

## Capítulo IX

# DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES

## I. ACCESO Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

### 1. *La salud dentro de los derechos sociales*

El alcance relativamente amplio que hemos dado en los capítulos precedentes al derecho a la salud no debe llevar a una interpretación equivocadamente lata de la posible tutela jurídica del resto de los llamados “derechos sociales.” La pertenencia temática de la salud a este género del lenguaje ordinario, no autoriza a hacer un falso silogismo que lleve al género lo que aquí sólo es propio de la especie.

### 2. *El enfoque clásico.<sup>1</sup> Triple encuadre posible*

Los derechos llamados sociales, y del mismo modo los culturales:

1º) Pueden estar introducidos en el orden jurídico como derechos subjetivos de los individuos, exigibles desde la misma sanción de la Convención<sup>2</sup> o de la Constitución y sin norma alguna de rango inferior que los reglamente,<sup>3</sup>

2º) pueden encontrarse en la situación compleja que hemos explicado para la salud y el medio ambiente o, por fin, y es esto lo más común,

3º) pueden en cambio estar estructurados como derechos programáticos, que carecen de efectividad real mientras el Estado no instituya los instrumentos legales y administrativos complementarios necesarios para integrarlos en su funcionamiento real.

<sup>2.1</sup> En este punto nos limitamos a repetir lo ya dicho en nuestro *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, 8º ed., Buenos Aires, FDA, 2003 y anteriores ediciones, cap. III, § 19; y en la *Teoría General de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, p. 64 y ss

<sup>2.2</sup> A la cual nuestro país se sometió por ley de la Nación, aceptando igualmente la sumisión al tribunal supranacional creado para su contralor jurisdiccional.

<sup>2.3</sup> P. ej., el derecho de huelga, de agremiación, etc.

<sup>2.4</sup> Servicios de seguridad o previsión social, salud, educación, vivienda, cultura, etc.

Lo último sucede a veces cuando se trata de servicios o prestaciones concretas a los individuos, y la formulación normativa es de tal manera general e imprecisa que resulta imposible a los jueces darle operatividad por aplicación directa de la Constitución o la Convención.<sup>4</sup> Esto es lo que pasa tradicionalmente con la mayor parte de las disposiciones constitucionales que contienen derechos sociales, las cuales son de antaño interpretadas en el sentido que “los textos que los enuncian están menos dirigidos a condensar en una fórmula solemne las realidades del derecho positivo, que a trazar para el futuro un programa al legislador.”<sup>5</sup> En tal sentido, hemos señalado nuestra duda respecto a la supuesta necesidad de modificar la Constitución para incorporarlos, ya que ellos pueden ser introducidos directamente por la legislación sin necesidad de una reforma constitucional previa y, a la inversa, sin esa legislación y esa instrumentación práctica previa, no existirán en la realidad, a pesar que la Constitución o la Convención<sup>6</sup> los incluya como normas programáticas.<sup>7</sup>

A lo expuesto cabe agregar que una teórica multiplicación conceptual y verbal de derechos humanos de tipo social, presenta el riesgo de diluir y esfumar el concepto *vigente* de derechos del hombre y reducir su valor:<sup>8</sup> no se puede calificar de “derechos” a todos los deseos y todas las aspiraciones, porque con ello se pone el acento en lo abstracto e irrealizable, y se descuida la indispensable concreción material sin la cual todo el discurso pierde sentido y valor jurídico.<sup>9</sup>

No ganamos nada con un generalizado “reconocimiento” verbal acompañado de parejo desconocimiento empírico.<sup>10</sup> Por ello, si de verdad queremos que los derechos humanos de tipo social no sean tratados como “meras aspiraciones” sino como “asuntos de legítima utilización por parte de juristas y abogados,”<sup>11</sup> es imprescindible que nos atengamos a las reglas de interpretación jurídica.

### 3. Los derechos sociales en época de crisis

En todo caso, fuerza es advertir que lo atinente a la consagración y desarrollo e instrumentación de los derechos sociales<sup>1</sup> ha tenido su mayor potencialidad en

<sup>2.5</sup> BURDEAU, GEORGES, *Les libertés publiques*, París, 1961, p. 312; Kelsen, HANS, *General Theory of Law and State*, Cambridge, pp. 261 y 262.

<sup>2.6</sup> Caso típico, los derechos económicos, sociales y culturales previstos en su art. 26°.

<sup>2.7</sup> Para mayores desarrollos sobre el punto, ver, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, cap. III, p. 19, y la *Teoría General*, *op. loc. cit.*

<sup>2.8</sup> RIVERO, JEAN, *Les libertés publiques*, t. 1, *Les droits de l'homme*, P.U.F., París, 1981, pp. 132 y 133.

<sup>2.9</sup> RIVERO, *op. cit.*, p. 134.

<sup>2.10</sup> RIVERO, *op. cit.*, p. 1:29.

<sup>2.11</sup> NEWMAN, FRANK C., en KAREL VASAK, editor, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, vol. I, UNESCO, Barcelona, 1984, p. 243

<sup>3.1</sup> Legislación protectora del trabajador, la mujer, el niño; promoción de la cultura y la educación; protección activa de las clases menos favorecidas de la sociedad; seguro de desempleo; seguro de salud; sistemas de seguridad social, etc.

<sup>3.2</sup> Nuestro libro *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, México y Buenos

épocas en que se concebía al Estado con progresivas posibilidades materiales de actuar como agente de desarrollo y de cambio,<sup>2</sup> con instrumentos tales como la planificación y un dinámico sector público de la economía al servicio del cambio social.<sup>3</sup>

La crisis mundial de los años ochenta, en cambio, pone un freno inescapable a ulteriores crecimientos cuantitativos de los derechos sociales prestacionales, en cuanto eventuales mayores servicios del Estado a los individuos menos favorecidos de la sociedad, significan crecientes erogaciones que aquél no está en condiciones materiales de realizar.<sup>4</sup> Ya ni siquiera se habla hoy en día de “países en desarrollo”: la nueva frase elegante es “países menos desarrollados.” (LDCS.)

En la actualidad “El Estado tiene que administrar la escasez para atender las demandas sociales tradicionales;” “La dialéctica entre demandas sociales y gastos públicos, se ha resuelto a favor de estos últimos.” Aún manteniendo la idea del Estado benefactor hoy en día es ya claro que él “no está legitimado [...] para actuar deficientemente, con derroche de medios, con resultados parcos o con evidente desproporción entre recursos y logros.”<sup>5</sup>

Se toma conciencia, en suma, que “La relación entre el costo de las organizaciones y los resultados obtenidos no guarda proporción;” “El Estado ha de aumentar su *efectividad social*, sus actuaciones han de ser productivas en términos sociales.”<sup>6</sup>

¿Qué hacer en materia de derechos sociales en tales circunstancias históricas?

#### 4. *Salir de la encrucijada*

Los países más desarrollados parecen aprestarse a salir de la encrucijada procurando reducir el aparato del Estado y racionalizar en lo posible sus servicios sociales, creando o ampliando al propio tiempo los mecanismos de participación e integración social que fortalecen los derechos sociales.<sup>1</sup>

En este saber administrar la escasez hay que fortalecer pues aquellos me-

Aires, 1973; una siguiente edición apareció bajo el título *Introducción al derecho de la planificación*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1982.

<sup>3.3</sup> Nuestros libros *Empresas del Estado*, Buenos Aires, Macchi, 1966, y *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires, Macchi, 1966.

<sup>3.4</sup> Empezamos a plantear este cambio en *Teoría General del Derecho Administrativo*, op. cit., p. 79.

<sup>3.5</sup> Del *Documento Guía* elaborado en 1983 por el “Grupo de Iniciativa,” formado por un conjunto interdisciplinario de expertos iberoamericanos, que hemos integrado, para el libro del INAP *Congreso Iberoamericano sobre sociedad, democracia y administración*, Alcalá de Henares-Madrid, 1985, p. 29.

<sup>3.6</sup> Art. citado, p. 30.

<sup>4.1</sup> La vinculación de ambos temas no es nueva: MILLER, S. M y REIN, MARTÍN, *Participation, Poverty and Administration*, publicado en “Public Administration Review”, Washington, enero-febrero de 1969, p. 15; SIMPSON, GEORGE E., Ethnic groups, social mobility, and power in Latin America, en el libro *Social Structure, Stratification and Mobility*, OEA, Washington, 1967.

<sup>4.2</sup> Nuestros trabajos *Participation in Latin America*, Nueva York, 1982; *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1981; *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, op. cit.; *Viejas y nuevas ideas sobre participación en América Latina*, “Revista Internacional de Ciencias Administrativas”, Bruselas, 1981, vol. XLVII-1981, n° 2,

canismos del desarrollo y cambio social que no generan nuevos gastos que el Estado ya no puede expandir. Puede allí incluirse *lato sensu* el aumento de las formas de participación ciudadana,<sup>2</sup> la tutela de la salud y el medio ambiente contra las lesiones arbitrarias, la superación de la discriminación,<sup>3</sup> el odio y la persecución,<sup>4</sup> la tutela de la dignidad<sup>5</sup> y privacidad<sup>6</sup> de la persona humana, el respeto a las tradiciones y costumbres,<sup>7</sup> etc.

Trátese o no de derechos sociales en una estipulación tradicional, son cuanto menos aspectos sociales no despreciables de los derechos humanos o individuales, todavía susceptibles de mayor desarrollo y que pueden y deben encuadrarse ya entre los de “primera generación,” quitándolos de la más utópica “tercera generación.”<sup>8</sup>

En nuestros países todavía hay renuencia a buscar y adoptar las nuevas soluciones posibles, como se advierte en el generalizado rechazo en América latina a adoptar instituciones como el defensor del pueblo u ombudsman,<sup>9</sup> mecanismos semidirectos de participación ciudadana, incorporación de los administrados y usuarios a los órganos directivos de las administraciones públicas,<sup>10</sup> o a posponer la creación de dichos mecanismos de progreso social para luego de una innecesaria reforma constitucional, pretendiendo que esto es un prerequisite de aquello, o sugiriendo al menos la conveniencia de reformar *primero* la Constitución.

Una característica de la sociedad tradicional es su resistencia al cambio: una forma es posponerlo para “después” que se alcance tal o cual condición de difícil pp. 1261-32; “Revista de Direito Público”, año XIV, n° 57/58, San Pablo, 1981, pp. 29 a 38.

<sup>4.3</sup> Art. 1° inciso 1° de la Convención y otras normas nacionales y supranacionales.

<sup>4.4</sup> Art. 13, inciso 5° de la Convención.

<sup>4.5</sup> Art. 11, inciso 1° *in fine*.

<sup>4.6</sup> Art. 11, inciso 2°.

<sup>4.7</sup> Surge del art. 12 (conservar, profesar y divulgar su religión y sus creencias), 8° inc. 2 ap. a) (ser asistido por traductor o intérprete, por lo tanto usar su propio idioma), art. 20 (mantener la nacionalidad), art. 22 incs. 6° a 8° (tutela del extranjero en sus condiciones de tal, y principio consiguiente de tolerancia y pluralismo); a *contrario sensu*, surge también de la prohibición de toda forma de menoscabo étnico o racial que surge del art. 1°.

<sup>4.8</sup> Para la génesis de esta terminología ver GROS ESPIELL, HÉCTOR, *Estudios sobre Derechos Humanos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985, pp. 10 y 22.

<sup>4.9</sup> Hemos analizado el caso argentino en *An Ombudsman for Argentina: Yes, but...*, “International Review of Administrative Sciences”, vol. L-1984, n° 3, Bruselas, 1984, p. 230 y ss., traducido al portugués en la “Revista de Direito Público”, n° 75, San Pablo, 1985, pp. 76 a 81. Los que encabezan la resistencia ya han inventado un mote, la “ombudsmanía”, como en Europa se hablaba antaño de los “eurofóricos”.

<sup>4.10</sup> Nuestros arts. *La participación administrativo*, en INAP, *op. cit.*, p. 199 y ss. y en “Revista de Direito Público” n° 74, San Pablo 1985, pp. 15 a 25; *Cauces de participación ciudadana*, “Crónica del V Congreso Hispano Luso Americano Filipino de Municipios”, Madrid, 1970, Instituto de Estudios de Administración Local, t. I, pp. 1057 a 1085; y en el libro *La planificación en los entes locales*, t. I, Barcelona, 1971, pp. 37 a 63.

<sup>4.11</sup> Algunas precisiones que sugerimos en 1974 para una eventual norma constitucional en el punto, igualmente introducibles por ley, pueden verse en “Ambiente y recursos naturales”, vol. IV, n° 2, *LL*, Buenos Aires, 1987, pp. 122 y 123.

<sup>4.12</sup> Ver nuestro libro *La administración paralela*, Madrid, Civitas, 1982, cap. IV.

<sup>4.13</sup> Ver *infra*, punto III de este mismo cap. VIII.

cumplimiento. Propender a la reforma de la Constitución para introducir *recién entonces* la ampliación de los derechos que estamos mencionando, es una forma efectiva de resistir al cambio.

Desde luego, si efectivamente se reformara la Constitución no estaría demás introducirle algunas previsiones expresas sobre el medio ambiente,<sup>11</sup> la tutela del interés difuso,<sup>12</sup> el defensor del pueblo,<sup>13</sup> la necesaria y operativa participación ciudadana, las audiencias públicas, etc. Pero convengamos que dado que ello puede hacerse directamente por ley y por decreto,<sup>14</sup> y no se lo ha hecho, la cuestión reside en nuestro medio en la falta de consenso o convicción social sobre tales reformas.

Si no estamos de acuerdo con ellas —y no lo estamos como sociedad—,<sup>15</sup> da lo mismo que discutamos acerca de su introducción por vía legislativa o constitucional, o que propugnemos preceder de una reforma constitucional la inmediata reforma legislativa. Y aún la reforma administrativa que siempre ha sido jurídicamente posible con tan sólo el poder, la decisión política y la voluntad de hacerlo.

## II. CONTROL SOCIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. VIEJAS Y NUEVAS IDEAS SOBRE PARTICIPACIÓN EN AMÉRICA LATINA

### 5. Introducción. Algunas ideas tradicionales fundamentales

La forma más tradicional y elemental de participación del ciudadano en la vida administrativa y política del Estado es la forma republicana y democrática de gobierno, en la cual el individuo participa en la gestión pública de manera indirecta, mediante representantes elegidos periódicamente a través de elecciones libres. Elecciones, partidos políticos, Congreso, prensa libre, son así elementos mínimos de participación y control en cualquier pensamiento democrático occidental, condiciones necesarias para la vigencia de un sistema de derechos humanos.

Sin embargo, ocurre en América lo mismo que en otros continentes en vías de desarrollo: muchas ideas reciben adhesión formal que no siempre se concreta en hechos, en una práctica continua que de vida real a las ideas que se dice profesar.<sup>1</sup> Una primera constante que es así dable encontrar en materia de participación en América Latina, es la obvia de que las instituciones democráticas no siempre pueden llevarse a cabo por vía administrativa, sin ley, el defensor del pueblo u ombudsman ejecutivo, las audiencias públicas previas a la aprobación de todo proyecto o reglamento importante, la instrucción a los fiscales para que no opongan a los particulares que litiguen por el medio ambiente, la falta de legitimación activa, la integración de los cuerpos colegiados de la administración con representantes de los usuarios y entidades intermedias, etc.

<sup>4.15</sup> El ejemplo analizado en nuestro citado art. *An Ombudsman for Argentina: Yes, but...*, es aplicable a virtualmente todo proyecto de cambio de la índole de los mencionados.

<sup>5.1</sup> Observación ésta que ha hecho NAIPAUL en sus crónicas de viaje por distintos continentes: *An Area of Darkness, The Return of Eva Perón*, etc.

<sup>7.1</sup> GORDILLO, AGUSTÍN, *Cauces de participación ciudadana*, ponencia general presentada al V Congreso Hispano Luso Americano Filipino de Municipios, Santiago de Chile, 1969, publicado en *Crónica del V Congreso Hispano Luso Americano Filipino de Municipios*, Madrid, 1970, ed. del Instituto de Estudios de Administración Local, t. I, pp. 1057 a 1085; también publicado en el libro

ni en todos los países del continente funcionan conforme al ideario político y constitucional al cual casi todos los sistemas constitucionales están adscriptos: los derechos individuales siguen en tal caso la tónica dominante como no podía ser de otro modo.

### 6. *Algunas ideas recientes*

De aquella distancia entre el ideario al cual se expresa adhesión y la práctica administrativa y política que se ejercita, surgen vacíos y distancias en algunos casos muy grandes, que a veces se ha intentado cubrir recurriendo a nuevos empleos de la idea o la palabra de “participación.” Ocurre así que en algunos regímenes de facto, cuando según la propia estimación interna o la presión externa se considera llegado el momento de distender el esquema de poder, o comenzar a compartirlo, se habla de la necesidad o conveniencia de comenzar a implementar la *participación civil* en el gobierno. La incipiente y a veces progresiva designación de civiles para funciones públicas de segundo o tercer nivel en la escala jerárquica, pasa así a ser encuadrada dentro de un tema al cual se intenta de tal modo conferir el rango de casi toda una teoría política, o al menos de una variante interesante en el modo de ejercicio del poder. Quizá el ejemplo jerárquicamente más significativo de participación por vía de designación de civiles dentro de regímenes de facto pueda ser el del Uruguay, que llegó a tener un presidente civil designado por las fuerzas armadas.

Otra forma de plantearse el tema de la participación en gobiernos de facto es el de considerar qué pasará una vez restablecido en el futuro el sistema constitucional de gobierno civil. Se ha pensado así en la conveniencia de implementar reformas constitucionales que aseguren en el futuro gobierno civil algún grado de *participación militar* de carácter institucional. Es el ejemplo que primero dio Portugal, siguió luego Brasil, e intentó seguir el gobierno del Uruguay en 1980 —aunque en el referéndum llamado al efecto, la ciudadanía votó en sentido adverso al proyecto oficial de institucionalizar la participación militar en los futuros gobiernos civiles. Es el mismo proceso que está viviendo Chile en los años noventa.

Tenemos así el tema de la participación civil en gobiernos militares, y el tema de la participación militar en gobiernos civiles, como dos formas relativamente nuevas de intentar plantear a nivel teórico o verbal la participación. En nuestra opinión, en ambos casos, y sin perjuicio de los méritos que cada uno pueda tener coyunturalmente como salida a alguna situación difícil, conceptualmente no cabe hablar de participación si no se parte al menos de la más elemental y primera forma de participación que supone un gobierno democráticamente electo. Por

ende no se advierten allí signos positivos en materia de derechos humanos.

### 7. Algunas ideas no tan recientes

A aquella distancia que comentamos en el primer punto entre el ideario democrático y la práctica política, también se la ha intentado acortar con otras ideas corrientes de participación: *consejos asesores*, *comisiones mixtas de planificación*, *Consejos Económicos y Sociales*, etc. Ya hemos analizado antes de ahora estas experiencias,<sup>1</sup> y sólo nos cabe aquí reiterar nuestra conclusión de que han sido frecuentemente intentadas como formas sustitutivas de los canales y mecanismos mínimos de participación democrática (elecciones, etc.) en lugar de como formas complementarias integradoras y perfeccionadoras de un sistema democrático. Ello no debe llevar en modo alguno a rechazar estos mecanismos de participación en sí y por sí, ya que lo cuestionable es que se los pretenda plantear como la única, principal o excluyente forma de participación, siendo que en verdad nunca pueden llegar a suplir la mínima y elemental participación democrática ya referida, ni tampoco, por ende, mejorar el sistema de derechos humanos.

Desde la óptica política opuesta a la anterior cabe también recordar que a veces la participación ha sido planteada en América Latina desde el ángulo izquierdo del espectro político, como *participación de masa*, también como forma supuestamente principal de participación y como pretendida sustitución de los canales democráticos elementales de participación. Tales propuestas de generar una suerte de estado de asamblea popular, en los cuales toda la población pueda sentirse directamente resolviendo los asuntos públicos, pero sin permitirle a esa población ejercer el derecho de sufragio universal para elegir representantes de entre partidos políticos diversos, padece del mismo defecto que las propuestas de sustituir la democracia por otros mecanismos de participación. Derechas e izquierdas, como es tan frecuente en América Latina, incurren en el mismo error de concepto de pretender instituir “su” sistema de participación, sin elecciones,

*ticipación y libertad en el proceso de cambio*, México y Buenos Aires, 1973, pp. 165 a 216. Hemos vuelto sobre el tema también en *Participation in State and Non-State Administration in Latin America*, trabajo presentado al seminario *Law in the Design and Administration of Strategies of Alternative Development*, Universidad de Warwick, Coventry, 1980. Ver también SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL, *La participación del ciudadano en la Administración Pública*, Madrid, 1980. Es interesante destacar que la participación ha sido elevada a la jerarquía de principio constitucional expreso en la constitución española, art. 9º, inc. 2º. Ver GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Madrid, 1981, p. 76 y ss.

<sup>8.1</sup> Desde luego, si el ejercicio del derecho de iniciativa popular es muy complejo o requiere demasiadas firmas para poder ser puesto en marcha (por ejemplo, cien mil firmas en el Distrito Federal de México), entonces no funcionará en la práctica, como apunta ACOSTA ROMERO, MIGUEL, *Teoría general del Derecho Administrativo*, México, 1979, pp. 50-152.

<sup>8.2</sup> Proponemos, en efecto, la idea de un veto de iniciativa ciudadana, a ser creado en forma similar al derecho de iniciativa o al *recall*, para ser aplicado eventualmente a proyectos grandiosos de determinados gobernantes que pueden no contar con respaldo de la ciudadanía. Puede ocurrir que

partidos, prensa libre, periodicidad de los gobernantes, etc.

La diferencia que encontramos entre los mecanismos de participación recordados en este punto y los indicados en el precedente, es que los consejos económicos y sociales y entidades y órganos similares pueden complementar y mejorar un régimen democrático, pero no sustituirlo, en tanto que los señalados en el punto segundo por su propia concepción siempre van en desmedro de la forma primaria de participación democrática y pareciera que en ningún caso pueden llegar a complementarla. Ellos se oponen *per se* a la participación, en tanto que los consejos, etc., si bien pueden también de hecho ser postulados erróneamente como propuestas para sustituir la democracia, lo que en verdad no pueden eficaz ni legítimamente hacer, pueden en cambio complementar un régimen de participación democrática *stricto sensu*.

Resulta así que estuvo recientemente de moda hablar de participación en contextos que niegan su sentido primigenio; pero eso no debe arredrarnos para tratar de rescatar su significado en un contexto democrático, y de destacar que ella es un mecanismo por excelencia de control social de la administración pública. Parece verdad de perogrullo que es necesario reiterar en América Latina, que si no funcionan los canales democráticos mínimos de participación y todas las demás formas de participación y control ciudadano de la administración pública, difícilmente podrán tener éxito alguno todos y cuantos demás instrumentos y controles estatales de la administración puedan concebirse: Contralorías, Tribunales de Cuentas, Tribunales administrativos y hasta judiciales, pueden de hecho quedar minimizados en su significación y utilidad concreta, sin participación ciudadana, sin parlamento, sin prensa, sin libertad. Por ello pensamos que para realzar el control de la administración pública, debe también intentarse valorizar los mecanismos de participación y control social faltantes en América Latina, sin los cuales mal pueden estar tutelados eficazmente los derechos de los individuos.

## 8. Ideas tradicionales, no receptadas en América Latina

### 8.1. Medios semidirectos de participación

También cabe aquí recordar otros medios de participación que podrían fortalecer la vida política democrática en América Latina, pero que hasta ahora no han recibido mayor adhesión doctrinaria. Nos referimos, en primer lugar, a los medios semidirectos de participación, tales como plebiscito, referéndum, derecho de iniciativa,<sup>1</sup> derecho popular de veto,<sup>2</sup> recall, etc.

En general, la tradición latinoamericana es adversa a estas formas de participación. El tema de la participación estudiantil ha sido también planteado ocasionalmente como sustituto del gobierno compartido en la Universidad.

<sup>9.1</sup> Ampliar en GORDILLO, *Después de la reforma del Estado*, 2ª ed., cap. X, Buenos Aires, FDA, 1998. Ver BREWER CARIAS, ALLAN-RANDOLPH, *Estudios sobre la reforma administrativa*, Caracas, 1980, p. 290 y ss.; GORDILLO, *La regionalización administrativa en Venezuela*, documento de Naciones Unidas, Caracas, 1975; POSADAS, ANTONIO J., y POSADAS, JEANNE DE, *CVC: un reto al subdesarrollo*

cipación,<sup>3</sup> e incluso en algún caso se interpretan las constituciones en el sentido de que las excluyen, lo que a nuestro juicio no es correcto. En la práctica, es de lamentar que han sido precisamente gobiernos no democráticos los que han hecho uso de algunos de estos mecanismos semidirectos de participación, recurriendo al referéndum para intentar legitimar reformas constitucionales cuestionables, como Chile y Uruguay en 1980. Bien se comprende que si algunos autores han criticado al referéndum en Francia, bajo un gobierno democrático, por considerarlo teñido de cesarismo, con más razón habrían de levantarse críticas en América Latina contra su empleo por gobiernos de facto. Con todo, al igual que en el punto 3, nuestra opinión es que estos medios semidirectos de participación, si bien no pueden sustituir la democracia representativa, sí pueden en cambio perfeccionarla e integrarla: son así los gobiernos democráticos los que debieran mejorar la participación política con estos canales semidirectos de participación, permitiendo a la población un rol más protagónico en la defensa y desarrollo de sus derechos.

## 8.2. Participación de los usuarios en las empresas y servicios públicos

Las diferentes formas de participación de los usuarios en los servicios y empresas públicas que se han intentado en Europa, tampoco han suscitado adhesión en las corrientes dominantes de opinión en América Latina, ni originado experiencias o prácticas estables.

Sea que se hable de la participación del usuario en las empresas públicas, o de la gestión tripartita de los servicios públicos con representantes del gobierno, los usuarios y los funcionarios del servicio;<sup>4</sup> o de la participación obrera en la dirección de las empresas públicas o privadas;<sup>5</sup> o de cualquier otra forma importante de participación del administrado o individuo en la dirección de los asuntos públicos, la opinión dominante en los círculos académicos y de poder es

algunos gobiernos pretendan emprender grandes proyectos más por razones de prestigio o vanidad política que por real utilidad comunitaria es conveniente que la comunidad supuestamente beneficiaria de tales proyectos pueda *jurídicamente* impedirlos si no responden a la voluntad popular.

<sup>3.3</sup> Ver, por ejemplo, DANA MONTAÑO, SALVADOR M., *La participación política y sus garantías*, Buenos Aires, 1971, pp. 13-14.

<sup>3.4</sup> Para una crítica, ver BREWER CARIAS, ALLAN-RANDOLPH, *El control de las empresas públicas por grupos de intereses de la comunidad*, en "Revista Internacional de ciencias Administrativas," Bruselas, 1967, vol. XXXIII, n° 1, p. 53.

<sup>3.5</sup> Desde luego, en el caso de la empresa privada intervienen también otros factores. En algún caso ha existido consagración constitucional del principio (Argentina desde 1957 en adelante, art. 14 bis), pero ninguna concreción legislativa ni práctica consolidada. Sobre el tema en otros países en desarrollo, ver GHAI, YASH P., *Law in the Political Economy of Public Enterprise*, Uppsala, 1977, pp. 232-237. Algunas experiencias en América Latina están reseñadas en INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, *Participation of Workers in Decisions Within Undertakings*, Ginebra, 1969.

<sup>3.6</sup> En general y para distintos puntos de vista, ver SANGUINETTI, HORACIO, *Régimen administrativo de la Universidad de Buenos Aires*, 1963; GROISMAN, ENRIQUE, *La Universidad como problema jurídico*, Buenos Aires, 1968; VANOSI, JORGE REINALDO, *La Universidad y sus problemas*, Buenos Aires, 1976.

poco propicia a estas diversas formas de participación. Nuevamente la tradición viviente resulta adversa a la pretensión de un ejercicio activo y directo de sus derechos por los individuos.

Un ejemplo importante puede serlo en la Argentina lo que aspiró a ser el gobierno “tripartito” en las universidades nacionales, propiciado a partir de la Reforma nacida en Córdoba en 1918. En una de sus manifestaciones, comenzada en 1957 y reiniciada en 1986, las universidades nacionales estuvieron gobernadas por cuerpos colegiados electivos, integrados por una mayoría y minoría, de profesores, mayoría y minoría de estudiantes, mayoría y minoría de graduados. La cantidad total de profesores era, en este ejemplo de ocho frente a cuatro graduados y otros tantos estudiantes, lo que permitía a veces que en determinadas votaciones se sumaran el voto de la mayoría estudiantil y de graduados con la minoría de los profesores, consagrando así a veces decisiones a las cuales la mayoría de los profesores era adversa. Esta sola circunstancia quizá sea suficiente para extrapolar a partir de ese ejemplo los juicios de valor que la idea de la participación puede suscitar en espíritus diferentes. Para quienes enfatizan la jerarquía y la autoridad, ese ejemplo será tal vez prueba suficiente de que la participación es una propuesta que cabe desechar de plano y no volver siquiera a intentarla con el alcance de coparticipación decisoria. Para quienes piensen que la jerarquía y la autoridad no son valores absolutos sino en tanto y cuanto sirven al cumplimiento de fines superiores para toda la sociedad; para quienes piensen que la democracia no es sólo una forma de llegar al poder, sino también una forma de ejercerlo; para quienes creen que toda la sociedad debe participar de tantas formas como sea posible en las 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.<sup>6</sup>

A nivel de críticas que no sean, pues, rechazo total de tales ideas y experiencias, cabe destacar aquí aquella según la cual la gestión tripartita *igualitaria* (igual proporción de representantes de usuarios, personal y gobierno central) o tetrapartita (según alguna propuesta universitaria no concretada en los hechos, profesores, graduados, estudiantes y personal administrativo) diluye ya en exceso la autoridad. Formas de equilibrio, de la participación, en las cuales el fiel de la balanza de alguna preeminencia a la jerarquía y a la autoridad formal (o sea, a los representantes del poder central o del poder constituido), y otorgue algún grado de influencia no exactamente igualitaria a los representantes de los administrados, usuarios del servicio o empresa pública, etc., pueden ser la *y al tradicionalismo*, Bogotá, 1966, p. 46, donde analizan la regionalización como un medio de participación democrática en el caso de la corporación del Valle de Cauca (CVC); en cambio, DANA MONTAÑO, *op. cit.*, pp. 13 y 14, considera críticamente la posibilidad de que la regionalización pueda operar como modo de participación, y recuerda en tal sentido a KAHN, JACQUES, *La Participation (Ce que De Gaulle Cache)*, Paris, 1969.

tónica a buscar en futuras experiencias de esta índole.

En cualquier caso, y a fuer de reflejo fiel de la realidad de las ideas predominantes en América Latina, no cabe sino concluir en que esta forma de participación resolutoria, con voz y voto, en los cuerpos directivos de la administración pública, no cuenta con asentimiento ni consenso en América Latina, ni tampoco con experiencias generalizadas. Es así otro punto adverso que cabe consignar en el relevamiento del ejercicio de los derechos que corresponden a los individuos ante el poder público.

## 9. Ideas tradicionales, receptadas parcialmente

### 9.1. Regionalización, descentralización, delegación

Se ha vinculado frecuentemente la participación con la regionalización, la descentralización y la delegación. América Latina cuenta con interesantes e importantes ejemplos de entes de desarrollo, pudiendo aquí recordarse el caso de Venezuela, Colombia, México, Brasil, etc.;<sup>1</sup> también la descentralización territorial e institucional ha sido frecuentemente propuesta como una forma al menos cercana o próxima a la idea de participación.<sup>2</sup>

Tanto los entes de tipo regional como los demás entes descentralizados, en general no funcionan como mecanismos idóneos de participación, ni existe tampoco una concepción clara de que deban serlo, entre otras cosas porque suelen funcionar a imagen y semejanza de la administración central. Padecen entonces del mismo vicio de excesiva centralización interna que caracteriza a la administración central, y no es frecuente encontrar dentro de tales entidades experiencias importantes de desconcentración o delegación, ni tampoco por ende de participación. Esto, al menos, como regla o conclusión general y sin perjuicio de que puedan señalarse excepciones en las cuales la participación pueda haberse presentado.

De la delegación, por fin, puede decirse que es de algún modo un paso previo o un prerequisite administrativo a la introducción de la participación en la administración pública, en cuanto quien no quiera o no pueda de hecho delegar dentro de su propia organización jerárquica a sus mismos subordinados, difícil-

<sup>9.2</sup> Pero tampoco han sido los entes descentralizados una forma significativa de participación, ni siquiera tratándose de entes participativos por excelencia como los Municipios. Sobre estos últimos, ver BREWER CARIAS, *Cambio político y reforma del Estado en Venezuela*, Madrid, 1975, pp. 430-451.

<sup>9.3</sup> Sobre los distintos problemas que plantea la delegación ver GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, *Parte General*, 8° ed., Buenos Aires, 2003, cap. XII, § 9 a 10.5.

<sup>9.4</sup> Para un desarrollo del tema ver GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, 8° ed., 2006, cap. XI: "El procedimiento de audiencia pública"; BOSCH, JORGE TRISTÁN, *El procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América*, Montevideo, 1953, pp. 29 a 33 y 73 a 76.

<sup>9.5</sup> Por ejemplo, en Colombia el proyecto de la ley n° 52 de 1980, arts. 5, 6 y 8 del pliego de modificaciones del senador VIDAL PERDOMO, *Anales del Congreso*, Bogotá, 4-XI-80, pp. 1136-1138; en Uruguay, ver REAL, ALBERTO RAMÓN, *Nuevos estudios de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1976, pp. 23-24, cap. *Los principios del procedimiento administrativo en el Uruguay*, reproducido en Uni-

mente podrá dar participación a los administrados en la gestión de los asuntos públicos a su cargo. La delegación no es una práctica sistemática y constante en la administración latinoamericana<sup>3</sup> y ello está diciendo simultáneamente que tampoco la participación lo es. Lo mismo cabe decir por extensión, de los derechos individuales que estos institutos procuran fortalecer.

## 9.2. *El derecho de defensa y las audiencias públicas*

Otro grupo de ideas tradicionales que han recibido recepción parcial en América Latina no se suele vincular con el tema de la participación, aunque puede relacionárselo con él e incluso en cierto modo lo integra. Se trata de la necesaria audiencia que debe darse al interesado antes de adoptar decisiones que le vayan a afectar, y de la audiencia pública o participación colectiva de los potencialmente afectados por una futura norma general o reglamentaria, antes de que ella sea dictada.<sup>4</sup>

### 9.2.1. *El derecho individual de defensa*

En el primer caso, el principio del debido proceso suele ser aceptado en América Latina como una garantía individual de que ninguna decisión concreta sea adoptada en perjuicio de una persona, sin antes haberle conferido oportunidad de hacer oír sus razones y producir la prueba de descargo de que quiera valerse.<sup>5</sup> No siempre el principio se cumple en la práctica, en la cual observamos más frecuentemente que de hecho la defensa sólo puede ser ejercida *después* que el acto adverso ha sido emitido; pero, en todo caso, no existen controversias mayores sobre la corrección del principio teórico enunciado.

### 9.2.2. *Las audiencias públicas*<sup>6</sup>

En el caso de la audiencia pública no encontramos, en cambio, por lo general, reconocimiento constitucional o legislativo y a veces ni siquiera doctrinal,<sup>7</sup> ni tampoco por ende experiencia concreta generalizada, en el sentido de que debe igualmente permitirse exponer razones y arrimar pruebas a los destinatarios de la medida, *antes que la administración emita una norma general o antes de que*

versidad de Chile, Anuario de Derecho Administrativo, Santiago, t. I, 1976, p. 280 y ss. FRUGONE SCHIAVONE, HÉCTOR, *Principios fundamentales del procedimiento administrativo*, en Procedimiento Administrativo, Montevideo, 1977, pp. 35 y 55, etc.

<sup>9.6</sup> Ampliar en el *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, *op. cit.*, cap. XI.

<sup>9.7</sup> Entre quienes comentan favorablemente la experiencia comparada en este sentido, ver BOSCH, JORGE TRISTÁN, *El procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América*, 1953, pp. 29 a 33 y 73 a 76.

<sup>10.1</sup> Ver ROWAT, DONALD C., *The Ombudsman Plan*, Toronto, 173, cap. XVI en referencia a países en desarrollo; FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR, "Reflexiones comparativas sobre el Ombudsman", en *Memoria de El Colegio Nacional*, vol. IX, n° 2, México, 1979, pp. 99 a 149; SOTO KLOSS, EDUARDO, "El Ombudsman nórdico-sajón" en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, n° 1, Buenos Aires, 1971, pp. 37 a 51; PADILLA, MIGUEL M., *La institución del comisionado parlamentario*, Buenos Aires, 1976; BARROSO LEITE, CELSO, *Ombudsman. Corregidor administrativo*, Río de Janeiro, 176. Interesa también comparar la mayor viabilidad que ha tenido en la práctica la institución en otros países en desarrollo; por ejemplo, los africanos. Ver al respecto GHAI, YASH P., "Ombudsman and Others", en el libro de

apruebe un proyecto que va a afectar a un sector de la comunidad (típicamente, los proyectos que modifican el equilibrio ecológico, o los proyectos de reforma urbanística: autopistas, aeropuertos, etc.). En el derecho inglés y norteamericano se encuentran de antaño consagradas las *public hearings* o audiencias públicas y en el derecho francés las *enquêtes publiques*, pero en América Latina ha habido hasta ahora un aparente desinterés por incorporar estas experiencias comparadas a la realidad local. Aquellas voces que en los países desarrollados señalan imperfecciones o defectos de tales experiencias son tomadas en los países en desarrollo no como expresiones de conciencia científica crítica, a partir de un fenómeno que puede ser valioso, sino como demostraciones de su imperfección y, por lo tanto —en ilógico *ne sequitur*—, de la inconveniencia de experimentarlos en los países menos desarrollados. Consideramos que los países de América Latina mejorarían su grado y calidad de participación y, por lo tanto, de vida democrática, si establecieran la norma de la necesaria información, consulta y debate público previos a la emisión de normas administrativas generales o a la adopción de grandes proyectos públicos. Bien se advierte de qué poco valen los medios tradicionales de control de la administración pública si no se complementan y vivifican con estos otros instrumentos modernos de control ciudadano, con estos derechos individuales mínimos frente al poder estatal.

#### 10. Ideas no tradicionales

Algunas ideas no tradicionales, por su parte, han comenzado a recibir un moderado apoyo doctrinario, y se señalan ya algunos intentos de ponerlas en marcha, pero las corrientes prevalentes de opinión también parecen todavía formarles un frente común de resistencia.

Podemos mencionar aquí a la institución del Ombudsman, o comisionado parlamentario, en cuanto procurador o representante del ciudadano, gestor de los intereses de los administrados y, en general, de los no representados o insuficientemente representados frente a los poderes públicos.<sup>1</sup> Tenemos ya algunos en el país, como el Defensor del Pueblo de la Nación y el Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires. Conforme a esta propuesta se constituye un órgano público independiente, encargado de vigilar a la administración y los concesionarios o licenciatarios de servicios públicos en los abusos que puedan

MARTIN, *Law and Personal Freedom in Tanzania*, pp. 217-220; MARTIN, ROBERT, *The Ombudsman in Zambia*, "Journal of Modern African Studies", vol. 15, n° 2, pp. 239-259.

<sup>10.2</sup> ROWAT, *The Ombudsman Plan*, p. 138.

<sup>12.1</sup> Lo dicho sobre el Consejo de Estado francés, p. ej. Bien se comprende que si la observación es válida en los países desarrollados, con mucha mayor razón lo es en los países en vías de desarrollo. Ver, por ejemplo, MASSEY, I. P., *Administrative Law*, Lucknow, India, 1980, p. 294; PUCHETA ORTEGA, *op. cit.*, etc.

<sup>12.2</sup> En América se ha creado la Asociación Interamericana de Servicios Legales, con sede en Washington y oficinas regionales en el Caribe y Colombia, entre cuyos objetivos se encuentra precisamente el estudio del problema descripto.

<sup>12.3</sup> Salvo quizás el supuesto de la acción de amparo en el Derecho mexicano o el mandato de

cometer frente a los administrados y, en general, de controlar el inoportuno o mal ejercicio de la función administrativa. Con esta institución se otorga una cierta voz y una cierta potestad indirecta a quienes de otro modo, a través de los medios usuales de participación y control de y en la administración pública, podrían no tener quizá acceso eficaz al control del poder. En el caso de audiencias públicas tramitadas en una primera fase escrita por *e-mail*, por ejemplo, pueden recibir en mano u oralmente las presentaciones de los interesados y transmitir las por *e-mail* a la audiencia.

En América Latina existen algunos primeros esbozos a nivel normativo, en Venezuela, Perú, Colombia; en Puerto Rico existe una oficina del Procurador del Ciudadano. Si bien las primeras experiencias y esbozos normativos son todavía muy recientes como para poder generalizar juicios de valor, puede quizá adelantarse la opinión expuesta por ROWAT<sup>2</sup> sobre estas experiencias en otros países en vías de desarrollo. Aunque posiblemente no habrán de constituir profundos cambios en la administración, de todos modos pueden contribuir a mejorar cualitativamente la conducción y control de la administración y del gobierno en general, y pueden dar complementariamente una no despreciable dosis adicional de participación indirecta a los administrados e incrementar el ejercicio efectivo de sus derechos individuales. Volveremos sobre este tema en el punto III del presente cap.

### 11. *Otras ideas no tradicionales*

De lo que hasta aquí expuesto, puede concluirse que a nivel teórico sobran posibles medios de enriquecer la participación de los individuos en la administración y el control de ésta por la ciudadanía. Pero escasean las experiencias y las convicciones. Nacen en cambio, y sobreviven más de lo que debieran, algunas pseudo-propuestas de participación que no hacen sino confundir el panorama. Si con todo ello podemos enunciar la conclusión tentativa de que no existe en América Latina consenso doctrinario ni tampoco convicción en la opinión pública, acerca de la bondad de intentar instaurar un sistema tan participativo como sea razonablemente posible, ¿qué propuesta puede tener sentido práctico y teórico?

Desde luego, quien sea partidario de un sistema tan participativo como sea razonablemente posible, apoyará todo intento de introducir unos y otros de los múltiples medios y cauces de participación conocidos, en tanto no sean presentados como supuestamente excluyentes de los restantes. Pero con sólo mirar la experiencia y la historia reciente se puede advertir que esos esfuerzos aislados no han sido suficientes para hacer realidad la participación en el múltiple sentido que estamos hablando. Desde esta perspectiva, pensamos que puede ser de

*segurança* en el Derecho brasileño, cuya concepción es amplia, y los derechos de incidencia colectiva en el derecho argentino (*supra*, cap. VI.)

<sup>14.1</sup> WYNER, ALAN J. (Editor), *Executive Ombudsman in the United States*, Berkeley, 1793; véase

interés considerar un enfoque de la participación que tome en cuenta algunas de las posibles causas de aquella falta de convicción y consenso acerca de su conveniencia.

Nos referimos al hecho de que la *educación*, por una parte, tanto pública como privada, y los medios masivos de comunicación por la otra, en especial la *televisión* por su enorme penetración en la vida diaria de la mayoría de los individuos, emiten a diario un mensaje no participativo y de gobierno o poder sin control, precisamente por su estructura de decisión no participativa. Un sistema administrativo de televisión y de educación en el cual la decisión es tomada en forma unilateral y excluyente, sin participación decisoria previa ni posterior de los destinatarios y afectados directos, sin audiencia pública ni privada sin descentralización ni delegación, sin Ombudsman que controle y a veces aún sin un sistema político democrático del cual partir como esquema de poder, inevitablemente enseñará diariamente a todo su público, en los más mínimos actos y expresiones, en innumerables formas implícitas y explícitas, que la participación *no* es el sistema de valores del cual se parte ni al cual se aspira; en particular porque *no* es el sistema de valores que se practica. Ello estará diciendo todo lo que hay que decir sobre el valor allí reconocido a los derechos humanos previstos en la Convención.

Si en algún sector de la vida administrativa y pública ha de efectuarse un esfuerzo prioritario para atacar la falta de convicción existente en América Latina respecto al control y a la participación ciudadana, ha de ser entonces en materia de educación y de televisión, a las cuales como mínimo hay que exigirles tener un *Ombudsman* específico e independiente. Ahora bien, para que la participación no sea un *slogan* vacío, carente de contenido empírico, sin reflejo en la realidad; para que no transmita un mensaje falso que, por tanto, a nadie convencerá y quedará como tantas ideas en el campo de las que se dice compartir, pero que se prefiere no ejercitar “por ahora;” para todo ello, es necesario entonces que se intente estructurar en tales sectores de formación de opinión un mecanismo de participación y control, razonablemente equilibrado, que permita acercar a la toma de decisiones a los destinatarios de las mismas.

No es necesario adscribirse a tal o cual forma concreta de experiencia; basta sí con advertir que participación en educación o televisión no es tampoco estaticización de ambas, como a veces se ha pregonado y en algún caso parcialmente practicado en América Latina. No se trata, pues, como se intentara con los diarios en Perú bajo el gobierno de VELAZCO ALVARADO, de quitarlos a sus propietarios particulares para darlos a la “comunidad,” pues ello en la práctica significaría darlos sólo al funcionario de turno, que actuará también en el estilo tradicional de la administración de la cual proviene. Se trata no de cambiar la titularidad formal del poder, asunto que viene resuelto por otros datos del sistema, sino de *cambiar el modo de ejercicio del poder*, de establecer la regla de que todas las

decisiones a tomarse han de serlo con la participación integradora y controladora, en la decisión misma, de los afectados o destinatarios de la resolución de que se trata con derecho de réplica, con Ombudsman específico.

En América Latina algunos países han ido concentrando en el gobierno, a través de los años, una proporción creciente de medios de comunicación de masas y en algunos casos la totalidad de los canales nacionales de televisión (la Argentina en 1974) lo cual, en tanto y en cuanto la dirección de tales medios de comunicación se hace de modo no participativo, hace que el mensaje diario a la población sea el de la no-participación. Si se desea una democracia fuerte y estable, un pueblo no abúlico ni desinteresado de la vida pública, un pueblo que tome decisión responsable no sólo cuando vota, sino también cuando a diario con su acción o inacción afecta la conducta pública; si se aspira a que vayan poco a poco disminuyendo las condiciones que dan pie tanto a las experiencias populistas como a las subversivas y a las militares, si se quiere una administración controlada, entonces se puede empezar por crear canales reales de participación y control de la comunidad en la toma de decisiones diarias en materia de televisión y educación.

Eso será entonces fortalecer con el protagonismo de los individuos el ejercicio eficaz de sus derechos y prerrogativas frente al poder, cualquiera que éste sea.

### III. EL OMBUDSMAN

#### 12. Necesidad de su multiplicación por insuficiencia de los controles existentes

Existe bastante unanimidad en los países desarrollados en el sentido de que la tutela brindada tradicionalmente a los administrados frente a la administración pública es en muchos aspectos insuficiente y no puede ser corregida por un simple mejoramiento o perfeccionamiento de los mecanismos clásicos de control de aquélla, haciéndose así necesaria la creación de este nuevo y adicional órgano de control. La existencia del Ombudsman en la mayor parte de los países desarrollados, es prueba más que suficiente de esa convicción. Pero además de un Ombudsman general hacen falta Ombudsman especializados en cada uno de los servicios públicos y en cada uno de los sectores del Estado: Justicia, Legislativo, Fuerzas armadas.

Desde el punto de vista de los controles de naturaleza jurisdiccional, en general la objeción que señala dos puntos centrales en que son deficitarios: tiempo y costo;<sup>15.1</sup> ello, a su vez, produce que importantes sectores poblacionales de hecho queden ajenos a la posibilidad de reclamar contralor judicial contra la administración pública, lo que lleva a hablar de sectores subrepresentados, esto es,

*institución del comisionado parlamentario*, Buenos Aires, 1976; BARROSO LEITE, CELSO, *Ombudsman: corregidor administrativo*, Río de Janeiro, 1976, etc.

<sup>15.1</sup> Lo que no se llega a probar que lo son. Si no se puede probar el delito, pero sí la inoportunidad, es obvio que resulta preferible lograr lo segundo. Es más objetivo y realista que estar, en cambio,

insuficientemente representados legalmente ante la administración.<sup>2</sup> Sin duda, la inexistencia en la mayor parte de los países de América Latina de acciones de clase o *class actions*,<sup>3</sup> que permitan a cualquier miembro de la comunidad solicitar tutela jurisdiccional no sólo de su derecho subjetivo, sino también de su interés legítimo y aún de su interés simple, refuerza esa impresión de inaccesibilidad empírica del control a numerosos individuos, de la impotencia o ineficacia de sus derechos teóricos.

El problema del tiempo y el costo no es con todo el único que torna insuficiente el contralor jurisdiccional. Está también la cuestión de la limitación de la revisión judicial a los aspectos vinculados a la legitimidad del acto, lo cual hace que todos los actos administrativos que son inconvenientes, o hasta gravemente inconvenientes, queden exceptuados de aquel control. El particular tendría así tutela contra el acto ilegal, pero no contra el acto inoportuno, contra el ejercicio deficiente o defectuoso de la función administrativa que no alcance a romper el orden jurídico.

Los controles administrativos a cargo de organismos tales como Tribunales de Cuentas, Contralorías, Sigén, Comisión Bicameral, AGN, etc. también en los hechos se ejercen con principal énfasis en el control de legalidad, dejando de lado los aspectos atinentes al mérito de la acción administrativa, al menos en cuanto función importante del contralor.

Los controles administrativos por vía de recursos (jerárquico, etc.), en la medida en que son dictaminados por los letrados de la administración pública, llevan también invariablemente en su decisión el sello del énfasis normativo en la legalidad de los actos cuestionados.

En suma, ninguno de los controles mencionados está *per se* en condiciones prácticas de ejercer un control político o de oportunidad, ni existe tampoco entre ellos ninguno que tenga a su cargo preocuparse de la defensa ante la administración pública de los intereses de aquellas personas o sectores de personas que por las circunstancias que fueren, no estén suficientemente representados.

Todas esas circunstancias configuran una hipótesis de insuficiencia de control administrativo que la institución del Ombudsman trata de contribuir a remediar. Estimamos que en América Latina se da con exceso la deficiencia de control de la administración pública, y por ello consideramos indispensable que se instituya en los países una institución de estas características. El Ombudsman, por ello, es generalmente considerado como un instrumento adecuado para ejercer ante la administración la defensa de los derechos humanos de aquellos particulares

FIX-ZAMUDIO, *Reflexiones comparativas sobre el Ombudsman*, art. citado, pp. 136-137, 140 y 143.

<sup>14.2</sup> MASSEY, *Administrative Law*, *op. cit.*, p. 289 y ss.

<sup>14.3</sup> GHAI, YASH P., *Ombudsman and Others*, art. citado; MARTIN, ROBERT, *The Ombudsman in Zambia*, art. citado, y sus respectivas referencias.

<sup>14.4</sup> FIX-ZAMUDIO, art. citado; SOTO KLOSS, EDUARDO, *El Ombudsman nórdico-sejón*, en "Revista Argentina de Derecho Administrativo", n° 1, Buenos Aires, 1971, p. 37 y ss.; PADILLA, MIGUEL M., *La*

que no pueden hacerlo eficazmente por sí solos, o que encuentran muy deficiente el sistema de su ejercicio.

### 13. *Funciones y atribuciones*

Existe una estrecha correlación entre las funciones de carácter general y sistemático a desempeñar por el Ombudsman y las atribuciones que ha de tener. En su mayor parte ellas pueden centrarse alrededor de las siguientes:

*a) Discutir, disentir, innovar*, provocar la creatividad en el ámbito de la administración pública a través de la controversia y la discusión pública, representando los intereses y los derechos de los habitantes, los administrados, la sociedad: no el Estado.

*b) Investigar, publicar* aquellos comportamientos administrativos que constituyen un ejercicio defectuoso de la función administrativa.

*c) Investigar las denuncias* que lleguen a su conocimiento. Dado su carácter, el Ombudsman no necesita que las denuncias que le sean formuladas reúnan requisitos formales de naturaleza alguna. Hasta puede y debe investigar las denuncias anónimas que le lleguen, en tanto reúnan visos mínimos de seriedad intrínseca. A la inversa, una denuncia escrita manifiestamente improcedente no debe ser trasladada por el Ombudsman a la administración, por razones de economía procesal y para no perder su propio prestigio.

*d) Recomendar privada o públicamente* a los funcionarios intervinientes, sea en informes privados o a través de su informe público anual, o por intermedio de partes o conferencias de prensa convocadas al efecto, cuáles acciones estima necesario que la administración pública adopte, o cuáles comportamientos debe modificar, cuáles nuevas normas de procedimiento incorporar, etc., para mejor atender y servir los derechos de los particulares.

*e) Exhortar, argüir, influir* sobre los funcionarios públicos que a su juicio actúen en forma inconveniente, incorrecta o inoportuna, para la corrección de los comportamientos administrativos objetados, en beneficio de los particulares perjudicados en sus derechos o intereses.

Desde luego que este poder informal que tiene el Ombudsman para tratar de corregir las deficiencias de la administración pública se refuerza y respalda con el poder que también tiene de efectuar críticas y censuras públicas, lo que de hecho consiste en una potestad sancionatoria *moral* implícita, que puede no resultar despreciable en la práctica. Este es un poder que los individuos normalmente no tienen, y de allí su especial importancia práctica.

*f) Criticar, censurar, amonestar* en el sentido de represión de índole moral o política, pero sin implicar ejercicio de potestad disciplinaria *stricto sensu* sobre

los funcionarios públicos. Tanto las sugerencias o recomendaciones como las censuras o represiones, pueden, según los casos, formularse en forma privada o pública. Todo indica que primero el Ombudsman censurará privadamente al funcionario que considere actúa incorrectamente o inconvenientemente, y que sólo ante la reiteración de la conducta censurada, o en caso de especial gravedad de la inconducta, hará pública su crítica.

g) *Iniciar acciones o recursos judiciales* contra la administración pública, en aquellos casos en que a su juicio los Tribunales puedan por la índole del tema brindar una solución idónea al fondo de la cuestión, pero en que por problemas de falta de personería, de legitimación, de fondos o de tiempo, pueda no haber un individuo legitimado o dispuesto a iniciar él mismo la acción.

h) *Iniciar acciones o recursos judiciales* o ante Tribunales administrativos donde éstos existan, en las mismas situaciones que en el caso anterior.

i) *Efectuar un informe anual público* sobre sus propias funciones, del cual resultará cuál es el control que ejerce sobre la administración pública, qué éxitos y fracasos ha tenido en sus intentos de influir para el mejoramiento de ésta y qué recomendaciones formula, en su caso, a los poderes públicos al respecto.

De lo expuesto se desprende que el Ombudsman no tiene funciones decisorias, no puede revocar ni anular un acto administrativo, no puede ordenar nada a la administración pública salvo en cuanto a la averiguación o investigación de los hechos. Su función es tratar de convencer, es influir, arbitrar, presionar, en función de su prestigio, de su *status* como órgano independiente y de su acceso tanto a las peticiones que puede efectuar a los demás órganos judiciales o administrativos, al mismo parlamento desde luego, y fundamentalmente a la opinión pública a través de los distintos medios de comunicación de masas. No es una función concebida para un abogado en cuanto profesional del Derecho, sin perjuicio de que puede serlo un abogado, sino para un político independiente o para una persona independiente con vocación política, en el sentido arquitectónico y constructivo de alguien que se ocupa de mejorar el manejo de la cosa pública sin perseguir ni defender intereses sectoriales determinados, sino la defensa de todos los derechos individuales desconocidos por el obrar administrativo.

#### 14. *Comisionado parlamentario o ejecutivo*

En los países democráticos desarrollados, el Ombudsman se creó y desarrolló como un comisionado parlamentario, un órgano designado por el parlamento aunque independiente de él, constituido como quedó dicho con el propósito de mejor controlar a la administración. En algunos países democráticos y desarrollados, en cambio, se lo ha instituido como un organismo creado por la administración misma, con suerte variada: en los Estados Unidos parece funcionar adecuadamente, no así en igual medida en Francia donde también se lo ha concebido como

un desprendimiento del ejecutivo.<sup>1</sup>

En base a tales supuestos, y sin dejar de reconocer que lo ideal es un conjunto de *Ombudsmen*, generales y espaciales, creado por el parlamento, no podemos ignorar la realidad de que en América Latina frecuentemente el parlamento de hecho no funciona, o no tiene suficiente y eficaz vocación de control del poder político.

Por lo demás, es interesante destacar que el reconocimiento de su necesidad se ha señalado no sólo en los países desarrollados, sino también en aquellos en vías de desarrollo,<sup>2</sup> y que incluso en países africanos cuyo sistema no es el tradicional de las constituciones americanas también se lo ha adoptado con algún apreciable grado de beneficio público.<sup>3</sup>

Precisamente, por todo ello, la institución del Ombudsman ha comenzado a despertar inevitablemente interés en Latinoamérica, no sólo a nivel doctrinario o académico,<sup>4</sup> sino también constitucional y legislativo, a lo que nos referiremos a continuación.

### 15. *El Ministerio Público y las Contralorías o Fiscalías como Ombudsman. Insuficiencia*

Dentro de las primeras aproximaciones latinoamericanas al tema cabe mencionar al Perú, cuya constitución de 1979 prevé un Ministerio Público autónomo, con las mismas prerrogativas que los integrantes del Poder Judicial, designado con idénticos requisitos y procedimientos, entre cuyas funciones se encuentra “actuar como defensor del pueblo ante la administración pública” (art. 250, inc. 4); en sentido parecido podría mencionarse también la Contraloría de la República en Venezuela.

Por nuestra parte, consideramos un error tratar de incorporar funciones de Ombudsman al Ministerio Público, o a las Contralorías de la República donde éstas existen. Su formación estrictamente profesional, por abogados y jurisperitos, como el resto de sus funciones forenses, harán de algún modo inevitable que el énfasis dado a la función sea el legal. Ya vimos anteriormente que éste era precisamente el defecto por cuyo exceso pecaban todos los mecanismos de control existentes, a los cuales, a su vez, hemos calificado de insuficientes. Atribuir funciones de Ombudsman a un organismo de control legal es volver, para nosotros, al punto de partida.

persiguiendo supuestos o reales delincuentes que jamás llegarán a ser condenados.

<sup>18.1</sup> GWYN, WILLIAM B., *The British PCA. Ombudsman or Ombudsmouse?*, en “The Journal of Politics”, febrero de 1973, pp. 45 a 69, citado por FIX-ZAMUDIO, art. citado p. 115.

<sup>18.2</sup> MARTIN, *The Ombudsman in Zambia*, art. citado, p. 245.

<sup>18.3</sup> ROWAT, *The Ombudsman Plan*, op. cit., p. 138.

<sup>18.4</sup> YVANY, RANDALL, *Thirteenth Annual Report of the Ombudsman*, Alberta, Canadá, 1978, p. 1.

<sup>23.1</sup> Un desarrollo del tema en GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, 8° ed., 2003, cap. IV; *Después de la reforma del Estado*, 2° ed. 1998.

<sup>29.1</sup> Para un desarrollo del tema GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, 8° ed., op. cit., cap. I; *El Método en Derecho*, op. cit.; *Compendio de casos y problemas de derecho*, en preparación.

<sup>29.2</sup> Ampliar en *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, 8° ed., op. cit., cap. IV; y en el libro *Después*

No es suficiente con que exista una Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas dedicada a la investigación de los *delitos* que se puedan haber cometido en la administración pública. Una vez más, la asimilación con los fiscales, por ejemplo, en materia criminal, hace que el control funcione inevitablemente con criterio jurídico, lo cual en esta materia de derecho penal significará que si no se encuentra estrictamente probado un delito reprimido por el Código Penal, ninguna acción podrá tomar la Fiscalía, y que en caso de duda corresponderá pronunciarse por la inocencia penal del inculcado, etc. No se trata de que no sea importante perseguir y castigar a los delincuentes, sino de que esto no basta ni es posiblemente lo más importante en materia de control de la administración y los concesionarios y licenciatarios del poder. Mucho más frecuente, y por lo tanto más importante y grave, son los innúmeros supuestos de actos altamente inconvenientes o gravemente inoportunos que no constituyen delitos,<sup>1</sup> pero no por ello son menos perjudiciales para el interés público y para la colectividad, o lesivos a los derechos de los individuos.

#### 16. *Estabilidad relativa*

Puesto que consideramos al Ombudsman un órgano político o administrativo más que jurídico formal, no estimamos que quepa atribuirle la estabilidad *ad vitam* que es propia constitucionalmente de los tribunales judiciales. Más bien pensamos que debiera tener estabilidad relativa, sólo durante el período para el cual sea designado; por ejemplo, cinco o siete años. En lo posible puede ser deseable que su período no coincida con el período gubernativo.

No creemos que sea realista pretender atribuirle una estabilidad vitalicia que a veces ni tampoco los jueces tienen en nuestros países. Nada demuestra que la mayor de las estabilidades sea útil si la usa no para innovar, disentir y criticar al gobierno y a la administración actuante, sino para investigar los delitos y fallas de la administración anterior; por eso creemos importante que él también se sepa objeto del escrutinio público y de la censura social, cuyo efecto es mayor cuando el cargo no es vitalicio.

#### 17. *Órgano de crítica oportuna, no de investigación histórica*

En el caso de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, en la Argentina, ella estuvo durante cerca de veinte años, y por lo tanto, a través de muy diferentes gobiernos, incluidos varios de facto, a cargo de la misma persona. Hombre probo y respetado, no era con todo obstáculo político serio a gobierno alguno, porque siempre parecía investigar principalmente los supues-

*de la reforma del Estado*, 2° ed., Buenos Aires, FDA, 1998.

tos o reales delitos del gobierno *anterior* al de turno. De ese modo el organismo se transformó en un historiador, al investigar hechos recientes, hasta historia casi contemporánea; pero no en órgano de control de la administración pública, entendiéndolo por un control que pueda ser *oportunamente corrector* de lo que está siendo en el presente realizado irregularmente. Un pronunciamiento que diga que era irregular o delictuoso determinado acto del pasado que ya la administración no ejecuta porque están nuevos y distintos funcionarios en el poder, puede servir a la historia, pero no sirve al control. Para que el control sea efectivo, debe ser control oportuno que pueda corregir lo corregible del presente, y no meramente censurar lo que ya no tiene más remedio porque se encuentra irremisiblemente en el pasado.

Tampoco sirve, desde luego, que en el apresuramiento por formular denuncias de actualidad no logre investigar adecuadamente los hechos y sus denuncias terminen siendo sistemáticamente rechazadas por la justicia. Como en tantas cosas, es el término medio lo que debe procurarse lograr.

Desde este punto de vista, y en base a la experiencia latinoamericana, pensamos que la justicia es apta para investigar y sancionar hechos que pertenecen al pasado. Al Ombudsman debe dársele el claro mandato de investigar los hechos del presente, señalando, por ejemplo, que no debe investigar ni formular conclusiones sobre el desempeño de funcionarios que ya no están en el poder. Si no puede hacer mucho útilmente, o no puede hacer nada, preferible que no lo haga antes que opere como una suerte de falso cohonestador del presente por vía de la fácil crítica del pasado. También cabría señalar que no puede ni debe constituirse en un inútil dispendio de actividad pública o privada, pidiendo con plazos exigüos informes sobre cuestiones manifiestamente infundadas o absurdas.

### 18. *Hombre o ratón. Cazador de leones o de moscas*

El problema que hemos expuesto hace que su función no sea nada fácil, y ello ocurre tanto en países desarrollados como en vías de desarrollo. Incluso ha dado lugar a ingeniosos juegos de palabras, en los cuales más de uno se ha preguntado si es un Ombudsman o un *Ombudsmouse*.<sup>1</sup> Y ha dicho MARTIN refiriéndose a Zambia y otros países africanos, en palabras que pueden ser también aplicables en América Latina, que “en los Estados en que la crítica frecuentemente se equipara a la subversión, es ilusorio pretender que pueda estar totalmente aislado de la política.”<sup>2</sup> Por ello, dicho con palabras de ROWAT también referidas a la experiencia africana y que tampoco podemos desdeñar, “puede ser cierto como dicen los críticos, que... no está muy bien equipado para cazar leones. Pero ciertamente puede aplastar bastantes moscas. Aún si funcionara en los países en desarrollo con sólo la mitad de su efectividad en el esquema original,

su adopción valdría bien la pena.”<sup>3</sup>

“Es de la controversia que nace la creatividad;” “No puede ser de otra manera... que la oficina del Ombudsman y otras similares sean disturbadores del *status quo*, y esto significa controversia;” “A veces el Ombudsman es colocado en el rol del que disiente e innova. Desafortunadamente, los innovadores y los que disienten son frecuentemente considerados como enemigos del orden establecido, sin tener en cuenta sus motivos.”<sup>4</sup> Pero ésa es la función del Ombudsman como instrumento de control, y ésa es la aspiración final que transmitimos para mejorar el control de la administración pública en América Latina y la vigencia de los derechos humanos frente a ella.

Pero, eso sí, debe actuar con racionalidad y no como mero buzón que transmite los más disparatados pedidos de informe a la administración: ello inevitablemente lo desprestigia como institución y le quita eficacia en los temas importantes.

#### IV. EVALUACIÓN GENERAL

##### 19. *Introducción*

Hemos explicado que la Convención tiene muchos derechos operativos, algunos posiblemente programáticos, y muchos principios jurídicos que tienen valor interpretativo.

Dijimos que la situación de crisis estructural porque atraviesan nuestros países hace simplemente irreal pensar que el Estado puede hacer lo que materialmente no puede hacer.

Mostramos en el acápite I de este capítulo la imposibilidad de consagrar con sentido jurídico operativo y exigible determinados derechos de carácter social.

Hemos señalado elementos sociales nada despreciables de ciertos derechos, como pueden ser el derecho a la participación decisoria en los asuntos públicos, a los medios directos y semidirectos de participación, a la institución del Ombudsman para la defensa de los derechos humanos de los subrepresentados ante el Estado, a las audiencias públicas para que la población tenga posibilidad de hacer oír su voz antes de la toma de grandes decisiones estatales que comprometen a toda la comunidad, a la tutela del interés difuso y del medio ambiente, etc.

##### 20. *Los así llamados “derechos” “de nueva generación”*

Lamentablemente, muchas personas bien intencionadas se oponen a los progresos *posibles* que estamos mencionando, por considerar que constituyen insuficiente avance, y propugnan en cambio salir en defensa de los derechos humanos de tercera generación: el derecho al desarrollo, al progreso, etc. En esta categoría se encuentran los llamados derechos económicos, sociales y culturales que menta

el art. 26 de la Convención.

Nadie duda que es políticamente hermoso, hasta poéticamente atractivo, sostener que todo el mundo tiene derecho a tener satisfechas todas sus necesidades básicas en cualquier campo, ya sea respecto a la salud, vivienda, educación, cultura, progreso...

Pero en esa fraseología se desliza un grave inconveniente: quienes así hablan o escriben se olvidan que han hecho un cambio de paso, y ya no están hablando de *derecho* como si fueran abogados o juristas, hombres del foro o de la justicia, profesores o estudiantes de derecho, sino que hablan de “derecho” como si fueran personas que desconocieran el significado técnico jurídico de la palabra en el ámbito forense. Es como si tal vez pensarán que la palabra puede usarse también para describir aspiraciones o pretensiones que no son susceptibles de ser llevadas con éxito ante un tribunal de justicia en parte alguna del mundo.

Allí obviamente quienes emplean de ese modo la palabra “derecho” no hacen sino crear un mar de confusiones. Podrán fundarlo en consideraciones políticas, axiológicas, sociológicas, éticas, morales, religiosas, en principios universales. Podrán invocar textos de carácter internacional que de algún modo u otro lo digan. Pero lo cierto, lo concreto, es que si no pueden interponer una demanda contra el Estado y ganarla con ese planteamiento, no están hablando de “derecho” en sentido jurídico viviente.

Es indispensable no crear confusiones entre el derecho y otras ciencias sociales, o la política, o las aspiraciones, los sueños, los compromisos éticos, las obligaciones de solidaridad, etc.

### 21. *Desarrollo progresivo*

Por lo que hace al derecho vigente, el Pacto de San José de Costa Rica es más que enfático en esta materia, pues titula el art. 26 que trata de tales “derechos económicos, sociales y culturales” con el inconfundible acápite de “Desarrollo progresivo.”

Más aún, la norma del art. 26 es categórica en señalar que la obligación que asumen los Estados es solamente tratar de “lograr progresivamente,” o sea de a poco, lentamente, no de una sola vez, no ahora mismo, la efectividad de los “derechos” “que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos.”

Pero no sólo el art. 26 se autotitula “Desarrollo Progresivo” y aclara que el compromiso es tratar de lograr “progresivamente” la vigencia de tales “derechos” ahora no vigentes, sino que aclara, todavía más, que esa obligación de tratar de lograr esa progresividad está expresamente condicionada.

### 22. *Desarrollo en la medida de los recursos disponibles*

La condición de la progresividad en el avance de la entrada en vigencia de tales “derechos” aún no vigentes es nada menos que ello ocurrirá “en la medida de los recursos disponibles.”

Y por si fuera poco, al comienzo del mismo art. 26 se dice que todo esto lo harán los Estados “tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica.”

### 23. *¿Desarrollo sin recursos disponibles?*

Ahora bien, ya hemos visto que el grado de endeudamiento de nuestros países excluye toda ayuda internacional que no sea para seguir pagando los intereses de la deuda externa; que estamos en estado de quiebra interna; que la naturaleza nos es adversa; que el desarrollo nos pasó de largo; y vemos en el presente capítulo que ni siquiera hacemos las cosas elementales que debiéramos hacer y sí podemos hacer.<sup>1</sup>

### 24. *Los derechos económicos, sociales y culturales mentados en el art. 26 no son derechos stricto sensu*

¿Con qué seriedad se podrá hablar de “derechos económicos, sociales y culturales” en el contexto de este art., cuando se requiere para que ellos sean derechos por primera vez, que ahora no lo son, que haya 1°) la cooperación económica internacional a tal efecto, 2°) que el propio Estado nacional tenga “recursos disponibles”, que sabemos en verdad no tiene ni para mantener los hospitales en discreto funcionamiento, mucho menos las escuelas o los demás servicios prestados al público con cierto carácter esencial; 3°) que además, cuando pueda, y tenga recursos disponibles, y le presten plata internacionalmente que pueda aplicar a este fin y no a pagar los intereses de la deuda externa ya contraída, aún entonces deberá “adoptar providencias” para “lograr progresivamente” el “desarrollo progresivo” de tales aún no nacidos derechos.

Todo esto puede parecer muy duro y muy cruel, pero la realidad que nos toca vivir a los países subdesarrollados en este fin de milenio lo es, y lo será peor aún.

Pero no es pensando confusamente como vamos a salir del subdesarrollo. La claridad de las ideas es casi una de las primeras condiciones indispensables para salir del círculo vicioso del subdesarrollo cultural, y sin superar el subdesarrollo cultural menos superaremos el subdesarrollo político, y sin ambos menos aún el subdesarrollo económico.

No significa esto, en modo alguno, que todas las normas del Pacto sean programáticas. Quienes hayan ido leyendo este libro y realizando sus trabajos comprenderán cómo en muchísimos casos diversas cláusulas se han interpretado como programáticas cuando en verdad eran operativas o cuanto menos podían

funcionar como principios jurídicos indeterminados, como juicios de valor del legislador aptos para dar una solución *jurídica* novedosa y creativa a un problema determinado.

25. *El error de considerar programática cualquier norma*

Así en el caso *E., F.E.* que tratamos en el punto I del capítulo IV, la lectura de la guía de análisis demuestra que el Procurador y la Corte se equivocaron en tomar cierta cláusula como programática. Que pudieron haber prestado atención a su juicio de valor, como mínimo, y en base a ello llegar a una solución del caso más acorde al Pacto que a la vieja legislación, ya derogada, que una vez más repitieron para el pasado.

26. *El error de no ver la realidad, cegado por la emotividad de un “derecho a la cultura”*

Ni tampoco significa, a la inversa, que la mera invocación de cuestiones culturales o sociales deba provocar una solución “jurídica” favorable. Ese es el error cometido por la Corte Suprema en el caso *Cine Callao*, en que con una deficiente percepción de la realidad concluyó en la constitucionalidad de una ley manifiestamente inconstitucional a poco que se analizaran en profundidad los hechos del caso.

27. *Varios errores posibles a evitar*

En el caso *Cine Callao* se encuentra el conflicto entre una serie de “derechos” de carácter cultural, y algunos otros bien concretos; también aparecen principios jurídicos indeterminados a favor de una y otra solución, y el memorioso o que desempolva inútilmente viejas colecciones de jurisprudencia, encontrará soluciones tan fáciles como inútiles.

Encontrará también conflictos emotivos, dificultades políticas, reacciones viscerales que pueden llegar hasta alguna dosis de intranquilidad.

28. *El error de desconocer qué filosofía jurídica se está aplicando en la interpretación de una norma, por emplear prejuicios de valor*

Estos son los casos verdaderamente interesantes, en que sólo un muy buen estudio de los hechos, una real superación de las trabas emotivas que impiden razonar correctamente, y una toma del Pacto de San José de Costa Rica como derecho supranacional, operativo —salvo casos como el art. 26, obviamente—, inmediatamente aplicable sin ley que lo reglamente, todo lo cual ya explicamos, puede permitir poco a poco ir desentrañando a) las confusiones técnicas —llamar “derecho” a lo que no es exigible judicialmente— y b) las filosóficas —creerse ius-naturalista pero razonar y votar como dogmático, como ocurre en el caso *E., F.E.*

29. *La necesidad de tener muy bien estudiados los hechos y muy en claro la*

*metodología y la filosofía jurídica a emplear*

Reitaremos por ello que *no existen soluciones generales, mágicas, válidas para todos los casos. Cada caso es diferente del anterior.*<sup>1</sup>

Concluimos así que el empleo de la fraseología “económicos, sociales y culturales” luego de la palabra “derechos” no hace sino introducir un elemento de confusión que cualquier estudioso del derecho debería en lo posible tratar de evitar.

Si hemos comenzado y concluido el presente capítulo precisamente por el empleo y censura de esta terminología es para desbrozar tanto como sea posible el trigo de la paja, y permitir que la materia Derechos Humanos crezca y se desarrolle como una materia jurídica y con juicios de valor claros, con filosofía jurídica clara y conscientemente elegida, con técnica y metodología adecuada, haga lo mucho que puede hacer con un texto breve y simple al cual todavía no se le ha querido sacar todo lo que tiene para dar por el mejoramiento de nuestro derecho.

Esa es la verdadera tarea, no la búsqueda de molinos de viento llamados “derechos económicos, sociales y culturales,” al menos mientras subsistan en nuestros países las condiciones económicas que relatamos.<sup>2</sup>

## ANEXO

En materia de derechos llamados sociales, como de derechos económicos y culturales, es frecuente que aspectos emotivos impidan al intérprete percibir y valorar adecuadamente la realidad o las normas. Como ejemplo de ello puede analizarse el caso “Cine Callao.” Es conveniente que el estudiante analice primero el fallo, procurando detectar la corrección o incorrección de su percepción de la realidad y de su razonamiento. Una vez tomada una posición al respecto, puede corregirla siguiendo la guía de trabajo que se enuncia a continuación. Dado que la guía es muy explicativa y detallada, no tendría ninguna utilidad para el lector si no realiza primero el trabajo de estudio del fallo sin la ayuda de la guía.

Como bibliografía metodológica general, nos remitimos nuevamente a GENARO R. CARRIÓ, *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987; GORDILLO, AGUSTÍN, *El método en derecho. Hacer, crear, aprender, enseñar*, Civitas, Madrid, 1988, un volumen de 260 ps.

*El caso del cine Callao*  
(Fallos, T. 247, ps. 121 y ss., año 1960)

## I. Los hechos: su percepción, prueba y valoración

### 1. *Enumeración y clasificación de las distintas cuestiones de hecho*

Enumere los distintos problemas o circunstancias de hecho tenidos en cuenta por la Corte y por el legislador para tomar su decisión. Clasifíquelos.

Identifique si existen otros elementos o circunstancias de hecho que han sido omitidos por el legislador y la Corte, siendo no obstante determinantes.

Identifique elementos o circunstancias de hecho introducidos por el legislador y la Corte, que no sean *prima facie* determinantes.

Conjeture e identifique si existen posibles contradicciones entre la realidad entonces existente y la descripción que de ella hacen la Corte y el legislador en cada uno de los problemas enunciados.

Identifique modos de contrastar sus conjeturas con medidas probatorias de cualquier índole.

¿Existen o pueden formularse conjeturas de diferencias entre la realidad, según Ud. puede apreciarla con relación a aquel momento, y la realidad descrita en el fallo o en la ley?

### 2. *El arte o la cultura. Los artistas*

¿De qué tipo de artistas se trataba? Efectúe un listado lo más completo posible de las distintas variedades que lo componían y componen.

¿Cuántos eran aproximadamente los artistas involucrados al momento de la ley, del fallo, y hoy en día?

¿Qué proporción cuantitativa representaban y representan respecto del total de artistas nacionales de distintas especialidades o rubros?

Enumere lo más exhaustivamente posible las distintas especialidades existentes dentro del arte, en nuestro país.

¿Puede considerarse indubitante que los artistas involucrados en el caso representan un tipo de arte al mismo nivel cualitativo que los demás mencionados en la pregunta anterior?

Intente una clasificación por orden de importancia artística de las distintas manifestaciones del arte que haya podido identificar, y determine qué lugar ocupa en ella el tipo de artista involucrado en el presente caso.

### 3. *Las salas teatrales aptas al efecto*

Determine el número de salas de teatro existentes en este momento en que se estén dando representaciones artísticas.

Distinga qué frecuencia diaria y semanal de representaciones tienen, qué duración aproximada en cartel, e identifique qué relación guarda ello con el tipo de representación, el tipo de obra representada, el tipo de sala en que la representación se realiza.

Identifique en cuántas y cuáles de ellas se trata de representaciones del tipo de artista de que trata el caso.

Identifique el motivo por el cual se da la relación a que arriba en la pregunta precedente.

Enumere salas de teatro en las cuales no se dan en la actualidad representaciones teatrales.

Enumere salas aptas para representaciones teatrales, en entidades públicas: ministerios, secretarías, Bancos, empresas públicas, entidades descentralizadas en general,

Municipalidad, etc.

Enumere salas aptas para representaciones teatrales en entidades privadas: Bancos, instituciones de enseñanza de idiomas, de enseñanza privada en general, asociaciones, clubes, entidades gremiales, cámaras o bolsas empresarias, casas particulares, etc.

Identifique si dichas salas se utilizan ocasionalmente para eventos culturales, y si se utilizan normalmente para representaciones artísticas.

Proponga una hipótesis o conjetura explicativa del por qué de la realidad actual.

Retrotraiga su opinión a diez, quince, o veinte años, y reformule su hipótesis.

Verifique si guardan coherencia entre sí y en caso de existir diferencia entre ellas ensaye una conjetura explicativa.

En base a todo lo expuesto, exponga una conjetura respecto a cada una de las mismas preguntas anteriores respecto a la época del fallo.

#### 4. *El público*

Determine el número promedio de personas que asisten a los espectáculos teatrales, y los días de semana en que lo hacen.

Determine si existen representaciones teatrales que se levantan o cancelan por falta de público.

Estime cuántos espectáculos de una y otra naturaleza ha presenciado Ud. anualmente, como promedio, a lo largo de su vida.

Relacione su respuesta con la de sus demás compañeros y en base a dicho muestreo establezca cuál es la medida.

Ensaye una hipótesis explicativa del por qué de su nivel de asistencia, y el de sus compañeros, a uno u otro tipo de representación.

#### 5. *Las salas cinematográficas*

Identifique el modo más sencillo y rápido de determinar el número de salas cinematográficas en actividad.

Efectúe un listado de ellas.

Determine promedios de asistencia diaria de público y compárelos con los de las salas teatrales. Ensaye una hipótesis de comparación con posibles espectáculos de variedades de los tenidos en cuenta por la ley y el fallo.

#### 6. *Aspectos probatorios comunes*

¿El Tribunal califica alguna parte de los hechos que invoca como “de público y notorio”?

¿Lo eran o lo son realmente?

¿Se le ocurre algún medio de verificar este punto?

¿Pudo hacer alguna verificación sencilla de él?

¿Qué otros modos de verificación de los hechos puede imaginar?

¿Qué tipos de pruebas pueden producirse o deberían haberse producido al efecto?

¿Qué tipo de verificación judicial pudo o debió haberse hecho en su momento?

¿Es necesario verificar de algún modo los hechos del caso, hoy en día, para realizar su análisis? En caso afirmativo, ¿cuál?

¿Qué relación tiene el transcurso del tiempo con la modificación de dicha realidad: la situación sigue igual, ha empeorado, ha mejorado, en cada uno de los aspectos o elementos

centrales del caso?

## II. *El análisis constitucional de razonabilidad*

Resuma los aspectos centrales del sustento fáctico invocado por el legislador y la Corte.

¿En tales aspectos, tenían o tienen realmente sustento fáctico:

*a)* a la época de sanción de la ley,

*b)* a la época del fallo,

*c)* en la actualidad?

¿Existe proporcionalidad entre el sustento fáctico real y la finalidad perseguida por la ley?

¿La finalidad perseguida por la ley, qué entidad cuantitativa y cualitativa tiene?

¿Los medios elegidos por el legislador para cumplir con la finalidad legal, qué cantidad y calidad presentan?

¿Son conducentes, coherentes o proporcionados con el fin elegido? ¿La restricción a los derechos que la ley impone es exagerada o excesiva en sí misma?

¿Es proporcionada:

*a)* con el sustento fáctico real

*b)* la finalidad aducida, y

*c)* los medios empleados en su doble aspecto cuantitativo y cualitativo?