

La participación de las ONG en el control previo de la constitucionalidad

Por

Gabriela Polemann

SUMARIO: I. Las Organizaciones No Gubernamentales. Introducción. Su Problemática. II. Control de Constitucionalidad en la Argentina. III. Mecanismos de articulación de las ONG con el Poder Legislativo. I. La iniciativa Popular. II. Las audiencias públicas. IV. Mecanismos de articulación de las ONG con el Poder Judicial. *Amicus Curiae*. Reflexión final.

I. Las Organizaciones No Gubernamentales¹

Introducción

Una Organización No Gubernamental es un tipo de asociación voluntaria con fines y objetivos definidos por sus integrantes, creada independientemente de los gobiernos locales, regionales y nacionales, así como también de los organismos internacionales. Los miembros que las componen son voluntarios (<http://es.wikipedia.org>).

Organización cívica con personalidad jurídica, independiente del gobierno (www.sipaz.org).

Cualquier organización que no sea parte del gobierno federal, provincial, territorial o municipal. En general, el término se utiliza para referirse a las organizaciones sin fines de lucro que participan en actividades de desarrollo (www.fao.org).

La característica particular de estas organizaciones radica en que actúan fuera de la órbita de los gobiernos y tienen como finalidad resolver cuestiones específicas, sin responder a un marco ideológico. Se trata de formas de organización y movilización desde la sociedad civil que frecuentemente tienen que encargarse de resolver lo que el Estado no hace.

Existen aproximadamente desde el siglo XIX, siendo una de las más antiguas la Cruz Roja. Su reconoci-

¹ Para el desarrollo de este capítulo se consultó la siguiente bibliografía: *El perfil de las ONG en la Argentina*, Filmus-Arroyo-Estebanez, UBA, 1997.

miento formal fue a partir del artículo 71 de la Carta de las Naciones Unidas (1945).

En general, se organizan como fundaciones, cooperativas, asociaciones civiles, grupos comunitarios.

En cuanto a sus actividades, pueden distinguirse entre aquellas ONG que atienden directamente las necesidades vinculadas con problemáticas sociales a través de comedores, hogares que albergan niños de la calle, mujeres solas, drogadicción; de aquellas que actúan de manera indirecta ya sea prestando apoyo a distintos programas de salud, educación, vivienda, políticas sociales o, desarrollando estudios e investigaciones sobre temas de interés general.

Su realidad en la Argentina

En nuestro país surgen con mayor fuerza a partir de la consolidación del proceso democrático y del cambio de relación entre el Estado y la sociedad en los últimos años. Esta transformación ha impactado en el modelo de Estado dando lugar a nuevas formas de participación que ha adoptado la sociedad.

Las principales razones que han motivado este cambio y han dado lugar a la proliferación de las ONG están relacionadas principalmente con lo que

se ha denominado el **aumento de la ingobernabilidad** que se relaciona con la falta de eficacia del Estado para responder a los crecientes reclamos de la sociedad en el marco de las condiciones económicas existentes y, por el otro, a la crisis de representación que se vincula con la pérdida de confianza de la ciudadanía hacia los políticos y las instituciones democráticas a partir de no encontrar cumplidas sus demandas.

Aparece así una nueva articulación entre el Estado y la sociedad civil, posibilitándose la participación ciudadana más allá del voto, adquiriendo las ONG un papel preponderante en el control de la gestión pública, como así también en la posibilidad de plantear las diferentes demandas sociales y económicas hacia el Estado.

De esta manera, las ONG han comenzado a ser reconocidas como actores cada vez más importantes en la elaboración e implementación de estrategias y programas de desarrollo que privilegian a sectores más postergados.

Su problemática

De la diversidad de problemáticas que afectan el funcionamiento y el desarrollo de las ONG en la Argentina², en lo que a nuestro tema interesa, se destaca el **escaso nivel de articulación con el Poder Legislativo y el Poder Judicial**.

² Ver demás problemáticas en bibliografía citada, capítulo 5, *Diez problemáticas para el desarrollo de las ONG en Argentina*.

Pues, si bien actualmente estas organizaciones tienen una muy importante actuación ante el poder político, su relación con el Estado pasa principalmente ante el Poder Ejecutivo, ya sea ejerciendo presión para que se consideren intereses particulares -sobre todo de sectores más postergados- o participando en el control de gestión de las políticas públicas (exigiendo mayor información y transparencia en las actividades gubernamentales). Sin embargo, es escasa su participación en otras esferas del poder.

En efecto, a pesar de la larga trayectoria que tienen numerosas ONG en nuestro país, la práctica de tratar de incidir ante el Poder Legislativo y ante el Poder Judicial es un tema que aún no ha sido abordado por estas organizaciones.

Partiendo de esta realidad, el gran desafío de las ONG en la actualidad es lograr un mayor nivel de articulación con el Parlamento y con la administración de justicia.

Desde esta perspectiva, entendemos que la forma concreta de incidir sobre estos dos poderes es, a través, de una mayor participación de las ONG en el control de constitucionalidad de las leyes, y así contribuir, desde la sociedad civil, a un mejor funcionamiento del sistema democrático.

Estas pocas líneas tienen como objetivo hacer referencia a algunos de los diversos mecanismos de participación, muchos de los cuales surgen con la reforma constitucional de 1994, con la finalidad de lograr un mayor protagonismo de las ONG en la defensa de la supremacía de la Constitución.

I. Control de constitucionalidad en la Argentina³

Para abordar este tema es necesario recordar que nuestra Constitución ha sido concebida como un sistema de derechos y garantías frente a la acción estatal, recogiendo como base fundamental el principio de la división de los poderes, desconcentrando las funciones del Estado a través de un mecanismo de frenos y contrapesos -desarrollado por Montesquieu- para que el poder se controlara a sí mismo.

Así, el Poder Legislativo tiene como principal función la sanción de las leyes, el Poder Ejecutivo tiene a cargo el ejercicio de la administración del Estado y la ejecución de las leyes emanadas del Parlamento, participa de la función legislativa mediante la presentación de proyectos de ley, del poder de reglamentación de las leyes, del veto legislativo y de la sanción de decretos, quedando reservado al Poder Judicial la aplicación de la ley al caso concreto, verificando su adecuación constitucio-

³ Para el desarrollo de este capítulo se consultó la siguiente bibliografía: Sagues, *Elementos de Derecho Constitucional*, Astrea, 1997.

nal, siendo el órgano que tiene como misión primordial tutelar la supremacía de la Constitución.

El sistema que adoptó nuestro país para el control de constitucionalidad es el llamado *difuso*, por el cual corresponde a todos los jueces, sin distinción de categorías o jurisdicciones -nacional o provincial- aunque de modo particular lo ejerce la Corte Suprema de Justicia, como tribunal de garantías constitucionales. El control que efectúa el Poder Judicial es *reparador* (es decir, posterior), cuando declara la inconstitucionalidad de una ley.

Pero no sólo el Poder Judicial tiene a cargo el control de constitucionalidad, sino que el Congreso es también agente de control de la supremacía de la Constitución, aunque de manera *preventiva*, cuando desecha proyectos de ley por vulnerar a la Constitución. Asimismo, el Poder Ejecutivo concreta actos de control de constitucionalidad *preventivo* si veta un proyecto de ley por reputarlo inconstitucional.

Sin embargo, en un modelo de democracia participativa, la misión de tutelar la supremacía de la Constitución ya no queda exclusivamente reservada a los órganos previstos -para tal fin- en la Carta Magna sino que, también, en este cometido debe participar la ciudadanía, haciendo su aporte en temas trascendentes de interés general.

Y en esta misión, las ONG resultan ser uno de las vías más apropiadas, pues no cabe duda de que canalizar la participación a través de una sociedad civil organizada que dé legitimidad a los actos de gobierno permite una mejor y eficiente gobernabilidad democrática.

Pues, como ha sostenido Alejandro Juan Uslenghi, la participación previa al dictado de actos de alcance general que contemple la participación ciudadana es altamente beneficiosa, en orden a conseguir una mayor eficacia en la acción de los órganos administrativos y en punto a lograr un máximo grado de acierto. La intervención en el trámite de sujetos portadores de intereses colectivos proporciona a la Administración, además de aportes técnicos, la oportunidad de realizar una valoración preventiva de las consecuencias políticas y sociales de sus actos, esto es el agrado u oposición que puede encontrar una futura decisión.⁴

III. Mecanismos de articulación de las ONG con el Poder Legislativo

Con la reforma de 1994 se buscó diseñar un sistema que posibilite una mayor participación de la sociedad en las políticas públicas, introduciéndose en el texto constitucional diversos mecanismos mediante los cuales la ciudadanía pudiera participar directamente de la creación de ciertos actos de gobierno.

⁴ Del voto del Dr. Uslenghi en la causa "Youssefian Martín c/ E.N. -Secretaría de Comunicaciones s/ amparo ley 16.986" del 23 de junio de 1998, CNApel.Cont.Adm.Fed., Sala IV.

Aparecen así las denominadas figuras de democracia semidirectas, las cuales tratan de diversas instituciones de participación mediante la instrumentación de mecanismos que hacen posible el acceso directo y pleno de los interesados en la adopción de las decisiones colectivas.

A los fines de la participación de las ONG en el control de constitucionalidad podemos destacar:

I. La iniciativa popular

Regulada en el artículo 39 de la Constitución Nacional y por la que se reconoce a los ciudadanos la posibilidad de presentar -cumpliendo determinados requisitos- proyectos de ley ante la Cámara de Diputados.

Martínez Peroni⁵ define este instituto como la facultad otorgada a cierto número de ciudadanos para proponer "motu proprio" a los poderes constituidos, la adopción, la modificación o la derogación de una norma con jerarquía constitucional, legal, administrativa o municipal. Agrega que la iniciativa popular aparece como una adición compatible con la iniciativa legislativa, presidencial o parlamentaria habitual (art. 77 CN) y que es una forma particularizada del derecho de petionar a las autoridades (art. 14 C.N.).

La importancia de la participación de las ONG en este nuevo instituto,

radica en que al no consistir en un derecho individual de proponer un texto de ley, sino que es un derecho grupal que pertenece a los miembros del cuerpo electoral, la ciudadanía en forma organizada y con un consenso previo, aporte sus valoraciones en el proceso de formación de la ley, la que se exhibe como expresión de la voluntad general.

II. Las audiencias públicas

Se ha sostenido que este instituto -que, tras la reforma del Estado dispuesta en virtud de la ley 23.696, resulta previsto en los marcos regulatorios de los servicios públicos- constituye uno de los cauces posibles para el ejercicio de los derechos contemplados en el artículo 42 de la Constitución Nacional.

Es un mecanismo de formación de consenso de la opinión pública y un medio de participación de los usuarios y las asociaciones que los nuclean de manera previa a una decisión trascendente, permitiéndoseles un adecuado conocimiento de los hechos y la posibilidad de ofrecer y producir las pruebas que estimen pertinentes.

Es una manera de que la Sociedad -con la participación de usuarios y consumidores- dé legitimidad a las decisiones adoptadas en materia de servicios públicos ante la falta de intervención del órgano legislativo.

En general, este sistema ha sido pon-

⁵ *Derecho Constitucional de la reforma*, Depalma, 1995, pág. 412.

derado como un procedimiento de participación de gran utilidad, donde a las ONG les cabe también un importante papel como representantes de intereses colectivos.

La jurisprudencia, en diversos casos, ha exigido a las empresas prestadoras de los servicios públicos el cumplimiento de convocar a audiencias públicas como medio de participación de los usuarios y las organizaciones que los nuclean en los procesos de decisión en cuestiones de interés general.⁶

IV. Mecanismos de articulación de las ONG con el Poder Judicial

I- *Amicus Curiae*

La Corte Suprema de Justicia consideró la figura del *amicus curiae* (que literalmente significa amigos del tribunal), mediante la Acordada 28/04 como un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia. El Tribunal consideró apropiado que, en las causas en trámite ante sus estrados y en que se ventilen asuntos de trascendencia institucional o que resulten de interés público, se autorice a tomar intervención como amigos del tribunal a terceros ajenos a las partes, que cuenten con una reconocida competencia sobre la cuestión debatida y que demuestren un interés inequívoco en la resolución final del caso, a fin

de que ofrezcan argumentos de trascendencia para la decisión del asunto.

Actualmente, en la Argentina no existe una legislación nacional que reconozca el instituto, resultando necesaria su consagración legislativa, a fin de posibilitar su máxima utilización.

De la lectura de la exposición de motivos para la legislación de la figura del *amicus curiae* en la Jurisdicción Federal/Nacional en la República Argentina surge que ésta consiste en presentaciones que pueden realizar terceros ajenos a una disputa judicial -personas o grupos de personas- pero con un justificado interés en la resolución final del litigio, a fin de expresar sus opiniones en torno de la materia, a través de aportes de trascendencia para la sustentación del proceso judicial.

Allí se agrega que el *amicus curiae* permite la intervención de personas o de ONG en causas en donde se encuentre comprometido el interés público o con una trascendencia social que supera las particularidades del caso.

La presentación de un escrito de *amicus curiae* no inviste de calidad de parte a quien lo presenta, y la opinión vertida en el *amicus* no produce efecto vinculante para el tribunal. La razón teleológica de esta figura procesal es asistir al tribunal proporcionándole una opinión

⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, 23-6-1998, "Youssefian, Martín c/ E.N. Secretaría de Comunicaciones s/ amparo ley 16.986; Sala III, 30-10-2003, "Distribuidora del Gas del Centro S.A. c/ Enargas", entre otras.

fundada o una información relevante sobre alguna cuestión jurídica que pudiera escapar a la consideración de aquél y colaborar así para decidir con acierto un caso complejo.

La experiencia ha demostrado que la figura del *amicus curiae* es una valiosa herramienta para asegurar el acceso y la administración de justicia. Es fundamental en la democratización de procesos de incidencia colectiva o donde se debaten temas de interés público, que de otra manera se verían limitados a las partes⁷.

A través de este instituto, las ONG tienen la posibilidad de participar directamente en la administración de justicia, colaborando con el Poder Judicial en una interpretación dinámica de la Constitución que, sin dejar de lado los valores funda-

mentales, consagrados en la Carta Magna, se le sume la nueva realidad socio-económica de estos tiempos.

Reflexión final

Sin ánimo de excluir otros mecanismos, se ha intentado destacar los que, a primera vista, aparecen como los más apropiados para la participación de la sociedad en forma organizada, a través de organizaciones no gubernamentales de manera previa a la adopción de decisiones de trascendencia institucional o de gran interés general y, participar -de tal modo- en el control de constitucionalidad en defensa de la supremacía de la Constitución. Queda planteado el desafío para que estas organizaciones trabajen con miras a lograr una mayor participación ante otras esferas del poder.

⁷ En la exposición de motivos se hace referencia a numerosas experiencias de presentaciones como *amicus curiae* de Organizaciones No Gubernamentales. Un caso de notoria trascendencia en este sistema ha sido el caso de la comunidad indígena Awás Tingni Mayagna (Sumo) v. La República de Nicaragua. En este caso, The International Human Rights Law Group (IHRIG) y The Center for International Environmental Law (CIEL) presentaron un *amicus brief* y solicitaron ser considerados *amici curiae* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1999. En esta oportunidad, esta intervención de los amigos de la corte colaboró significativamente para el proceso en cuanto ambas organizaciones, una de derechos humanos y otra ambiental, le proporcionaron información sobre los vínculos entre estas áreas y sobre el impacto que las cuestiones ambientales tienen en el ejercicio de los derechos humanos. La sentencia favorable a la comunidad indígena refleja en parte el impacto positivo de los argumentos esgrimidos en la presentación del *amicus curiae*.

Otro ejemplo de presentación de *amicus curiae* pero ya no ante la Corte sino ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es el caso de la Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat (Nuestra Tierra/Our Land) vs. el Estado de Argentina, en donde el Centro de Derechos Humanos y Ambiente (CEDHA) y el Center for International Environmental Law (CIEL) se presentaron como *amicus curiae* en 2000. En esa oportunidad, se procuró proteger a la comunidad aborígen mediante medidas precautorias que mantengan el *status quo* hasta que la cuestión de fondo se dilucidase.