

# Espacios públicos democráticos y producción del derecho.

Aldao Martin.

Cita:

Aldao Martin (2010). *Espacios públicos democráticos y producción del derecho*. V Congreso Latinoamericano de Ciencia Política. Asociación Latinoamericana de Ciencia Política, Buenos Aires.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-036/258>

**Título:** Espacios públicos democráticos y producción del derecho.<sup>1</sup>

**Autor:** Martín M. Aldao, IIJS Gioja, Facultad de Derecho -UBA (aldaom@gmail.com)

**Area Temática:** Teoría de la Democracia

**Panel:** Democracia deliberativa y legitimidad del derecho

**Abstract:** *La práctica reciente en materia de litigio de derechos humanos ha puesto en cuestión el monopolio del poder legislativo sobre la producción del derecho, generando un intenso debate en torno al problema de la judicialización de la política y la politización de la justicia. El objetivo de este trabajo consiste en analizar algunas de las modificaciones producidas en la noción de espacio público democrático a partir del modelo deliberativo de la democracia propuesto por J. Habermas, esbozando algunos criterios que permitan determinar en qué circunstancias el recurso a los tribunales vulnera el proceso democrático y en qué circunstancias lo fortalece.*

---

<sup>1</sup> Trabajo preparado para su presentación en el V Congreso Latinoamericano de Ciencia Política, organizado por la Asociación Latinoamericana de Ciencia Política (ALACIP). Buenos Aires, 28 a 30 de julio de 2010.

## 0 Introducción:

La democracia, o mejor dicho, el ejercicio de la democracia, se encuentra a la base de la legitimidad de las leyes en los estados de derecho contemporáneos. En otros términos, sólo en la medida en que a los ciudadanos se les permite participar como individuos autónomos en los procesos de producción de las normas, pueden estos ser considerados como legítimamente sujetos a las mismas. Ahora bien, esta participación ha sido tradicionalmente entendida, en el marco del estado demo-representativo, en términos de derecho al voto y de la posibilidad de presentarse a elecciones. De este modo el proceso democrático legitimador del estado de derecho queda estructurado sobre el eje de la actividad parlamentaria, última garante de la legitimidad de la ley. Los límites y defectos de una comprensión tan estrecha de la democracia son ya evidentes, no sólo en la teoría sino también en la práctica política reciente.

La plausibilidad de una comunicación aceptada y poco distorsionada entre una esfera pública estatal productora de derecho y una esfera público-política ciudadana sigue siendo, sin embargo, el modo predominante de pensar el modo de producción y legitimación del derecho en nuestra sociedad. En este sentido, el objetivo de la primera sección consiste en exponer las diferencias entre uno y otro modo de pensar la democracia, así como también los efectos que una opción y otra implican respecto de las funciones de la jurisdicción en los estados democráticos de derecho. A su vez, el trabajo sobre el paradigma deliberativo requiere distinguir cuanto menos entre una versión débil (Nino) y una versión fuerte (Habermas), en la medida en que es la segunda y no la primera la que permite introducir la deliberación como condición de posibilidad de la práctica democrática. La comprensión deliberativa de la democracia, sin embargo, se ha mostrado incapaz de resolver una serie de problemas vinculados a su implementación, por lo que se hace necesario retomar algunas de las críticas formuladas dentro del espectro deliberativo, que además nos permiten conectar la perspectiva deliberativa con la práctica jurisdiccional en materia de derechos humanos. En la segunda sección se aborda en primer lugar la reformulación del vínculo entre derechos humanos y ciudadanía, con particular atención a los contextos de desigualdad estructural. En segundo lugar se exponen brevemente las potencialidades de los tribunales como instancias de reapertura del debate democrático, sobre todo en la medida en que permiten retomar no sólo el problema de la vigencia de las leyes, sino también el de ciertos estados de cosas, de un modo tal que resulta inaccesible al poder legislativo. En la última sección se conecta el rol político de los tribunales con la cuestión de la efectivización de los derechos humanos con el objetivo de mostrar la plausibilidad de su utilización para extender los alcances de la democracia deliberativa.

## 1 Dos conceptualizaciones de la democracia

El proceso de producción del derecho en las sociedades contemporáneas se asienta sobre la superposición de dos modelos teóricos radicalmente distintos. Por un lado el complejo coactivo administrativo del estado moderno, y por el otro el idealizado autogobierno de los griegos. De este modo se superpone una lógica de la soberanía, que funciona sobre el presupuesto según el cual el conjunto de los individuos que integran la sociedad son incapaces de alcanzar un acuerdo estable y duradero sin la presencia de un tercero ajeno al conflicto -y por ende trascendente respecto de una sociedad que es

pensada como intrínsecamente conflictiva-; y por el otro una lógica del autogobierno, que opera sobre el presupuesto según el cual la autonomía de cada individuo posee idéntico valor, y por ende que el único modo legítimo de imponer límites a las conductas de los hombres es a través de la participación de los mismos en la determinación de las reglas según las cuales deben organizarse. Es en torno al problema de cómo ha de insertarse la democracia dentro del aparato del estado que ha surgido el paradigma representativo.

### *1.1 El paradigma representativo*

El mecanismo representativo tiene la función de introducir la voluntad de la ciudadanía en el aparato del estado a través del proceso electoral. En este sentido la elección periódica de gobernantes y legisladores garantiza un mínimo de influencia ciudadana, y por ende de legitimidad, en las estructuras políticas que regulan la existencia de la sociedad a través de la competencia electoral. Así es que las leyes vigentes, en un idealizado circuito de transmisión de la voluntad popular, reciben su autoridad de los legisladores democráticamente elegidos a través de las urnas. Una concepción tal de la democracia ubica en el parlamento el *locus* privilegiado de la expresión de la voluntad popular. Tal como fuera pensado por Sieyes, el modelo representativo garantizaba la traducción de la voluntad general de la nación en la ley, de modo tal que la asamblea legislativa queda convertida en supremo árbitro de la legitimidad del derecho.

Si bien en sus orígenes se esperaba de este modelo la gradual democratización efectiva de la sociedad, y aún cuando es preciso reconocer que ha permitido realizar algunos progresos en este sentido, lo cierto es que la representación se ha convertido en un cuello de botella que impide la efectiva representación de una multiplicidad de intereses que surgen de la sociedad. La gradual alienación de los políticos profesionales respecto de la ciudadanía y la autonomización del sistema político, así como también el desarrollo de grupos de interés que gozan de un acceso privilegiado al poder legislativo, han terminado por distorsionar de tal modo el rol del parlamento al punto que hoy resulta poco razonable afirmar que representa los efectivos intereses de la ciudadanía.

El nivel de degradación del ideal democrático en su versión representativa resulta bien visible en los trabajos de Popper o Schumpeter, quienes, con el objetivo de salvar la idea de democracia representativa han propuesto interpretaciones claramente desencantadas de los procesos políticos democráticos, pero que no obstante retienen algo de aquella originaria voluntad del pueblo. Así ambos se refugian en las posibilidades que el proceso electoral ofrecería para deshacerse de aquellos representantes que no respondan a la voluntad de la ciudadanía (D'Auria, 2004).

### *1.2 El paradigma deliberativo*

En este contexto de incapacidad del poder legislativo para representar de modo efectivo a la ciudadanía surge el paradigma deliberativo de la democracia, a través del cual se busca reconducir al parlamento hacia su rol original de portavoz de la ciudadanía. Un primer intento consiste en forzar la deliberación dentro del parlamento, éste es el camino que propone C. Nino.

El núcleo central de la tesis de Nino descansa sobre el valor epistémico de la deliberación democrática. En este sentido podrían distinguirse dos etapas en su propuesta: (a) aquella en la cual se legitima el sistema democrático (entendido como deliberación pública) a través del teorema de Condorcet y lo que denomina la *tendencia colectiva a la imparcialidad* (Nino, 1997:178). En este nivel la argumentación de Nino adopta un giro cuasi-estadístico: A pesar de reconocer las virtudes de la racionalidad monológica para los casos particulares, intenta mostrar que para el conjunto de decisiones que una comunidad política debe adoptar, es más fiable la discusión colectiva (Nino, 1997:182). Pero también en una segunda etapa (b) Nino debe adaptar su modelo a los estados demo-representativos contemporáneos, y con este objeto trata de trasladar la discusión colectiva informal a los aparatos deliberativos institucionalizados. De aquí sus reticencias frente a la representación –a la cual, sin embargo, termina por aceptar- y su insistencia en el desarrollo de los partidos en torno de posiciones ideológicas (Nino, 1997:185). De todos modos, el valor epistémico de la democracia depende también del siguiente conjunto de condiciones: a) la participación libre e igual en el proceso de discusión y toma de decisiones, b) la orientación de la comunicación en el sentido de la justificación, c) la ausencia de minorías congeladas y aisladas, y d) la existencia de un marco emocional apropiado para la discusión (Nino, 1997:192). De este modo, la democracia deliberativa sería justificable desde una perspectiva epistemológica, en tanto parece ser la mejor herramienta para tomar decisiones colectivas (Nino, 1997:197-198). En este sentido es que propone mejorar la democracia a través del refuerzo de las instituciones deliberativas (Nino, 1997:cap.6). El modelo de Nino, sin embargo, se mantiene dentro del paradigma representativo, proponiéndose más bien como una serie de mejoras en el funcionamiento de los canales políticos tradicionales.

El trabajo de Habermas comienza mucho antes de lo *propriadamente político*, con una crítica de la concepción tradicional del sujeto y del conocimiento, y la posterior elaboración de una ética discursiva que, intentando escapar de las aporías de la metafísica de la modernidad, se aferra no obstante a algún tipo de racionalidad. El primer paso consiste en despegar la argumentación práctica de la pesada herencia descriptivista (que compartirían tanto las tesis objetivistas como las escépticas) a través de la adecuada formulación del problema desarrollada por S. Toulmin: en cuestiones morales, la pregunta no debe formularse en términos de adecuación a valores, sino más bien de acuerdo al peso de las razones esgrimidas por una y otra posición (Habermas, 1985:72). Reemplaza, entonces, una “razón práctica” por una “racionalidad comunicativa” (Habermas, 2005:71) en la cual la verdad moral ya no es ni un lugar fijo al que aproximarse, ni una utopía inalcanzable, sino más bien un presupuesto que es exigido por la comunicación (Habermas, 1985:104). Este camino procedimental permite a Habermas rechazar los principios morales dogmáticamente establecidos en los que descansan las éticas tradicionales (Habermas, 1985:111). Este paso resulta central en la medida en que introduce la participación de los implicados (en este caso, la ciudadanía) como algo más que una mera mejora epistemológica, en el orden de las condiciones de posibilidad de la racionalidad política.

En este sentido, el proceso democrático entendido comunicativamente dota al estado de derecho de una legitimidad fundada en la formación de la opinión pública, retomando la importancia que al primero le da el liberalismo clásico, y a la segunda el republicanismo. Esta conceptualización del procedimiento democrático lo ubica tanto dentro como fuera del estado y permite captar el proceso por el cual la legislación

transforma la deliberación pública (en sentido amplio) en poder utilizable administrativamente (Habermas, 2005:375). La *racionalización* es, entonces, más que mera legitimación (liberalismo) y menos que constitución del poder del estado (republicanismo). Tomando de la epistemología la distinción entre *contexto de justificación* y *contexto de descubrimiento*, Habermas ubica a la deliberación institucionalizada en el primero y a la formación informal de la opinión pública en la segunda (Habermas, 2005:384). El derecho es introducido, entonces, como el puente que permite comunicar la idealizada "*sociación*" comunicativamente pura y las sociedades complejas efectivamente existentes (Habermas, 2005:405). La democracia se justifica, entonces, en la medida en que permitiría evitar la autonomización del sistema administrativo (el estado) y lo orienta a limitar el mercado. De este modo logra reconstruir el proceso político de un modo que puede dar cuenta tanto de las acciones estratégicas (orientadas hacia los propios fines y predominantes en el mercado y en la burocracia política) como de las acciones comunicativas (que impregnan el mundo de la vida y constituyen el elemento legitimante del estado democrático de derecho) (Habermas, 2005:416).

### 1.3 Esfera pública y deliberación

El modelo de Habermas deja sin responder, sin embargo, la pregunta por los modos concretos en que los impulsos comunicativos del mundo de la vida que constituyen la "fuente" de la justicia y la legitimidad del derecho (Habermas, 2005:221, 238, 252 y 257) se harían efectivos, en la medida en que queda atado a conceptos normativos excesivamente abstractos y a requisitos de funcionamiento óptimo poco menos que utópicos (Jorba Galdós, 2006:51). De este modo la soberanía popular queda desdibujada en una esfera pública sin forma ni contenido constante (Jorba Galdós, 2006:57). Aquello de lo que Habermas no da cuenta en su "idealización" del ideal de una esfera pública burguesa -universalmente accesible, racional y ajena a las diferencias de clase-, es que esta se construye ya a partir de una serie de exclusiones.

Desde esta perspectiva el reconocimiento de los espacios públicos autónomos demanda modificaciones estructurales en el espacio público-político institucionalizado (el parlamento), de modo tal que la unidad de este último no obture las desigualdades estructurales a las que se encuentran sometidos los primeros. Tras la aparente universalidad de una única esfera pública comprensiva de toda la ciudadanía, se desarrollaría en realidad un debate supervisado por aquellos grupos que resulten socialmente dominantes (Fraser, 1990:66). De este modo la estimulación de contrapúblicos subalternos permitiría extender el espacio discursivo del que surgen las leyes. Los problemas, los valores, los intereses -en última instancia, el vocabulario- a partir del cual se construye el derecho no son meros insumos para la formación de opinión, sino que juegan además un papel fundamental en la formación de identidades (Fraser, 1990:68). Si tomamos en cuenta la importancia del derecho en la formación de las condiciones a través de las cuales se facilita, o bien se obstaculiza, la expresión de los espacios públicos autónomos, entonces una fragmentación del espacio público productor del derecho parece necesaria para garantizar la retroalimentación comunicativa a la que debe estar sujeta el parlamento (Young, 1989:258). En otros términos, que una concreción de los presupuestos democráticos de los Estados de derecho contemporáneos requiere no sólo de la aceptación estatal de los contrapúblicos subalternos, sino también de la adecuación del modo de producción del derecho legítimo, de modo tal que se reduzcan las distorsiones producidas por los poderes

sociales y se evite al mismo tiempo la tendencia a obturar todos aquellos discursos que históricamente se han visto excluidos de la producción del derecho.

Esto implica también una reformulación del concepto de ciudadanía, que ya no parece caber dentro del uniformador ideal de una esfera público-política omnicomprendiva (tal como la imaginara Kant), en la que se disolverían todas las diferencias de clase, género y cultura. Por el contrario, es preciso diseñar nuevos dispositivos de transmisión y aplicación -esto es particularmente importante si se quiere evitar un mero retorno al corporativismo- de la voluntad política de los ciudadanos, de modo tal que puedan adecuarse a las particularidades de cada grupo.

## 2 Derechos humanos y jurisdicción

### 2.1 *Derechos humanos y ciudadanía*

A partir de la segunda mitad del Siglo XX se produce un cambio en la comprensión de los derechos. Estos pasan de ser meras garantías de los individuos frente al poder del estado y las intromisiones de otros individuos, tal como habían sido comprendidos por el constitucionalismo de corte liberal, para empezar a jugar el papel de condición de posibilidad de la ciudadanía. En este sentido las declaraciones de derechos buscan resolver el desfasaje entre condiciones de vida (desiguales) y condiciones para la participación política (iguales) al que había conducido una interpretación burguesa de la sociedad (Habermas, 2004:149), que preservaba, tras el velo uniformador de la sociedad civil, la exclusión sistemática de todo aquel que no se adecuara a sus presupuestos, esto es, el ser hombre, blanco y propietario.

En esta línea se ha propuesto la reinterpretación de la distinción público/privado, tradicionalmente entendida en términos de la oposición entre el estado y la sociedad civil, en términos de la mutua implicación entre la autonomía pública y privada de los individuos. Desde esta perspectiva la CIDH propone una definición comprensiva de la noción de bien común según la cual: “Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana.” (CIDH, 1986: par.66). Los derechos humanos entendidos como parámetros para la determinación de estándares mínimos de vida digna (autonomía privada) funcionan entonces como condición de posibilidad de un auténtico ejercicio de las facultades políticas (autonomía pública) de la ciudadanía (Abramovich y Pautassi, 2009:3).

A su vez, esta reinterpretación de los derechos se acomoda mejor a una conceptualización deliberativa de la democracia, puesto que en contextos de fuerte exclusión social términos tales como “la expresión de los impulsos democratizadores del mundo de la vida” o “deliberación incluyente y participativa” o aún “argumentación pública”, tan caros a los defensores del deliberativismo, aparecen completamente vacíos de sentido. Es en este sentido que Abramovich y Courtis (2006) definen acertadamente a los derechos sociales como el “umbral de la ciudadanía”, por debajo del cual no tiene sentido hablar de democracia propiamente dicha. Desde este punto parte una línea de

trabajo, relativamente difundida, que tiene como objetivo la implementación de políticas públicas (tales como el ingreso ciudadano, programas de salud, vivienda, educación, etc.) que permitan sino resolver al menos morigerar las desigualdades estructurales presentes en la sociedad. Esta clase de iniciativas, sin embargo, se enfrentan cuanto menos a dos clases de obstáculos.

En primer lugar la falta de una iniciativa política integral por parte de las ramas ejecutiva y legislativa del gobierno que exceda el mero clientelismo electoral. En este aspecto, como afirman entre otros Abramovich y Courtis, tanto las clases políticas como las instancias tradicionales de mediación de demandas sociales han sido incapaces de absorber, procesar y responder a las demandas de los sectores sociales desaventajados, forzándolos, en el mejor de los casos hacia la vía judicial, y en el peor a la protesta lisa y llana (2006:137). A esto se suma el problema creado por la complejidad de una comprensión tan amplia de los derechos humanos, que abarcan, desde esta perspectiva, una infinidad de nuevas cuestiones que las estructuras políticas tradicionales no se encuentran en condiciones de captar y resolver. En este aspecto resulta particularmente visible la obsolescencia del paradigma representativo, puesto que, en lo que concierne al poder legislativo, podría afirmarse que ha cumplido su tarea de representar la voluntad del pueblo al otorgar rango constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, sin por eso haber logrado la efectivización de los mismos. De este modo la problemática de los derechos humanos se traslada al poder ejecutivo, que a su vez se caracteriza por ser la rama del gobierno menos accesible a la participación ciudadana.

El segundo obstáculo al que se enfrentan las iniciativas tendientes a la democratización efectiva de la sociedad a través de la implementación de políticas públicas es también de naturaleza estructural, y se vincula con las críticas feministas expuestas en el tercer apartado de la primera sección de este trabajo. Tanto el contenido de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, como la idea de que su implementación debe quedar en manos de agencias estatales, caracterizadas por altos grados de centralización y burocratización, nos devuelve a la cuestión de los problemas implicados por un ideal de ciudadanía universal. Aún cuando muchos de los problemas en materia de efectivización de los derechos humanos apuntan, en última instancia, a la homogeneización de las condiciones de vida de la ciudadanía (y aún posponiendo la cuestión relativa a la utilidad y legitimidad de un objetivo de estas características), lo cierto es que, en sociedades como la nuestra, caracterizadas por altos niveles de fragmentación, éstas se caracterizan por la heterogeneidad de las condiciones de partida. En otros términos, en la medida en que los diferentes estratos de la ciudadanía presentan diferentes clases de problemas (diferentes situaciones de incumplimiento de derechos), que en ocasiones se solapan, pero nunca terminan de ser uniformes para todos, se vuelve imposible dar una respuesta efectiva a cada caso concreto en el marco de dispositivos legales y administrativos diseñados para excluir u obviar las diferencias. Esto se vuelve particularmente patente en el modo en que prolifera tanto la práctica como la teoría el litigio en materia de derechos humanos, caracterizado por un alto grado de dispersión y la ausencia de perspectivas integrales. Es en este contexto que la literatura reciente sobre derechos humanos, aunque prolífica y rigurosa en lo que a cada derecho –o grupos de derechos- atañe, no permite todavía obtener una visión integral de la efectiva vigencia de los derechos humanos. En este sentido podemos distinguir dos grandes grupos de trabajos: Por un lado las investigaciones orientadas a analizar y seguir derechos en particular (Abramovich y Pautassi, 2009; Gargarella, 2007; CELS,

2003b; González, 2007) y por el otro los trabajos más generales sobre la efectiva situación de los derechos humanos en la Argentina reciente (ADC, 2005 y 2008; CELS, 2001 a 2009), los cuales no obstante tienen la forma de compilaciones de trabajos específicos sobre cada serie de derechos. Si bien la literatura muestra una tendencia general hacia el reconocimiento y exigibilidad de los derechos a partir del cambio en la conformación de la Corte (CELS, 2008b), estudios específicos sobre algunos derechos fundamentales muestran resultados divergentes. Por ejemplo, Clérico (en ADC, 2007: cap. VIII) muestra una tendencia al reconocimiento del derecho a la salud ya desde 1993, mientras que Verdú (2009) muestra una particular reticencia de la Corte en el control de las fuerzas de seguridad.

## 2.2 *La jurisdicción como espacio político democrático*

Es en este contexto que la práctica del litigio en derechos humanos se vuelve especialmente relevante en la medida en que aparece como "cortada a la medida" de las críticas formuladas al modelo deliberativo propuesto por Habermas. Ante un espacio público institucionalizado que aparece ya cooptado por los intereses dominantes y encerrado sobre sí mismo, poco sensible a los problemas e intereses de los grupos desaventajados y con tiempos y códigos que lo vuelven inaccesible al ciudadano común, se vuelve necesario abrir pequeñas brechas en el espacio público productor de derecho que permitan introducir problemáticas largamente postergadas por los poderes tradicionalmente considerados políticos. Así el litigio en materia de derechos humanos tiene la potencialidad de operar como un canal de comunicación e incluso como una herramienta de apertura de nuevos espacios de deliberación en la medida en que exceda la restringida perspectiva del litigio bipolar de pretensiones individuales.

La revisión jurisdiccional no puede, sin embargo, ser tomada sin más como una herramienta del procedimiento democrático. Del modelo de litigio experimental propuesto por Sabel y Simon (2004) es posible retomar dos características relevantes para la consideración democrática de la práctica legal. En primer lugar se trata de comprender de otro modo el rol del juez, que debería ejercer un rol de facilitador del debate y de la negociación entre las partes (Sabel y Simon, 2004:1055). En segundo lugar, y esto resulta todavía más relevante en contextos de fuerte exclusión social, retoman el concepto de "derechos de desestabilización", desarrollado por Mangabeira Unger, como medio para forzar, por vía judicial, la apertura de instituciones o áreas de la práctica social tradicionalmente cerradas al efecto desestabilizador del conflicto ordinario y que por lo tanto sostienen jerarquías de poder y asimetrías difícilmente superables para los grupos desaventajados (Sabel y Simon, 2004:1055).

La adopción de una comprensión deliberativa de la democracia libera al litigio de las críticas que, en términos de división de poderes, suelen formularse contra el mismo, pero sólo en la medida en que éste sea concebido como una instancia de reapertura del debate público que siempre debe fundamentar las normas en una sociedad que se autocomprende como democrática. En este sentido la comprensión de los tribunales como órganos de control social, meros aplicadores de aquello que se decide en el parlamento, debe ser reemplazada por una comprensión de los mismos en términos de espacios a través de los cuales la ciudadanía puede reafirmar o retirar su consentimiento respecto del estado de cosas legal vigente.

### 3 La fragmentación de la publicidad política y el test deliberativo

Una comprensión deliberativa de la democracia implica que para toda ley (así como también para todo estado de cosas considerado legal), debe ser posible rastrear el consentimiento explícito de la ciudadanía respecto del mismo. En este sentido una lectura rigurosa del paradigma deliberativo y de sus presupuestos conduce de modo inequívoco a la descentralización de las instancias de producción y aplicación del derecho, de modo que el cumplimiento de los requisitos de participación y de universalidad resulte factible. Esta lectura, sin embargo, supondría la posibilidad de pensar las estructuras políticas y jurídicas desde una suerte de punto 0, a partir del cual sería posible construir la totalidad del entramado jurídico de la sociedad. Por el contrario, ya la teoría del discurso -que se encuentra a la base del paradigma deliberativo- nos ofrece una vía de escape a través de la noción de *reconstrucción histórico-crítica* (en su caso de la verdad, en lo que nos atañe, de la ley).

En este sentido, aún preservando las estructuras políticas representativas, la utilización política de los tribunales, con sus facultades de suspensión o reenvío de la ley, de recomendar o incluso exigir la realización de gestiones administrativas, posibilita un debate acotado al que pueden acceder las partes implicadas y esgrimir sus argumentos, como lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia reciente en materia de derechos sociales. De este modo la cuestión respecto de la validez de un determinado estado de cosas puede ser abordada teniendo en cuenta las circunstancias del caso particular, y es posible darle las soluciones que requiera, en un proceso en el que los implicados pueden hacerse oír de un modo tal que sería impensable en el congreso, en una suerte de test deliberativo. Más aún, en los estrados judiciales resultan mucho más vulnerables al escrutinio público que los debates parlamentarios, y prácticas tales como el lobbying se vuelven mucho más evidentes.

Esto no significa, por supuesto, que los tribunales efectivamente vayan a funcionar de ese modo en todos, o siquiera en la mayoría de los casos. Las estructuras judiciales tienen también una cantidad de defectos estructurales, sin embargo, es preciso reconocer que, ante una publicidad social, política y económicamente fragmentada, presentan numerosas ventajas, y no pueden por ende ser descartados sin más. Todo cambio estructural de la sociedad depende, en última instancia, de la sociedad, pero es en este contexto en el que los tribunales pueden servir como instancia más de asedio a los poderes autonomizados de la administración y del mercado para los sectores más desaventajados, en la medida en que puedan aprovecharlos.

#### Bibliografía:

- Abramovich, V. (2007): "Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera pública" en *Estudios Socio-Jurídicos*, 9(3), p.9.
- Abramovich, V. y Courtis, C. (2006): *El umbral de la ciudadanía: El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*. Del Puerto, Buenos Aires.
- Abramovich, V. y Pautassi, L. (2009): *La revisión judicial de las políticas sociales: Estudio de casos*. Del Puerto, Buenos Aires.
- Asociación por los Derechos Civiles-ADC (2008): *La Corte y los derechos: informe 2005-2007*. Siglo XXI, Buenos Aires.
- Asociación por los Derechos Civiles-ADC (2005): *La Corte y los derechos: informe 2003-2004*. Siglo XXI, Buenos Aires.

- CELS (2003a): El Estado frente a la protesta social: 1996-2002. Siglo XXI, Buenos Aires.
- CELS (2003b): Derechos Humanos en la Argentina: Informe 2002-2003. Siglo XXI, Buenos Aires.
- CELS (2004): Derechos Humanos en la Argentina: Informe 2004. Siglo XXI, Buenos Aires.
- CELS (2005): Derechos Humanos en la Argentina: Informe 2005. Siglo XXI, Buenos Aires.
- CELS (2007): Derechos Humanos en la Argentina: Informe 2007. Siglo XXI, Buenos Aires.
- CELS (2008a): Derechos Humanos en la Argentina: Informe 2008. Siglo XXI, Buenos Aires.
- CELS (2008b): La lucha por el derecho. Siglo XXI, Buenos Aires.
- CELS (2009): Derechos Humanos en la Argentina: Informe 2009. Siglo XXI, Buenos Aires.
- CIDH (1986): *Opinión Consultiva 5/85*, Costa Rica.
- D'Auria, A., (2004): Análisis político: poder, derecho y democracia, La Ley.
- González, H. (2007): Estado de no derecho: Emergencia y derechos constitucionales. Del Puerto, Buenos Aires.
- Habermas, J., (2005): *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid.
- Habermas, J., (1985): *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, Península, Barcelona.
- Jorba Galdós, L. (2006): "Ciudadanos y esfera pública: Una revisión de los modelos de implementación de la democracia deliberativa", en *Revista española de ciencia política*, 14, p.47.
- Nino, J. C., (1997): *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona.
- Sabel, Ch. y Simon, W. (2004): "Destabilizing Rights: How Public Law Litigation Succeeds", en *Harvard Law Review*, 117, p.1015.
- Young, I.M. (1989): "Polity and Group Difference: A Critique of the Ideal of Universal Citizenship", en *Ethics* 2(99), p.250.