedarse.

La reforma del Estado a la que me acabo de referir adopta los dictados del Consenso de Washington y avanza a través de decretos y de leyes en la reforma del Estado que conocemos: Privatizaciones, desregulación y la creación de entes reguladores autárquicos por área de servicios públicos. Estos entes tienen el mandato de controlar la prestación del servicio de conformidad con el contrato de concesión y son creados con procedimientos que incorporan la posibilidad del control de los usuarios individualmente o a través de organizaciones creadas al efecto. Así, con la fuerza de los vientos internacionales que soplaban a favor del reinado sin control del mercado, llega a la Argentina una nueva concepción de derecho administrativo que de a poco va a erosionar el andamiaje centralista y excluyente de la tradición anterior para dar lugar a una miríada instituciones públicas y también de asociaciones privadas de consumidores y usuarios que echando mano de nuevos procesos o de viejos procesos desempolvados encuentran abogados dispuestos a defender sus derechos y a jueces dispuestos a escucharlos.

En efecto, a partir del ejemplo de los organismos de derechos humanos y su lucha en los tribunales para llevar adelante su agenda de demandas, se multiplican en la Argentina, como nunca antes, las organizaciones no gubernamentales. Al calor del entusiasmo ciudadano, de la financiación externa, o en el caso de las asociaciones de consumidores y usuarios de la financiación del estado como forma de contrapesar la fuerza de las empresas privatizadas, la sociedad civil argentina se organiza en asociaciones y fundaciones de la más variada índole.<sup>15</sup> Junto con ellas, los abogados que habían sido protagonistas de las

<sup>14</sup> CSJN, *Godoy*, 1990, *Fallos*, 313: 1621.

<sup>15</sup> “In short, it is not a law requiring that all the other laws be respected that Latin America needs for constitutionalism to work, even if that has been the hope of Latin American reformers from Simón Bolívar to President Hugo Chávez. What Latin America needs to make the transition from authoritarian to democratic legality is not more «good» laws imposed from above but social mo-

luchas judiciales nacionales e internacionales por los derechos humanos ponen al servicio de sus nuevos clientes sus recientemente adquiridos conocimientos y destrezas en pos de la defensa de sus derechos en los estrados judiciales y en las instancias administrativas que ahora proliferan.

La reforma constitucional de 1994: La proliferación de derechos, la creación de herramientas para hacerlos operativos y la aparición de la práctica del derecho de interés público.<sup>16</sup>

Poco antes del final del mandato del presidente Menem y ante su necesidad de lograr su reelección<sup>17</sup> se genera un proceso de reforma constitucional que paradójicamente modifica aspectos fundamentales de la Constitución Nacional en total consonancia con la necesidad de traer al centro del sistema político la idea de derechos y rodearla de las herramientas que necesita para articularse y ser operativa.<sup>18</sup> Así, se incorporan un importante número de tratados internacionales protectores de derechos humanos al texto de la Constitución. Si bien algunos de ellos ya eran parte de nuestra legislación, a partir del '94 queda claro que estos tratados se encuentran por encima de la legislación ordinaria,

*vements from below that press governments to respect rights. Social movements form to demand change when governments are not responsive to citizen demands. Individual rights lie at the foundation of social movements because they provide a trump card against government action. Social movements seek to have rights embedded in constitutions and other laws because the law dramatically lowers the cost of having rights enforced. Rights that require the mobilization of social movements to effectuate are difficult to exercise whereas rights that are protected by the government can be realized without the necessity of collective action. Successful social movements close the gap between the rhetoric of a legal order and the behavior of political actors. When a desire to have the fundamental rules of the game respected permeates society, rulers have an incentive to respect those rules. The fidelity to rules that democratic consolidation requires can be created in the very process of effectuating those rights.*" (SCHOR, 2005:34-35.)

<sup>16</sup> "An enduring consolidation of democracy will require strengthening the rule of law (and public confidence in the rule of law), and the rule of law requires a greatly strengthened judicial system. Given the centrality of this issue in the current literature, it is remarkable how little attention scholars of Latin America paid to it in the past." (DODSON, 2002:200-201.)

"Top-down strategies are seriously hampered by the ambiguous commitments of the domestic partners enlisted by foreign donors, not to mention the indifference or even outright opposition of the national political elite. Bottom-up strategies are undermined by low public confidence in state institutions, pervasive lack of trust throughout the political culture, and the general political exclusion resulting from extreme inequality." (DODSON, 2002:219.)

<sup>17</sup> "Latin American governments often engage in constitutional reforms as a way of granting to the executive branch discretionary powers to deal with a state of economic or political emergency. As long as the executive acts within its powers, as defined by the constitution, the positivistic element of Latin American formalism does not yield any source of law that can be used to constrain the repressive use of state power in violation of basic civil rights. Indeed, legal formalism may help to legitimize the use of such force because the state has declared such acts to be legal." (LYNCH, 1983:235.)

<sup>18</sup> "In the 1980s Latin America experienced a regional human rights «norm cascade» a rapid shift toward recognizing the legitimacy of human rights norms and international and regional action on behalf of those norms." (LUTZ y SIKKINK, 2000:638.)

y que (como luego ratificará la Corte) la interpretación que de estos tratados realiza la jurisdicción internacional de que se trate (como por ejemplo la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto del Pacto de San José de Costa Rica) es obligatoria para nuestros tribunales. De esta manera se amplía la carta de derechos individuales a través de la incorporación de Tratados pero también se reconocen los derechos colectivos en el texto de la constitución, tales como los derechos de los pueblos originarios, de los consumidores, del ambiente, derecho a la libre competencia, a la no discriminación.<sup>19</sup>

A la complejidad de contar con una lista ampliada de derechos de la más diversa índole y extensión se suma ahora, como resulta claro, el problema de la multiplicación de las fuentes del derecho. En efecto, el paradigma continental anterior se sustentaba en el monoteísmo de honrar a una sola autoridad, el Código, que sustentaba su legitimidad en el artificio de la voluntad general. Sin embargo ese régimen se convierte ahora en un sistema politeísta. A la autoridad de los Códigos y de las leyes se le suman la Constitución, los tratados internacionales, los decretos del Ejecutivo y las regulaciones de sus entes descentralizados que reclaman atención y obediencia no sólo desde la legitimidad de los votos, sino también a partir de la fuerza contramayoritaria de los derechos, o de la necesidad de valorar la eficiencia económica y el crecimiento, o la estabilidad y la seguridad jurídica. El politeísmo supone ahora que los operadores del derecho no pueden asumir una sola autoridad sino que deben sopesar y balancear los reclamos de autoridad de las diversas fuentes y hacerlo de una forma tal que los demás usuarios del sistema lo comprendan y lo respeten.

A todo esto la reforma de 1994 agrega un instrumento crucial. Estos derechos además cuentan ahora con una forma de hacerlos efectivos: El amparo individual, que había sido creado por la Corte Suprema casi cuarenta años antes y el novedoso amparo colectivo, que le da legitimación activa para defender esos derechos al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones que propenden a esos fines. Como dije, desde el comienzo de la democracia habían comenzado a surgir organizaciones de la sociedad civil al amparo de los nuevos reclamos, inspiradas en el éxito de los organismos de derechos humanos y fundadas en el deterioro de los partidos políticos. La reforma del '94 les brindó una agenda

<sup>19</sup> *“Varias constituciones han establecido con cierta minuciosidad los principios generales a los que debe sujetarse la acción del legislador, fijando las políticas a seguirse en muchas materias, como el orden económico, el financiero, el cultural, el educativo, etc. Asimismo, se ha recogido generosamente en los textos constitucionales los llamados «derechos sociales». En algunos casos, no sólo se han incorporado algunos derechos colectivos relativamente recientes, como la protección al medio ambiente, al consumidor o a la competencia, sino que algunas constituciones han dado cabida a una variedad multicolor de derechos, no dejando prácticamente sin tutela ningún segmento de la vida humana.”* (GIL LAVEDRA, 2003:52.)

más amplia al constitucionalizar sus demandas transformadas en derechos y al brindarles herramientas procesales para hacer que el Poder Judicial, abiertamente convertido en un actor político obligue a los poderes mayoritarios a conformar sus acciones a las promesas de la Constitución.

Es así como surge la práctica que damos en llamar Derecho de Interés Público (DIP.) La práctica del DIP es aquella que utiliza concientemente las formas del derecho para incluir en la deliberación democrática a quienes han quedado excluidos, para mantener los procesos que garantizan esa deliberación y para preservar los acuerdos semánticos en los que se expresa el lenguaje del derecho. En este sentido es mucho más amplia que la práctica de casos llevados a cabo a través de acciones colectivas, pero dada su especial historia en nuestro país, el DIP y las acciones colectivas han ido juntos desde un punto de vista histórico y tal vez por ello, también conceptual.

A diferencia de lo que en Estados Unidos se entiende por *public interest law*, que no es otra cosa que la defensa gratuita de los derechos constitucionales, en América Latina el DIP ha estado vinculado desde sus inicios con acciones que intentaron modificar el estado de los acuerdos públicos a través del uso intensivo de herramientas judiciales novedosas. Las formas que asume el DIP, que en general se pueden subsumir en la categoría de litigio de impacto, han sido diversas. Así, se pueden identificar como tales el control de constitucionalidad, el litigio colectivo, la coordinación de la estrategia judicial con las agendas políticas de los movimientos sociales, cierta visión elitista (muchas veces justificada por las fallas de la política mayoritaria) de las necesidades jurídicas de quienes están excluidos del acceso a sus derechos e incluso la actividad de ayudar a construir los actores sociales que los casos necesitan generando estructuras asociativas funcionales a la defensa de la agenda política que se intente defender.

Entonces, con la confluencia de la aparición del discurso de los derechos, de la virtualidad normativa de los derechos constitucionales y los que surgen de los tratados internacionales, del nuevo rol que asumen los jueces, de la disponibilidad de procesos de acceso eficaz a la justicia y de actores dispuestos a ejercer el peculiar rol de clientes y de abogados en causas de interés público se genera lo que se puede dar en llamar la política contramayoritaria: una práctica de intervención en los asuntos públicos diferente a la lógica parlamentaria o administrativa que tiende a subrayar el aspecto constitucional de la democracia argentina.

Esta práctica presupone la existencia, entonces, de dos actores claves, el cliente de interés público y el abogado de interés público, y de una relación

particular entre ellos, el contrato de interés público. El cliente DIP debe conocer (y ser advertido por su abogado de las dificultades de) el particular rol que asume cuando acepta interponer una demanda DIP. En tal circunstancia, el cliente debe aceptar que, dado el caso, debe postergar sus intereses particulares por el interés público que dijo defender al asumir el caso. Dada la complejidad de los conocimientos y destrezas que se requieren para poder asumir este rol, algunas de las iniciativas de las organizaciones de la sociedad civil interesadas en esta práctica generaron programas de capacitación y alfabetización jurídica en los cuales adquirirían las herramientas necesarias para asumir este nuevo rol.

El abogado DIP, por su parte, debe informar al cliente de las tensiones y dificultades a las que se expone y llevar adelante el caso teniendo en cuenta que su defensa debe centrarse en la causa que acordó con su cliente al aceptarla. De esta forma, la ética de la relación profesional que se entabla en un caso DIP tiene ciertas particularidades que deben ser explicitadas. La agenda de estos abogados (nucleados en ONGs temáticas o propias, o en clínicas jurídicas DIP de facultades de derecho) fue variando. En un principio la agenda consistía en acompañar los reclamos de las ONGs y ofrecerles un instrumento más de advocacy. Sin embargo, a medida que se fueron descubriendo necesidades procesales propias de estos casos, el abogado DIP fue creando su propia agenda. En efecto, en ocasión de la defensa de la causa de su cliente el objetivo consistía en general en crear los instrumentos procesales necesarios para hacer mejor esta tarea. Así, por ejemplo, la creación de organizaciones con estatutos redactados con el objetivo de asegurar la legitimación procesal que otorga la Constitución reformada y la necesidad de provocar decisiones de los tribunales, con preferencia Cámaras de Apelación, Tribunales Superiores de las provincias o la misma Corte Suprema que amparen este derecho de actores colectivos de estar en juicio defendiendo derechos colectivos o individuales con efectos colectivos.

En el caso de la utilización de la práctica internacional los objetivos consistían en hacer efectivos los derechos que surgen de tratados internacionales y aceitar los mecanismos de la jurisdicción internacional para llevar los reclamos a los tribunales internacionales, asegurar que los tribunales nacionales no obstaculizaran la interpretación que de los tratados realizaban los órganos encargados de esa tarea y que el Estado nacional honre las sentencias y recomendaciones de los funcionarios internacionales.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> *“The paucity of formal international delegation to third-party judicial authority does not mean international human rights law is never enforced. Active enforcement occurs in a variety of ways. Transnational human rights advocacy networks promote adverse international publicity about a state’s violations of human rights so that noncompliance leads to embarrassment or a blow to reputation. Moreover, once a state’s human rights misconduct has been exposed, more damaging*

Esta reconfiguración de la concepción del derecho en la Argentina no alcanza sólo a la regulación de los derechos humanos, sino que se extiende también al derecho comercial. En efecto, gran parte de lo que sucede en las empresas más importantes de nuestro país se regula de acuerdo a normas que no dictamos y sus problemas se deciden en jurisdicciones que no controlamos. En efecto, muchos de los contratos que rigen las relaciones entre sociedades comerciales cuya actividad afecta la vida diaria de gran parte de los argentinos (como muchas de las empresas proveedoras de servicios públicos o de servicios privados con alta incidencia en la actividad del público) son redactados en el extranjero, por estudios jurídicos internacionales, para ser aplicados en las jurisdicciones en las cuales actúa la empresa multinacional en cuestión. A ello se agrega que la jurisdicción que resuelve los conflictos surgidos de tales contratos suele no ser la jurisdicción nacional sino la de algún Estado extranjero.

A mayor abundamiento, la Argentina firmó, en la década de 1990, una gran cantidad de tratados internacionales de defensa de inversiones extranjeras con el fin de atraer capitales al país. Estos tratados tienen la virtualidad de abrir la jurisdicción arbitral internacional del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), una institución del Banco Mundial, con sede en la ciudad de Washington, D.C. A partir de la crisis del 2001-2002, la Argentina tiene el raro privilegio de ser una de las partes que ha sido demandada con más frecuencia ante el CIADI. Si bien los resultados son ambiguos y la discusión respecto de la validez jurídica de laudos arbitrales extranjeros todavía está abierta, resulta indudable advertir la virtualidad jurídica de decisiones que los argentinos no podemos controlar con las herramientas tradicionales de la democracia mayoritaria.

Pero este déficit democrático en la creación de las normas no es una novedad ni en la Argentina, ni en la región. Lo que podemos caracterizar como novedoso es la dinámica que resulta de la obligación de aplicarlas. En efecto, los actores sociales y políticos, al sentirse obligados a cumplir con las normas internacionales, abren nuevamente procesos que habían sido clausurados y generan deliberación donde nunca había existido o que había sido deficitaria por haber excluido a algún actor relevante. La sociedad civil utiliza de esta manera al derecho internacional (legislado o creado en casos judiciales) y aun

*bilateral or multilateral enforcement measures may follow. Bilateral foreign policy sanctions may be imposed on states that violate human rights. Courts in other countries, relying on their own domestic civil and criminal law, may hold individuals who fall within their jurisdiction responsible for violations of international human rights that occurred in other countries. In recent years there has been increased multilateral willingness by regional or international organizations to apply sanctions to rights-violating states. Although bilateral and multilateral enforcement continues to be selective, such measures frequently impose high costs on recalcitrant states.*" (LUTZ y SIKKINK, 2000:641.)

a las instancias internacionales para forzar a los poderes públicos a deliberar sobre situaciones respecto de las cuales tradicionalmente se negaba a hacerlo con las peores razones o más habitualmente, con ninguna.<sup>21</sup> Los procesos de interpretación y de aplicación de la ley han forzado también a las autoridades de creación democrática a deliberar, o a deliberar nuevamente sobre temas que fueron decididos sin la más mínima credencial democrática o con procedimientos sospechados de corruptos o discriminatorios.

En estos momentos en la Argentina la Corte Suprema y otros tribunales del país han entendido la importancia de estos procesos y están creando procesos de interpretación y de aplicación deliberativos que buscan explícitamente crear autoridad legítima donde no la hay. Si estos tribunales hubieran tomado decisiones formalistamente, es decir sin tomar en cuenta interpretaciones alternativas realizadas por voces relevantes que habían quedado fuera de los procesos de toma de decisión pública, corrían un riesgo serio de no ser obedecidos, y lo mismo hubiera sucedido si no decidían, privilegiando un *statu quo* injustificado.<sup>22</sup> El Poder Ejecutivo también se niega a la aplicación formalista de la ley y espera, delibera o llama a mediaciones, entre otras estrategias.

Lo dicho aquí no niega la necesidad de seguir insistiendo en la necesidad de reducir el déficit democrático de las normas (nacionales y extranjeras) que son operativas en nuestros países. Lo que afirma es que el problema del préstamo de normas extranjeras o en general de normas no deliberadas adecuadamente se termina cuando la comunidad en la cual se aplica la norma en cuestión se apodera de esta norma<sup>23</sup> a través de los procedimientos deliberativos que están disponibles al momento de su interpretación y aplicación.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> "...[I]nternational human rights law was capable of imposing more costs than they originally anticipated because it was enforceable not only directly, but also indirectly through a wider range of political channels [...] Leaders of authoritarian governments sometimes responded to these pressures because as members of an international or regional society of states they had been 'socialized' to care about what other states think of them. Scholars have long understood that collective legitimation has become one of the major functions of international organization. Leaders increasingly seek or care about international legitimation because it can help to enhance or to undermine the domestic legitimacy and survival of their regime. But the reasons go even deeper than the need for domestic legitimacy. Human rights pressures operate not only at the pragmatic level by imposing material costs or jeopardizing domestic legitimacy but also at the social level by creating ostracized «out-groups» of norm breakers." (LUTZ y SIKKINK, 2000:658-659.)

<sup>22</sup> Ver CSJN, *Verbitsky*, 2005, *Fallos*, 328: 1146; CSJN, *Mendoza*, 2006, *Fallos*, 329: 2316; CSJN, *Badaro*, 2006 y 2007, *Fallos*, 329: 3089 y 330: 4866, entre otros.

<sup>23</sup> "Serious problems involving compliance with international human rights law continue to plague Latin America. But very diverse Latin American states have increasingly complied with prohibitions against torture, disappearance, and military coups over the last two decades. International norms and international law, implemented and enforced through the widest range of channels, are important parts of the explanation for these changes." (LUTZ y SIKKINK, 2000:659.)

<sup>24</sup> BÖHMER, 2008.

Esta publicación tiene entre sus objetivos mostrar las diversas formas y temáticas en las que opera esta nueva configuración de lo jurídico. Como se verá ella no está limitada por las anteriores demarcaciones entre público y privado o nacional e internacional o entre civil, penal, administrativo o sustantivo y procesal. La propuesta de un “derecho administrativo global” juega con esas ambigüedades. En efecto, dado que el derecho administrativo siempre ha sido entre nosotros la forma de regulación de un Estado nacional centralizador y poco preocupado por establecer procesos deliberativos con los ciudadanos, el agregado del adjetivo “global” le da a este concepto cierto aire de intencional paradoja. La propuesta de utilizar las herramientas conceptuales del derecho administrativo norteamericano, surgido al calor de las necesidades de un Estado regulador que emergía de la peor (hasta hace poco tiempo) crisis económica de la historia moderna desafía a quienes se encuentran preocupados por la emergencia de un nuevo espacio público internacional a bucear en nuevas aguas. La multiplicación de actores, la relativización del concepto de soberanía nacional y con él el de democracia representativa, el pluralismo de reclamos de autoridad que generan nuevas fuentes de derecho y el nuevo rol de viejos actores justifican el ambicioso proyecto del cual esta publicación es sólo una parte.

Nos queda a los académicos y profesores de derecho un desafío paralelo: El de comprender cabalmente este nuevo paradigma, normalizarlo en conceptos y desarrollar los materiales y las prácticas docentes que puedan formar a las generaciones futuras para trabajar conforme las nuevas reglas de juego. La tarea apenas comienza pero es alentador pensar que no hay alternativa. La transformación de las instituciones del Estado y de la sociedad civil ya es un hecho y las aulas universitarias deben responder una vez más, como lo han hecho con cambios políticos semejantes en el pasado. Si las facultades de derecho argentinas, como sus pares de la región, pudieron en el siglo XIX dejar de lado varios siglos de práctica jurídica y abrazar el formalismo de la codificación para ayudara crear los estados nacionales independientes, también deben poder estar a la altura de la transformación que impone la globalización y la emergencia de la democracia basada en derechos. Esta publicación va en esa dirección, sólo resta hacer votos para que este esfuerzo se multiplique.

#### 4. Bibliografía

- BÖHMER, MARTIN, “Préstamos y adquisiciones. La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional,” en GARGARELLA, ROBERTO, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008.
- DEALY, GLEN, “Prolegomena on the Spanish American Political Tradition,” *The Hispanic American Historical Review*, Vol. 48, No. 1., (Feb. 1968), pp. 37-58.
- DODSON, MICHAEL, “Assessing Judicial Reform in Latin America, Books review,” *Latin American Research Review*, Vol. 37, No. 2. (2002), pp. 200-220.
- DREYFUS, HUBERT L., “Could anything be more Intelligible than Everyday Intelligibility? Reinterpreting Division I of *Being and Time* in the light of Division II,” disponible online en <http://socrates.berkeley.edu/~hdreyfus/html/papers.html>, enero de 2009.
- GARGARELLA, ROBERTO, “Towards a Typology of Latin American Constitutionalism, 1810-1860,” *Latin American Research Review*, Vol. 39, No. 2, (June 2004), pp. 141-153.
- GIL LAVEDRA, RICARDO, “Un vistazo a las reformas constitucionales en América Latina,” *El derecho como objeto e instrumento de transformación*, SELA 2002, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2003, pp. 49-71.
- HAMMERGREN, LINN, “Fifteen Years of Judicial Reform in Latin America: Where We Are and Why We Haven’t Made More Progress,” *USAID Global Center for Democracy and Governance*, disponible online en <http://www.pogar.org/publications/judiciary/linn2/sourcestml>.
- LYNCH, DAVID O., “Hundred Months of Solitude: Myth or Reality in Law and Development?,” *Book Review, American Bar Foundation Research Journal*, Vol. 8, No. 1., (Winter, 1983), pp. 223-239.
- LUTZ, ELLEN L. / SIKKINK, KATHRYN, “International Human Rights Law and Practice in Latin America,” *International Organization*, Vol. 54, No. 3, Legalization and World Politics, (Summer, 2000), pp. 633-659.

- NEGRETTO, GABRIEL L. / AGUILAR-RIVERA, JOSÉ A., “Rethinking the Legacy of the Liberal State in Latin America: The cases of Argentina (1853) And Mexico (1857-1910),” *J. Lat. Amer. Stud.*, 32, Cambridge University Press, 2000, pp. 361-397.
- SCHOR, MIGUEL, “Constitutionalism Through the Looking Glass of Latin America,” *Suffolk University Law School faculty Publications*, 19, 2005, pp. 1-37.