

BREVE INTRODUCCIÓN AL LITIGIO DE REFORMA ESTRUCTURAL

(Documento base para el Seminario “Remedios Judiciales y Monitoreo de Ejecución de Sentencias en el Litigio de Reforma Estructural” - Buenos Aires, 4 y 5 de noviembre de 2010)

Fernando Basch*

1. El poder judicial y las políticas públicas

En la Argentina revisten gran actualidad discusiones relativas al rol del poder judicial en la democracia, y a los alcances que su intervención debe tener a la hora de resolver los casos que son sometidos a su jurisdicción. Es cada vez más usual escuchar hablar de una supuesta “judicialización” de la política, con lo que se pretende señalar la intrusión de los jueces en un terreno reservado a los poderes ejecutivo y legislativo y, más ampliamente, a la discusión y decisión electoral.

Se trata de un escenario común en buena parte del mundo. La tendencia hacia sistemas con constituciones rígidas, con amplias cartas de derechos y facultades de control constitucional en manos del poder judicial, transfiere cada vez mayores cuotas de poder a los tribunales de justicia. En el marco de notables deficiencias de las dinámicas sociales y organizacionales, dichos diseños institucionales alientan una mayor intervención judicial en los asuntos públicos, y particularmente en materias antes excluidas de su juicio, vinculadas con las políticas de gobierno.¹ Por estos motivos, se ha llegado a señalar que las democracias constitucionales contemporáneas conforman “juristocracias”.²

El proceso descrito es observable en Latinoamérica: distintas reformas constitucionales ampliaron los derechos, incorporando fundamentalmente derechos económicos, sociales y culturales y derechos colectivos.³ En contextos de pobreza y desigualdad extremas, esto ha favorecido el incremento de demandas a la justicia de distintos grupos postergados, lo que exige de los jueces respuestas en asuntos que antes se consideraban eminentemente políticos.⁴

* Director del Programa de Justicia de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC). El trabajo fue preparado con la asistencia de Ana Laya, abogada del Programa de Justicia de la ADC.

¹ Neil Tate y Torbjörn Vallinder (Eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, New York, 1995; Alec Stone Sweet, *Governing With Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, New York, 2000; Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003; Rachel Cichowski, “Courts, Rights, and Democratic Participation”, *Comparative Political Studies*, Vol. 39, 2006, pp. 22-49.

² Ran Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2004, “The Political Origins of the New Constitutionalism”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 11, No. 1, 2004, p. 71.

³ Roberto Gargarella, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes”, material de lectura para el Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política, 2010, pp. 11/14 (disponible en <http://www.mediafire.com/?90b2w8sm6rcr8sv>)

⁴ La literatura es muy vasta en esta materia. Entre otros, véanse Javier Couso, “Consolidación Democrática y Poder Judicial: Los Riesgos de la Judicialización de la Política”, en *Revista de Ciencia Política*, Año/Vol. XXIV, No. 002, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2004; “The Changing Role of Law and Courts in Latin America: From an Obstacle to Social Change to a Tool of Social Equity”, en (R. Gargarella, P. Domingo y T. Roux, Eds.) *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice For the Poor?*, Ashgate, Hampshire, 2006, p. 68; Víctor Abramovich, “La articulación de acciones legales y políticas en la demanda de derechos sociales”, en (Alicia Ely Yamin, Coord.) *Los*

En efecto, tanto la cantidad como el tipo de derechos incluidos en la Constitución impactan sobre la actividad judicial y su relación con la política pública.⁵ Es cierto que una distinción tajante entre derechos negativos⁶ y derechos positivos⁷ es conceptualmente controvertida⁸. Sin embargo -utilizando una simplificación a los fines ilustrativos- para el poder judicial no es lo mismo que la satisfacción de un derecho requiera una mera abstención del gobierno que ciertos cursos de acción específicos por parte de aquél.⁹ La distinción es especialmente relevante en punto al alcance y la forma en que los tribunales ejercen sus facultades de control. Diferentes violaciones constitucionales exigen diferentes formas de intervención judicial. Las mayores dificultades no aparecen cuando el gobierno es demandado por haber violado un derecho a través de una acción específica (cuyo remedio¹⁰ se encontraría en que el

Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina. Del Invento a la Herramienta, Plaza Valdéz, México, 2006; Christian Courtis, “Judicial Enforcement of Social Rights: Perspectives from Latin America”, en en (R. Gargarella, P. Domingo y T. Roux, Eds.), cit., p. 169, Rodrigo Uprimny Yepes, “La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos”, en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, No. 6, 2007; Catalina Smulovitz, “La política por otros medios. Judicialización y movilización legal en la Argentina”, en *Desarrollo Económico*, Vol. 48, No. 190/191, 2008; Rachel Sieder, Line Schjolden & Alan Angell (Eds.), *La Judicialización de la Política en América Latina*, Editorial Universidad Externado, Bogotá, 2008; Pilar Arcidiácono, Nicolás Espejo Yaksic y César Rodríguez Garavito, *Derechos Sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2010.

⁵ Gerald Rosenberg, *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?*, The University of Chicago Press, Chicago, 1991, pp. 10/13.

⁶ La definición tradicional de los derechos negativos los asocia a una concepción negativa de la libertad, como la no interferencia en el sentido de Isaiah Berlin, en “Two Concepts of Liberty”, *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, Oxford, 1969, pp. 122-131. Estos derechos crearían un área de libertad personal que el gobierno no podría violar, o especificarían ciertas acciones a las que las personas no podrían ser sometidas. Los derechos negativos se asocian usualmente a los derechos civiles y políticos, pero esta asociación no es exacta. No todos los derechos civiles y políticos son negativos. Sobre este punto, véase Cecile Fabre, *Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life*, Clarendon Press, Oxford, 2000, pp. 44/45.

⁷ La idea de derechos positivos no debe confundirse con la concepción positiva de la libertad sobre la cual advertía Berlin en el artículo citado en la nota anterior. Se caracterizarían por exigir no sólo la inacción del gobierno en ciertas áreas, sino que desarrolle ciertas tareas necesarias para la satisfacción del derecho.

⁸ En una línea argumental primero explorada por Henry Shue (*Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton University Press, Princeton, 1996, pp. 37/38), Stephen Holmes y Cass Sunstein han afirmado que “todos los derechos son positivos”, en el sentido de que“(n)ingún derecho es simplemente un derecho a no ser molestado por funcionarios públicos. Todos los derechos son demandas de respuestas positivas por parte del gobierno.” Stephen Holmes y Cass R. Sunstein, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, W. W. Norton & Company, New York/London, 1999, p. 35/44. Por otro lado, la distinción fue puesta en entredicho sobre la base de que toda decisión que exija el respeto de un derecho, cualquiera que éste sea, constituye un acto político. Ver Richard Bellamy, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 147.

⁹ Alan Gewirth, “Are All Rights Positive?”, *Philosophy and Public Affairs* Vol. 30, No. 3, 2002, p. 326.

¹⁰ En este trabajo se hace referencia al término “remedio” en sentido amplio, con el significado de toda medida, acción o programa que sea adoptado con el fin de poner fin a una violación de derechos. En el sistema jurídico argentino, tradicionalmente se entendió por remedio la acción procesal apropiada para reclamar ciertas intervenciones judiciales. Para un análisis claro y profundo de la cuestión, ver Alfredo Urteaga, “Remedios constitucionales”, en *Suplemento Jurisprudencia Argentina* del 30 de septiembre de 2009 (Lexis N° 0003/014691). Parece conveniente alejarse del sentido tradicional del término, capaz de arrojar más confusiones conceptuales que clarificaciones, para asignarle un sentido amplio que permita

gobierno se abstenga de continuar ejerciendo la acción lesiva), sino en los casos en que la acción se entabla por la omisión de planear o reformar una cierta política necesaria para el disfrute del derecho en juego.

Generalmente, esta última situación se da cuando están en juego derechos sociales.¹¹ Cuando la política económica del gobierno incumple la necesidad de satisfacer cierto mínimo de acceso a derechos sociales y el poder judicial es llamado a exigir la satisfacción de dichos derechos, éste jamás puede ser exitoso ordenándole al gobierno meramente que deje de ejecutar su política económica. En estos casos, para que el gobierno satisfaga los derechos será necesario que comience a llevar adelante una política en particular. De este modo, cuando en estas circunstancias el poder judicial es reclamado para exigir la satisfacción del derecho, es implícitamente requerido para que le ordene al gobierno que implemente una política nueva.

Desde cierta perspectiva esto parece problemático, pues las decisiones sobre política pública serían materia propia de los poderes representativos del estado.¹² Así, para Michael Walzer, “tan pronto como la lista de derechos se extiende más allá de las prohibiciones a la discriminación legal y a la represión política, invita a actividad judicial que es radicalmente intrusiva de lo que podemos denominar el espacio democrático.”¹³

Sin embargo, es preciso advertir que la tensión entre las facultades judiciales de control constitucional y la elaboración democrática de políticas públicas no es propiedad exclusiva de la discusión relativa a “constitucionalización” de los derechos sociales.¹⁴ Este especial escenario, en el cual el poder judicial es llamado a adoptar un rol menos pasivo y no deferencial en materia de políticas e instituciones públicas, se presenta toda vez que un caso es entablado bajo el argumento de que un derecho está siendo violado por ciertas condiciones generales o estructurales que no son adecuadamente atendidas

distinguir ciertas medidas (por ejemplo, las reparaciones propias del modelo de justicia bilateral tradicional) de otras (por ejemplo, medidas dialógicas como las que se describirán en el presente trabajo).

¹¹ Como advirtió Mark Tushnet, “el saber convencional concluye que las constituciones que incluyen derechos sociales exigibles son todavía más contra-democráticas que aquellas que solo contienen derechos y libertades civiles tradicionales”. En “Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review”, *Texas Law Review*, Vol. 82, 2003-2004, p. 1897. Traducción propia, como lo son las traducciones de todos los artículos o libros citados en idioma inglés.

¹² John Rawls, *Political Liberalism. Expanded Edition*, Columbia University Press, New York, 2005, pp. 214/215.

¹³ Michael Walzer, “Philosophy and Democracy”, en (Thomas Christiano, Ed.) *Philosophy and Democracy. An Antology*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 268.

¹⁴ Siri Gloppen, “Courts and Social Transformation: An Analytical Framework”, (Gargarella Et. Al.) citado en nota 4, p. 40. La necesidad de reforma de políticas públicas parece estar vinculada a la práctica previa del gobierno en materia de satisfacción de derechos. Solemos pensar que la satisfacción de los derechos sociales requiere la reforma de políticas porque históricamente dichos derechos fueron satisfechos en menor medida que los derechos civiles y políticos. Pero pensemos qué sucede cuando el derecho al voto no ha sido satisfecho por muchos años, como en períodos dictatoriales. En esos casos, para dar cumplimiento al derecho político por excelencia, el gobierno está en la obligación de hacer enormes esfuerzos dirigidos a la reforma de las políticas que se venían desarrollando en la materia. Esto es, de hecho, lo que sucede en Argentina respecto del derecho al voto de las personas privadas de libertad. Ver el caso “Mignone”, en CELS, *La lucha por el derecho. Litigio estratégico y derechos humanos*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2008, p. 114.

por el estado. En todos estos casos se presentan desafíos relacionados con la forma y el grado adecuado de la intervención judicial.

2. Aproximación conceptual a los casos de reforma estructural

Hay general acuerdo en ubicar en distintas decisiones de la Corte Suprema norteamericana los años '50 y '60, presidida por el juez Warren, el inicio de una nueva forma de intervención judicial dirigida a propiciar o lograr la reforma estructural. El caso unánimemente señalado como punto de inicio del litigio de reforma estructural es *Brown v. Board of Education*. El objeto de dicho caso era el ejercicio del derecho a la educación en condiciones de igualdad, y esencialmente a la igual protección de la ley, que venían siendo violados de manera masiva y sistemática a través de las políticas de segregación racial practicadas en el sistema educativo de los Estados Unidos. En una primera decisión, conocida como *Brown I*¹⁵ la Corte norteamericana declaró que el sistema segregacionista imperante era inconstitucional, es decir que toda la política de educación segregada por motivos raciales –que tiempo atrás había sido aprobada por la Corte Suprema¹⁶ - era, en general, violatoria de derechos y debía ser modificada. Un año después, en advertencia de las enormes dificultades que existirían para ejecutar dicha decisión, el tribunal emitió una nueva decisión –*Brown II*-,¹⁷ encargando a las autoridades locales la reforma de políticas necesaria para adaptarlas al mandato constitucional, y ordenando a los jueces locales la supervisión de dichas reformas, de manera de verificar que la sentencia se cumpliera lo más rápido posible. Estas decisiones dieron lugar a muchísimas causas judiciales e intervenciones de distintas autoridades -ejecutivas y legislativas- a lo largo de muchísimos años, incluso hasta la actualidad. En casos posteriores a *Brown*, la Corte de Warren se ocupó -con resultados dispares- de la reforma de prisiones e instituciones de salud mental, políticas de vivienda y de educación, entre otras materias.¹⁸

Consecuentemente, también provienen de la academia jurídica norteamericana los primeros intentos de lograr un marco conceptual que ayudara a comprender y mejorar la intervención judicial en estos casos. Fue Abraham Chayes quien primero advirtió que “estamos presenciando la emergencia de un nuevo modelo de litigio civil, y creo que nuestra concepción tradicional acerca del rol judicial y las asunciones sobre las cuales se basa proveen cada vez menos ayuda, de hecho proveyendo un marco equivocado para evaluar tanto la funcionalidad como la legitimidad de los roles del juez y los tribunales...”.¹⁹

Este nuevo modelo, que describía mejor lo que estaba sucediendo ante los tribunales federales de los Estados Unidos, fue denominado por Chayes como “litigio de derecho público”. Su principal característica era “que las demandas no se generan a partir de disputas entre partes privadas acerca de derechos privados. En su lugar, el objeto del

¹⁵ *Brown v. Board of Education*, 347 US 483, del 17 de mayo de 1954.

¹⁶ *Plessy vs. Ferguson*, 163 US 537 (1896). Esta sentencia establecía la doctrina conocida como “separados pero iguales”, según la cual el sistema de segregación racial no era inconstitucional.

¹⁷ *Brown v. Board of Education*, 349 US 294 (1955).

¹⁸ Charles F. Sabel y William H. Simon, “Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds”, en *Harvard Law Review*, Vol. 117, 2004, pp. 1029/52.

¹⁹ Chayes, Abraham, “*The Role of the Judge in Public Law Litigation*”, en *Harvard Law Review*, Vol. 89, No. 7, 1976, p. 1282.

litigio es la reivindicación de políticas constitucionales o legales”.²⁰ Para Chayes, “en casos de este tipo, la concepción fundamental del litigio como mecanismo para el arreglo de disputas privadas no resulta más. La discusión es acerca de si, y en qué medida, una política de gobierno puede ser llevada adelante.”²¹

El autor citado ya señalaba que las consecuencias de modificar el eje del litigio de una forma de resolver disputas entre dos partes claramente diferenciadas a discutir políticas y su adecuación a estándares de derecho público eran múltiples: “(l)as características distintivas del modelo de derecho público son muy distintas de las del modelo tradicional. La estructura de partes es expandida y amorfa, sujeta a cambios durante el curso del litigio. La relación adversarial tradicional está cubierta y combinada con procesos de negociación y mediación en todos los estadios. El juez es la figura principal en la organización y guía del caso, y se apoya no sólo en las partes y sus abogados, sino también en un amplio abanico de figuras extrañas al caso –*special masters*, expertos y demás personal de supervisión-. Más importante aun, el tribunal de juicio se ha erigido en el creador y administrador de formas complejas de continuos remedios, que tienen efectos amplios sobre personas que no han sido parte en el caso y que exigen el continuo involucramiento del juez en su administración e implementación. Desegregación de escuelas, discriminación en el empleo y casos de derechos de personas privadas de libertad vienen rápidamente a nuestra mente como avatares de esta nueva forma de litigio. Pero sería equivocado suponer que el nuevo modelo se limita a estas áreas...”²²

Ahora bien, la denominación de este tipo de casos como de litigio de derecho público parecía ser sobre-abarcadora, pues no en todo litigio sobre cuestiones de derecho público es posible advertir dicha multiplicidad de elementos. Owen Fiss corrigió la nomenclatura asignada por Chayes y escogió la más específica de litigio “de reforma estructural”.²³

Fiss también precisó el análisis conceptual efectuado por Chayes, y comprendió que “la dirigida a la reforma estructural (...) es un tipo de intervención judicial que se distingue por el carácter constitucional de los valores públicos en juego, y más aún por involucrar al poder judicial en una discusión con las burocracias estatales. El juez intenta dotar de sentido a nuestros valores constitucionales a través de la actuación de estas organizaciones.”²⁴ Chayes y Fiss describían y analizaban básicamente las mismas novedosas formas de intervención en los conflictos públicos que venían desarrollando los tribunales norteamericanos.

Dichas formas de intervención judicial eran criticadas por otro importante teórico del derecho, Lon Fuller. Éste las catalogó como “litigio policéntrico”,²⁵ basándose en que se trataba de casos que involucraban diversas y complejas relaciones entre distintos grupos

²⁰ Idem, p. 1284.

²¹ Id., p. 1295.

²² Id., p. 1284.

²³ Owen Fiss, “The Supreme Court, 1978 Term. Foreword: The Forms of Justice”, en *Harvard Law Review*, Vol. 93, No. 1, 1979.

²⁴ Idem, p. 2.

²⁵ Lon Fuller, “The Forms and Limits of Adjudication”, en *Harvard Law Review*, Vol. 94, 1978, p. 368.

de personas y agencias. Fuller sostenía que el carácter distintivo del trabajo judicial consiste en conferir “a las partes afectadas una forma de participación peculiar en la decisión, a través de la presentación de pruebas y argumentos para obtener una decisión en su favor.”²⁶ Lo que observaba Fuller era que en los conflictos “policéntricos”, “resulta sencillamente imposible acordar a cada parte afectada una participación significativa que le permita aportar pruebas y argumentos.”²⁷

Efectivamente, en los casos de reforma estructural, muchas de las señas características de los procesos judiciales “tradicionales” se ven desdibujadas. Esto se deriva del objeto de este tipo de casos, que a su vez es lo que les provee su especificidad.

3. Objeto y rasgos distintivos del litigio de reforma estructural

El objeto distintivo del litigio de reforma estructural es la eliminación o modificación de condiciones estructurales que dan lugar a una determinada situación de hecho – compleja, producto de distintas decisiones de múltiples agencias- que resulta violatoria de derechos.²⁸

Como señalara Fiss, “el foco de la reforma estructural no está en incidentes particulares o transacciones, sino en las condiciones de la vida social y el rol que las grandes organizaciones juegan en su determinación (...) el tema sobre el que gira el caso o el foco del proceso judicial es (...) una condición social que amenaza importantes valores constitucionales y la dinámica organizacional que crea y perpetúa esa condición”.²⁹

Las formas del litigio tradicional, bilateral, orientado a determinar hechos y decidir una reparación, son reemplazadas por otras. En primer lugar, es otra la estructura de partes del caso. Ya no tenemos una parte actora claramente determinada, sino colectivos de personas que sufren la violación de sus derechos por sufrir las mismas condiciones estructurales. Esto introduce un amplio número de dificultades procesales, principalmente en cuanto a cómo procesar acciones colectivas.

En cuanto a los demandados, como la violación de derechos es producto de un conjunto de condiciones estructurales, difícilmente pueda entablarse la demanda contra una única persona o agencia estatal. Fiss señala que “en el contexto estructural puede que haya malhechores individuales, el policía que golpea al ciudadano, el director que rechaza al niño negro de la escuela, el personal penitenciario que maltrata al recluso; sin embargo ellos no son el blanco de la demanda. El foco está en una condición social, no en incidencias de ilicitudes, y también en las dinámicas burocráticas que producen dicha condición (...) Los costos y cargas de la reforma son asumidos por la organización no porque haya obrado ilícitamente (...) sino porque la reforma es necesaria para remover una amenaza que la actuación de la organización instala a los valores constitucionales.”³⁰

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Idem*, p. 394/5.

²⁸ Usualmente se trata de derechos constitucionales, aunque podrían darse casos de reforma estructural dirigidos a la satisfacción de derechos adquiridos por fuente legal, u otra.

²⁹ Fiss, citado en nota 23, p. 18.

³⁰ *Idem*, p. 23.

De esta manera, la solución al conflicto se vuelve compleja. No es suficiente con identificar y reparar, a través de la vuelta a la situación anterior, una acción individual, grupal o estatal contraria al orden jurídico. Lo que resulta necesario es que el tribunal disponga ciertas medidas para que las condiciones sociales o institucionales existentes dejen de existir y sean sustituidas por otras acordes a los estándares constitucionales; cambiar la situación de hecho. En palabras de Chayes, “en lugar de una disputa orientada en retrospectiva a las consecuencias de un conjunto cerrado de eventos, el tribunal tiene una controversia sobre probabilidades futuras.”³¹ Para este autor, en estos casos la sentencia “busca ajustar el comportamiento futuro, no compensar por daños pasados (...) Provee un régimen de actividades complejo y continuo en vez de una acción simple o acto único de reparación. Finalmente, prolonga y profundiza, en lugar de terminar, el involucramiento del tribunal en la disputa.”³²

Efectivamente, el objeto del proceso judicial tiene singular impacto en el diseño y la ejecución de los remedios que el poder judicial debe ordenar para revertir la negación de derechos, y en el volumen de actividad que el tribunal adquiere a través de su responsabilidad en el caso. En sentido similar al señalado por Chayes, indica Fiss que “(l)a fase remedial en el litigio estructural (...) tiene un comienzo, posiblemente un punto medio, pero no un final, o casi no tiene final. Involucra una relación larga y continua entre el juez y la institución; no se relaciona con la ejecución de un remedio ya dado, sino con la provisión o el diseño del remedio en si (...) La tarea es remover la condición que amenaza los valores constitucionales.”³³ De esta manera, para Fiss, “la jurisdicción del tribunal dura hasta tanto persista la amenaza”.³⁴

El problema está en que una cosa es reconocer la existencia de derechos violados y otra es determinar qué pasos corresponde llevar adelante para revertir la situación. Lo que se busca no es terminar con un acto en particular, sino modificar ciertas condiciones a las que se llegó a través de prácticas sostenidas, posiblemente extendidas y arraigadas en distintas agencias estatales y no estatales, en muchos casos en distintas jurisdicciones y bajo distintas autoridades. Por estas razones, el desafío en la fase del diseño de remedios está en que, al contrario que en el modelo tradicional, las características del remedio necesario no se derivan lógicamente del acto ilícito objeto del proceso. El juez debe evaluar las potencialidades y posibles consecuencias de programas alternativos que podrían corregir la situación.³⁵ Así, “la reparación no es una compensación final, sino un esfuerzo por diseñar un programa que contenga consecuencias futuras de manera de ajustarse a la variedad de intereses involucrados.”³⁶

En estas circunstancias, “(e)l juez debe buscar el “mejor” remedio, pero como su decisión debe incorporar consideraciones tan amplias como la efectividad y la justicia, y como la amenaza y el valor constitucional que dan lugar a la intervención judicial nunca

³¹ Chayes, citado en nota 19, p. 1292.

³² Idem, p. 1298.

³³ Fiss, cit. en nota 23, pp. 27/28.

³⁴ Idem, p. 28.

³⁵ Chayes, cit. en nota 19, p. 1296.

³⁶ Idem.

pueden ser definidas con gran precisión, la elección particular del remedio nunca puede ser defendida con certidumbre. Debe permanecer siempre sujeta a revisión.”³⁷

Esto determina consecuencias novedosas en relación con el rol del juez, que en casos de reforma estructural debe abandonar la postura pasiva propia del modelo de litigio tradicional de resolución de conflictos. Esto se motiva en razones epistémicas y de legitimidad institucional: generalmente, dada la complejidad del caso y la de su posible solución, el juez carece de la información y el conocimiento necesarios para saber con seguridad qué solución es adecuada. La información veraz y precisa es imprescindible, tanto para el diseño del remedio como durante la etapa de su ejecución, pues es fundamental que las acciones se encaminen de manera ajustada a las reales necesidades existentes. En esto es fundamental que las partes reúnan la información necesaria, pero también lo es que el juez no se limite a decidir en función de la información que las partes le ofrecen, e intente corroborarla o ampliarla a través de la participación de otros actores de manera de comprender no sólo la situación fáctica existente, sino también qué es lo más conveniente para las personas afectadas y la vigencia del derecho en general.

Analistas del litigio de reforma estructural en los Estados Unidos han señalado que en muchos casos los remedios ordenados por los jueces son sobre-abarcadores y que no necesariamente se ajustan a proteger los intereses de los demandantes.³⁸ Esto puede deberse a la dificultad para establecer una relación clara entre el derecho violado y el remedio necesario, y parece ofrecer razones para que la fase remedial no quede ni en manos exclusivas de las partes ni únicamente en las del juez.³⁹

Por otro lado, tratándose de programas a desplegar, la legitimidad del juez para cumplir esta misión parece menguar, al menos de acuerdo con la visión tradicional que plasmó el modelo de justicia bilateral. El propio Chayes llega a la conclusión de que “todo el proceso comienza a verse como la descripción tradicional del acto de legislar: la atención es traída a un daño, existente o inminente, y la actividad de las partes y el juez se dirige a desarrollar medidas continuas con el objeto de remediarlo.”⁴⁰ Fiss también advierte aquí una dificultad: “La búsqueda de eficacia es manifiesta en todas las formas

³⁷ Fiss, cit. en nota 23, p. 49.

³⁸ Ross Sandler y David Schoenbrod, *Democracy by Decree: What Happens When Courts Run Government*, Yale University Press, New Haven, 2003, p. 101.

³⁹ Abraham Chayes rechazaba las perspectivas que reservan a las partes la conducción del litigio, pero también hacía hincapié sobre distintos instrumentos que permitían al juez decidir la cuestión remedial de forma colaborativa: “...muchos factores impiden dejar la organización del juicio exclusivamente en sus manos (las de las partes). Con la dilución de la estructura de partes, las cuestiones de hecho no se reducen a una confrontación entre dos adversarios, uno con una postura afirmativa y el otro con una postura negativa. El litigio suele ser extraordinariamente complejo y prolongado, con un continuo e intrincado juego entre cuestiones jurídicas y fácticas (...) Todos estos factores conducen al juez a un rol activo en el diseño, la organización y facilitación del litigio.” Dadas las dificultades de la fase remedial, agregó Chayes que los jueces “han recurrido crecientemente a ayuda externa –masters, amici curiae, peritos expertos, paneles de monitoreo, comisiones de asesoramiento- para informarse y evaluar las propuestas de remedio. Estas fuentes externas usualmente ejercen funciones de mediación y de decisión judicial entre las partes. Pueden ofrecer sus propias sugerencias remediales, ya sea a pedido del juez o no.” Chayes, citado en nota 19, p. 1298/1301.

⁴⁰ Chayes, cit., p. 1296.

de intervención judicial (...) pero en la reforma estructural adquiere una urgencia especial y provee a esta forma de litigio constitucional su especificidad. La búsqueda de la eficacia lleva al juez a intentar la extraordinaria tarea de reconstruir una burocracia estatal (...) y dicha ambición fuerza al juez a abandonar su posición de independencia e ingresar al mundo de la política.”⁴¹

En este punto vale detenerse para evaluar qué posibilidades de actuación tiene el tribunal. Hay dos visiones extremas que vale la pena esbozar, no tanto por su valor persuasivo ni por que sean defendidas mayoritariamente -de hecho, posiblemente se trate de posiciones actualmente marginales entre operadores judiciales, abogados o profesores de derecho- sino porque su estudio facilita el análisis conceptual de los problemas en juego y los principales interrogantes que los casos de reforma estructural plantean. Estas dos visiones extremas proponen, una, aplicar a situaciones de violación de derechos la doctrina de las “cuestiones políticas no justiciables”; la otra, un ilimitado activismo judicial.

La doctrina de las cuestiones políticas no justiciables sostiene, básicamente, que los tribunales no deben incursionar en la elaboración de políticas ni en ninguna cuestión cuya esencia sea política. La idea se basa en el principio de separación estricta de poderes, según el cual las cuestiones políticas deben ser decididas por los poderes elegidos por el voto popular. Como el pueblo es soberano y en democracia debe autogobernarse, y como los jueces carecen de legitimidad popular (y teniendo en cuenta la indeterminación de la constitución y el hecho de que cada juez tiene sus propios intereses subjetivos en juego), esta doctrina sostiene que la actitud correcta de los tribunales en toda cuestión política es la restricción. Así, de acuerdo con esta visión, los tribunales incurren en un activismo judicial inaceptable cuando “no se limitan a la decisión de conflictos jurídicos y se aventuran a crear políticas sociales, afectando en consecuencia a mucha más gente e intereses que si se limitaran a la resolución de disputas acotadas”.⁴²

Esta postura fue adoptada por muchos juristas norteamericanos en la época en que la Corte Suprema de Warren avanzaba en las nuevas formas de intervención judicial bajo análisis.⁴³ También dominó la escena jurídica británica entre la década de 1880 y la de 1960,⁴⁴ y ha sido la visión tradicional en la mayoría de los poderes judiciales latinoamericanos.⁴⁵ En muchos casos, el argumento sigue alimentando las respuestas que ofrecen los estados al contestar demandas que exigen reformas estructurales.

Por otro lado, desde una postura que puede denominarse como de activismo judicial ilimitado, hay quienes sostienen que al enfrentarse a casos en los que los derechos son

⁴¹ Fiss, cit., p. 46.

⁴² Kenneth M. Holland (Ed.), *Judicial Activism in Comparative Perspective*, MacMillan, Londres, 1991, p. 1.

⁴³ Cass Sunstein, *The Second Bill of Rights: FDR'S Unfinished Revolution and Why We Need It More than Ever*, Basic Books, Cambridge (MA), 2004, p. 57.

⁴⁴ Kate Malleson, *The New Judiciary*, Ashgate/Dartmouth, Londres, 1999, p. 8.

⁴⁵ Courtis, citado en nota 4, p. 174. Por poner un ejemplo reciente, véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia argentina en “Ramos, Marta Roxana y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/amparo”, del 12 de marzo de 2002.

violados por la omisión de diseñar o reformar políticas públicas, los tribunales no sólo deben intervenir e identificar la violación constitucional, sino también ordenarle al gobierno los remedios específicos a implementar, estableciendo el cómo y el cuándo de su implementación.⁴⁶

Ambas posiciones tienen virtudes y defectos argumentativos. Respecto de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, es importante tomar en cuenta que una cosa es que el juez “se aventure” en la elaboración de políticas y otra que tome intervención en protección de los derechos que la Constitución ha puesto bajo su jurisdicción. En esta línea se ha pronunciado la Corte Suprema argentina en el caso *Verbitsky*, cuando advirtió con extrema precisión y claridad que “a diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no judicial, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias.”⁴⁷ Agregó el máximo tribunal argentino que “(a)mbas materias se superponen parcialmente cuando una política es lesiva de derechos, por lo cual siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona (...) Desconocer esta premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad.”⁴⁸

En efecto, en los sistemas constitucionales, la protección y la interpretación de los derechos incorporados al texto constitucional ha sido acordada por la comunidad al poder judicial.⁴⁹ En democracias constitucionales con constituciones rígidas y facultades de control judicial de constitucionalidad, la “constitucionalización” de derechos significa precisamente exigibilidad judicial de esos derechos.⁵⁰ La idea que se despliega en sostén de esta concepción ha sido bien graficada por Ronald Dworkin, en el sentido de que los derechos funcionan como “cartas de triunfo sobre cualquier justificación que funcione para las decisiones políticas que fijan los objetivos de la sociedad.”⁵¹ La idea es que la protección de los derechos debe imperar contra toda decisión tomada por los poderes políticos de gobierno. Los derechos constitucionales son sacados de la discusión política al margen de cualquier justificación que apunte a limitarlos en

⁴⁶ Cecile Fabre, citado en nota 6, p. 148.

⁴⁷ CSJN, “Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”, Fallos: 328:1146, del 03 de mayo de 2005, considerando 27.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ No se ignora que desde ciertas perspectivas se ha señalado que la recepción constitucional de derechos no hace al derecho judicialmente exigible. Desde estas perspectivas, la “constitucionalización” de derechos debe ser tomada meramente como la inserción de principios, directivas o guías al trabajo del gobierno. Sin embargo, estas visiones son ya muy marginales. Véase Darrow y Alston, “Bills of Rights in Comparative Perspective”, en (Dalston, Ed.) *Promoting Human Rights Through Bills of Rights: Comparative Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 507.

⁵⁰ Frank Michelman, “The Constitution, Social Rights, and Reason: A Tribute to Etienne Mureinik”, *South African Journal on Human Rights*, Vol. 14, 1998, pp. 499-507; Gloppen, citada en nota 14, p. 40.

⁵¹ Ronald Dworkin, “Rights as Trumps”, en (Jeremy Waldron, Ed.) *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1984, p. 153.

beneficio de grupos mayoritarios,⁵² y esto es válido tanto cuando su satisfacción se realiza a través de la abstención del gobierno como cuando se logra sólo gracias a la reforma de políticas públicas.⁵³

Ahora bien, es cierto que todos los textos constitucionales ofrecen espacio para interpretaciones diversas, y plantearse por qué la interpretación final debe ser la que sostengan los tribunales es un interrogante legítimo.⁵⁴ Es posible preguntarse si el hecho de que todos los derechos constitucionales deban ser satisfechos nos compromete con la idea de que todas las decisiones interpretativas finales deban ser atribuidas al poder judicial.⁵⁵

Por otro lado, el activismo ilimitado ha recibido distintas críticas vinculadas con la ya apuntada carencia de legitimidad popular directa de los tribunales, y con su limitada capacidad epistémica para tomar las mejores decisiones.⁵⁶ En este sentido, suele ponerse de resalto que las decisiones relativas al diseño de política pública son de un carácter esencialmente distributivo, y que los tribunales difícilmente tengan conocimiento preciso acerca del presupuesto público y la disponibilidad de recursos. Por estas razones, un activismo judicial ilimitado podría resultar inefectivo, producir consecuencias no buscadas o favorecer desigualdades.⁵⁷

4. Las vías de solución que ofrece el litigio de reforma estructural

Las dificultades que se han expuesto en relación con cómo deben reaccionar los tribunales ante casos que ponen de relieve la necesidad de reformar políticas o

⁵² Rawls, citado en nota 12, pp. 214/5.

⁵³ Contra esta afirmación podría argumentarse que, en ocasiones, la “constitucionalización” de derechos ocurre no para asignarles protección judicial sino para incluirlos como aspiraciones o metas deseables, y así no judicialmente exigibles. Ver Tushnet, citado en nota 10, p. 1897. Sin embargo, cuando dichas formas especiales de “constitucionalización” tienen lugar, ello es explicitado en el texto constitucional, como sucede en los casos de las constituciones de Honduras o República Dominicana. Ver al respecto Curtis, citado en nota 4, p. 170.

⁵⁴ Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 10/15.

⁵⁵ Mark Tushnet, por ejemplo, sugiere que las disputas acerca del significado y alcance de las normas constitucionales deben ser resueltas a través de los procedimientos de debate y decisión democrática. En *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, Princeton, 1999, capítulos 7 y 8. La dificultad con esta posición es que no resuelve los casos en que constantes y claras violaciones constitucionales no son atendidas por las agencias representativas. La pregunta sería cuál es el sentido de incorporar derechos a la constitución si ninguna agencia estatal contara con atribuciones para intervenir en ausencia de una intervención de los poderes representativos. Frank Michelman, “The Constitution, Social Rights, and Liberal Political Justification”, en *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 1, No. 1, 2003, p. 29. De hecho, se ha señalado que la inacción generalizada de implementar las políticas adecuadas puede entenderse como una forma de opresión. Ver Bellamy, citado en nota 8, p. 58.

⁵⁶ Jeremy Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, en *Yale Law Journal*, Vol. 115, 2006.

⁵⁷ Sobre esto giraba la crítica de Lon Fuller al litigio de reforma estructural, que él denominaba policéntrico. En su visión “cuantos más centros de interacción haya, mayores probabilidades hay de que alguno de ellos se vea afectado por un cambio en las circunstancias, y si la situación es policéntrica, este cambio se comunicará, luego de un patrón complejo, a otros centros.” Lon Fuller, citado en nota 25, pp. 397/401.

instituciones públicas han dado lugar a formas novedosas de intervención, intervenciones creativas o “experimentales”⁵⁸ de los jueces.

El alejamiento del modelo de justicia bilateral tradicional exige la actualización de las formas procesales a la nueva realidad. Como señalara Owen Fiss, “la función de la intervención judicial es dar sentido a los valores públicos, no simplemente resolver disputas. La reforma estructural es fiel a esa función, y adapta la forma tradicional de la acción judicial a la cambiante realidad social: el dominio de nuestra vida social por organizaciones burocráticas.”⁵⁹

La academia jurídica ha venido resaltando estas nuevas formas de intervención judicial en distintas materias y en distintos países, caracterizadas por la búsqueda de dejar atrás posturas como la de las “cuestiones políticas no justiciables” pero sin incurrir en las dificultades marcadas por los críticos del activismo judicial ilimitado.

La vía que más se ha explorado en los Estados Unidos se acerca en buena medida a los procedimientos de resolución alternativa de conflictos. La idea es que la fase remedial incorpore instancias de discusión mediada entre todos los actores relevantes en el proceso, de manera que los remedios surjan del acuerdo y los compromisos públicos asumidos por las partes. Según Susan Sturm, destacada analista del litigio estructural, este procedimiento, al que denominó “modelo deliberativo para la toma de decisiones remediales”,⁶⁰ ofrece la posibilidad de arribar a soluciones dotadas de mayor legitimidad.⁶¹ En este esquema, luego de la determinación de las responsabilidades, el tribunal hospeda un proceso de mediación. Allí define las reglas del proceso e identifica a los interesados, ordena la presentación de planes y celebra audiencias públicas a los fines de determinar las chances de solucionar la situación de violación de derechos a través de la ejecución de distintas alternativas remediales.⁶²

De esta manera, el tribunal dirige y supervisa un proceso en dirección a solucionar la situación inconstitucional pero sin participar directamente en la toma de las decisiones de planificación de las políticas dirigidas a remediar la situación. La proliferación de este tipo de procesos en los Estados Unidos fue retratada por Marc Galanter como un fenómeno de “litigiociación”:⁶³ el uso del proceso judicial para movilizar negociaciones y acuerdos entre partes.

La contra que tiene este tipo de procedimiento para el diseño de los remedios, particularmente en el caso en que se busca el acuerdo entre partes, fue apuntada por Fiss: implicaría una abdicación por parte del poder judicial de realizar los valores

⁵⁸ Así las llama Paola Bergallo en “Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina”, en (SELA – Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política) *Derecho y Pobreza*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006.

⁵⁹ Fiss, citado en nota 23, p. 44.

⁶⁰ Susan Sturm, “A Normative Theory of Public Law Remedies”, en *Georgetown Law Review*, Vol 79, 1991, p. 1428.

⁶¹ *Idem*, p. 1390.

⁶² *Id.*, p. 1430/31.

⁶³ Marc Galanter, “Worlds of Deals: Using Negotiation to Teach About Legal Process”, en *Journal of Legal Education*, Vol. 34, 1984, p. 268 y ss.

constitucionales⁶⁴. La diferente situación en la que ambas partes se sientan a negociar ha sido vista por Fiss como un obstáculo insalvable de cara al respeto del principio de igualdad de armas que es esencial al proceso judicial.⁶⁵ Si bien reconociendo ciertas dificultades, sostuvo que la directa relación existente entre el sentido de las normas jurídicas y los remedios exige que la decisión remedial permanezca en la órbita del juez. Para Fiss, la delegación de esta decisión en otras personas o agentes “necesariamente crea el riesgo de que el remedio distorsione al derecho, lo que nos dejaría con algo menos que el verdadero sentido del valor constitucional.”⁶⁶ Desde ya, se trata de salvedades que corresponde acomodar de acuerdo con las necesidades de tutela judicial efectiva de los derechos.

Por otro lado, el proceso dialógico posiblemente sufre dificultades vinculadas a las diferentes expectativas que las partes y el juez pueden tener durante el proceso judicial. Mientras la mirada estratégica del litigante puede perseguir objetivos que vayan más allá del cumplimiento de ciertas medidas específicas, como la inclusión del tema objeto del juicio en la agenda pública, la movilización de grupos de la sociedad antes dispersos o la fijación de estándares que puedan ser útiles a distintas causas, judiciales y no judiciales, el juez difícilmente persiga la concreción de resultados distintos del cumplimiento de su decisión. La autoridad del tribunal es puesta en crisis cada vez que una de sus decisiones resulta incumplida, por lo que es esperable que la expectativa previa que exista respecto del posible cumplimiento de una u otra medida por parte de los demandados sea parte del cálculo judicial. De esta manera, en caso de desarrollarse un proceso dialógico, las contrastantes ambiciones de las partes y el juez a la hora del diseño del remedio pueden conspirar contra el acuerdo. También puede hacerlo la intransigencia de las partes, la excesiva complacencia del juez con las explicaciones de una de ellas o la falta de información adecuada y accesible a todos los interesados en la resolución del conflicto.

Como mínimo, por la exposición que dan a las discusiones en el marco del caso y por las declaraciones de derechos en términos de estándares mínimos que suelen contener, este tipo de procesos parecen permitir que los poderes con legitimación popular directa pongan nuevamente su atención en ciertos valores que ellos mismos decidieron privilegiar al momento del dictado de la Constitución.⁶⁷ Gracias a la ampliación de la

⁶⁴ Owen Fiss, “Against Settlement”, en *The Yale Law Journal*, Vol. 93, No. 6, 1984, p.1075. Hay traducción al castellano (“Contra el acuerdo extrajudicial”) en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 3, No. 1, 1998.

⁶⁵ *Idem*, p. 1076.

⁶⁶ Fiss, “... The Forms of Justice”, citado en nota 23, p. 53.

⁶⁷ Philip Pettit observa que un mecanismo especial debe existir como complemento de los procedimientos de la democracia electoral de manera que todo individuo pueda impugnar las políticas de gobierno que considere que afectan sus intereses (“Republican freedom and contestatory democratization”, en -I. Shapiro y C. Hacker-Cordón, Eds.- *Democracy's Value*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999). El autor considera que, aunque limite la democracia electoral, esto es necesario para que todas las personas (individualmente, y no sólo “el pueblo” como colectivo) mantengan control sobre el gobierno (*Idem*, p. 174). Pettit sostiene que en sistemas de democracia meramente electoral, los intereses de las personas y grupos más vulnerables no son tenidos en cuenta, y que sus mecanismos deben ser balanceados para que se preste atención a los grupos menos influyentes, poderosos o mayoritarios de la sociedad (*Idem*, p. 178). Su conclusión es que los individuos necesitan la existencia de un foro ante el cual presentar impugnaciones de las acciones de gobierno. A su juicio, “el candidato obvio es un

noción de “causa judicial” que consagran los casos de reforma estructural,⁶⁸ la sola posibilidad que tienen los individuos de impugnar políticas ante los tribunales ayuda a llevar los problemas de falta de satisfacción de derechos a la escena pública. El proceso judicial parece tener ciertas ventajas sobre el proceso político (o electoral) para recordar derechos olvidados en el debate público. Los poderes representativos tienden a olvidar tomar en cuenta ciertos intereses no decisivos en términos electorales. Por otro lado, al menos en Argentina, los mecanismos participativos no son suficientemente accesibles como para permitir que los individuos lleven asuntos específicos a la agenda pública. Esto puede afectar seriamente a minorías o grupos especiales como las personas privadas de libertad o sin techo.⁶⁹

Se ha dicho que el discurso de derechos y el robustecimiento de las facultades de control judicial restringen la democracia.⁷⁰ El análisis previo nos permite advertir que, por el contrario, pueden fortalecerla, aumentando el debate público y permitiendo la participación de distintos grupos de la sociedad.⁷¹ De esta manera, el poder judicial puede funcionar como alarma y como agente actualizador de discusiones y reformas de políticas necesarias para la adecuada protección de derechos.

5. Algunas experiencias relevantes en casos de reforma estructural

En distintos países del mundo es posible identificar un incipiente -pero creciente- número de casos en el que los tribunales tomaron intervención, no para resolver la disputa de acuerdo con su propio juicio a través de la imposición de medidas o programas específicos, sino para intentar impulsar las reformas a cargo de los poderes representativos, o para arribar a soluciones acordadas entre las partes y en las que aquellos poderes se reservan margen de decisión respecto de qué vías escoger para satisfacer los derechos. Generalmente, estos objetivos se persiguen a través de procedimientos que fomentan el diálogo entre las partes y otras personas o agencias con interés, expertos, etcétera, y suelen incluir audiencias públicas y permitir la participación de terceros ajenos al caso en calidad de amigos del tribunal.

procedimiento que permita a la gente, no vetar las decisiones públicas sobre la base de sus preferencias o intereses, pero sí ponerlas en entredicho e impulsar un control; en particular, impulsar un control al que todos puedan someterse como si fuera un tribunal de apelación: un foro en el que todos los intereses relevantes sean tenidos en cuenta en un pie de igualdad y las decisiones sean confirmadas sobre fundamentos imparciales.” (Idem, p. 179). Pettit sugiere que este rol puede ser cumplido por diferentes instituciones, como comisiones parlamentarias, tribunales administrativos o defensorías del pueblo (Idem, p. 181). Sin embargo, el foro neutral por excelencia para resolver impugnaciones contra políticas de gobierno es el poder judicial. Las agencias o comisiones que actúan bajo la órbita de los poderes ejecutivo o legislativo no parecen reunir suficientes condiciones de neutralidad. Aunque su creación haya sido bienintencionada, difícilmente gocen de suficiente autonomía, pues sufren supervisiones y limitaciones institucionales que no afectan al poder judicial. Como también señalara Pettit, la posibilidad de impugnar políticas requiere de “despolitización” (ver Pettit, “Depoliticizing Democracy”, *Ratio Juris*, Vol. 17, No. 1, 2004, pp. 62/63), y un poder judicial independiente es la mejor respuesta a dicha necesidad.

⁶⁸ Sobre la tradicional noción restringida de causa judicial y su necesaria superación, véase ADC, *La Corte y los Derechos 2005/2007*, Siglo XXI, Buenos Aires, capítulo II, pp. 101/109.

⁶⁹ Richard Bellamy, citado en nota 8, p. 237; Darrow y Dalston, citado en nota 51, pp. 487/488.

⁷⁰ Mary A. Glendon, *Rights Talk: the Impoverishment of Political Discourse*, The Free Press, New York, 1991.

⁷¹ Cichowski, citado en nota 1, pp. 51/54.

La vía dialógica ha sido explorada con resultados dispares en Sudáfrica, especialmente en casos relativos a la satisfacción de derechos económicos y sociales, a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de dicho país en el caso *Grootboom*⁷². En Colombia, la Corte Constitucional ha estado en la vanguardia de Latinoamérica en esta forma de encausar las soluciones a situaciones estructurales de violación de derechos, a las que denominó “estado de cosas inconstitucional”⁷³. También la Corte Suprema

⁷² *Government of Republic of South Africa v. Grootboom* 2000 (11) BCLR 1169 (CC). El caso tuvo inicio cuando un grupo de 900 personas que vivía en un asentamiento en circunstancias calamitosas, decidieron instalarse en un terreno desocupado de propiedad privada. Luego de un arduo proceso, la comunidad fue violentamente desalojada y sus viviendas fueron demolidas y quemadas. Encabezada por la Sra. Grootboom, la comunidad presentó una demanda para que se le proveyeran servicios sociales básicos, entre ellos de vivienda, nutrición y salud, hasta tanto obtuvieran una vivienda definitiva. El planteo se basó en el artículo 26 de la Constitución de Sudáfrica, que establece que “[t]oda persona tiene derecho a acceder a una vivienda adecuada. El Estado debe tomar medidas legislativas razonables y otras medidas, de acuerdo con sus recursos, para lograr la realización progresiva de este derecho. Nadie puede ser desalojado de su casa, o tener su casa demolida, sin una orden judicial, luego de haber considerado todas las circunstancias pertinentes. Ninguna legislación puede permitir desalojos arbitrarios”. La Corte Constitucional declaró que el gobierno había violado el derecho a la vivienda puesto que, pese a haber desarrollado programas de vivienda a largo plazo, éstos no hacían frente a las crisis y necesidades de vivienda a mediano y corto plazo, por lo que no resultaban razonables en razón de excluir de sus beneficios a un segmento importante de la sociedad. El interrogante se centró entonces en el remedio a aplicar, puesto que la necesidad de la comunidad era la necesidad de un extenso sector de la sociedad sudafricana. Como a partir de decisiones anteriores el gobierno ya había hecho a los demandantes una propuesta concreta para solucionar temporalmente la situación, que luego tomó la forma de un acuerdo entre partes, la Corte Constitucional no tuvo que diseñar un remedio concreto (pues el gobierno estaba obligado a cumplir el acuerdo), sino que se limitó a emitir una orden declarativa, manifestando que el derecho a la vivienda establecido en la Constitución obliga al Estado a diseñar e implementar de manera progresiva, en la medida que sus recursos se lo permitan, un programa amplio y coordinado de modo que se haga efectivo el derecho. Y agregó que ese programa debe incluir medidas razonables para proporcionar alivio a aquellas personas que no tengan acceso a la tierra, no tengan techo, y que vivan en condiciones intolerables o se encuentren en situaciones de crisis. La Corte rechazó la posibilidad de emitir órdenes más específicas. Como se ve, el remedio escogido por la Corte Constitucional de Sudáfrica ha sido bastante limitado, por lo que recibió críticas (Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, Princeton, 2008, pp. 231/237). Por otro lado, se sostiene que poco ha cambiado desde esa decisión en la realidad. Sin embargo, la sentencia constituyó un hito en la historia de los derechos sociales y económicos, y a pesar de la ausencia de un cambio radical para los sudafricanos que viven en asentamientos informales, *Grootboom* proporciona una herramienta poderosa para las comunidades involucradas en los procedimientos de desalojos, contribuyendo a la construcción de una creciente jurisprudencia en la materia. Así, cuando se intenta obtener una orden de desalojo contra personas sin hogar, es difícil lograrlo sin antes informar y acreditar ante los tribunales qué acciones se han llevado y/o planean llevar adelante para cumplir con los estándares fijados en *Grootboom*. Véanse Elisabeth Wickeri, “*Grootboom’s Legacy: Securing the Right to Access to Adequate Housing in South Africa?*”, Center for Human Rights and Global Justice Working Paper, Economic, Social and Cultural Rights Series, No. 5, 2004; Dennis Davis, “*Socioeconomic rights: Do they deliver the goods?*”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 6, 2008.

⁷³ El tribunal colombiano ha echado mano de la figura del estado de cosas inconstitucional en casos de reforma de prisiones, y tal vez la decisión más gravitante en este sentido ha sido la sentencia T025/04, relativa a la situación de la población desplazada interna como resultado del conflicto armado, que ascendía a más de tres millones de personas. En este último caso, la Corte Constitucional no ordenó medidas precisas a ser cumplidas por el Estado, sino que convocó a éste junto con los demandantes y organizaciones de la sociedad civil a consensuar programas que dieran remedio a la crisis humanitaria existente. Esta forma de intervención dirigida a permitir la participación y la búsqueda de soluciones dialogadas fue complementada por una intensa actividad de monitoreo de los avances. La Corte ha tenido abierto el proceso de ejecución de sentencia por varios años, período en el cual se sucedieron muchísimas

argentina se colocó en la avanzada de estas formas de intervención, principalmente a través de los emblemáticos casos “Verbitsky”⁷⁴ y “Mendoza”,⁷⁵ pero también en otros

decisiones de seguimiento de la ejecución y audiencias públicas dirigidas a discutir las políticas a implementar y su nivel de ejecución. Al respecto, ver César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, DeJusticia, Bogotá, 2010 (puede verse también, de los mismos autores, “Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia” en (P. Arcidiácono, N. Espejo Yaksic y C. Rodríguez Garavito, coords.) *Derechos sociales*, citado en nota 4, pp. 83/154.

⁷⁴ Citado en nota 49. En noviembre de 2001, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) presentó una demanda colectiva para defender los derechos de todas las personas detenidas en establecimientos penales y comisarías de la provincia de Buenos Aires. En su acción, el CELS solicitó que se declararan inconstitucionales las condiciones de encierro, se remediara la situación y se fijaran mecanismos que evitaran que ella se repitiera en el futuro. Para ello, requirió el establecimiento de una instancia de ejecución de sentencia en la que, a través de un mecanismo de diálogo entre los actores involucrados, se pudiera determinar el modo en que la administración pudiera hacer efectivo el cese de las condiciones oprobiosas de detención. Luego de que la acción fuera rechazada en las instancias inferiores a la Corte Suprema, ésta decidió celebrar audiencias públicas en las que buscó reunir la información necesaria para la solución del caso y animar a las partes a la búsqueda conjunta de remedios. La Corte aceptó la representación colectiva para solucionar algunos y no todos los hechos planteados en la acción judicial, entendiéndolo que si la Constitución reconoce la tutela colectiva de bienes como los enunciados en el segundo párrafo del artículo 43 mediante el amparo, con igual o mayor razón debe reconocer la tutela colectiva de un bien jurídico prioritario como la libertad personal, del que se ocupa el *hábeas corpus*. En su sentencia, hizo lugar –parcialmente– al planteo del CELS, señaló que la superpoblación carcelaria producía, por sí misma, la violación de las condiciones mínimas de detención y que el hacinamiento carcelario podría equivaler al sometimiento de los presos a tratos inhumanos y degradantes. También observó que las leyes provinciales en materia de excarcelación y ejecución de la pena eran la causa de la superpoblación carcelaria, y que no respetaban los estándares constitucionales e internacionales en la materia. La Corte ordenó a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y a los tribunales inferiores bonaerenses revisar las medidas de privación de libertad dispuestas y a realizar un seguimiento periódico de la situación carcelaria. Por otra parte, fijó pautas generales y estándares jurídicos a partir de los cuales la administración pública junto con las partes del caso debían elaborar la política general para arribar a soluciones concretas. Así, encomendó al Gobierno de la Provincia de Buenos Aires que organizara una mesa de diálogo, junto con el CELS y otras organizaciones de la sociedad civil que habían participado en el proceso en calidad de *amicus curiae*, para reunir propuestas y llegar a la elaboración de programas que ofrecieran soluciones concensuadas. El tribunal también exhortó a los poderes Ejecutivo y Legislativo de la provincia a adecuar su legislación en materia de prisión preventiva, de excarcelación y de ejecución penal a los estándares constitucionales e internacionales. Además, ordenó al Poder Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires que cada sesenta días le remitiera un informe de las medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas privadas de libertad. En cumplimiento de la sentencia, el Senado provincial convocó a una mesa de trabajo con el fin de modificar la legislación atinente a la cuestión carcelaria y, en marzo de 2006, la legislatura provincial sancionó la ley 13.449, que reformó el régimen de excarcelación del Código Procesal Penal bonaerense. Por su parte, el Ministerio de Justicia provincial convocó a la Mesa de Diálogo ordenada por la Corte Suprema, de la que participan el Ministerio de Seguridad provincial, la Secretaría de Derechos Humanos de la Provincia, la Procuración General, el CELS y otras organizaciones civiles. El funcionamiento de la Mesa de Diálogo no fue el esperado, y todavía no propició avances. Por otro lado, la exhortación a reformar la ley de ejecución penal nunca se cumplió, y en contra de lo que ordenó la Corte se sigue abusando de la prisión preventiva. Como consecuencia del fallo y a raíz de la reforma al régimen de excarcelación, en el año 2007 la cantidad de personas privadas de libertad en la provincia de Buenos Aires había disminuido en un 12%. Sin embargo, esta tendencia se revirtió a partir de principios del año 2008 y sigue en aumento. La situación actual es similar a la existente al momento del fallo de 2005, y en consecuencia el CELS formuló una nueva presentación ante el máximo tribunal denunciando su incumplimiento. A través de una resolución de su presidente, la Corte remitió dicho escrito a la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. Respecto de la intervención de la Corte en este caso, entre muchos otros, ver Leonardo Filippini,

de diferentes características como “Badaro”⁷⁶ y “Comunidad Toba del Chaco”,⁷⁷ por

“La ejecución del fallo Verbitsky: Una propuesta metodológica para su evaluación”, en (Leonardo Pitlevnik -Ed.) *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, tomo 3, Hammurabi, Buenos Aires, 2007; Christian Courtis, “El caso “Verbitsky”: ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?”, en (CELS) *Colapso del sistema carcelario*, Buenos Aires, 2005; Marcos Salt, “El derecho a condiciones carcelarias dignas: un nuevo modelo de control judicial - certezas y dudas a propósito de un fallo trascendente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, No. 12, Buenos Aires, 2005.

⁷⁵ CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)”, sentencia inicial del 20 de junio de 2006. En Julio de 2004, diecisiete personas afectadas por el grave daño ambiental ocasionado por la contaminación de la cuenca Matanza-Riachuelo presentaron un reclamo ante la Corte Suprema. Buscaban el cobro de resarcimientos por los daños y perjuicios derivados de la contaminación, y se dirigieron contra más de 40 empresas y los gobiernos de la Nación, la ciudad de Buenos Aires y la Provincia de Buenos Aires. Asimismo, solicitaron al tribunal que ordenara a los distintos estados que llevaran adelante políticas dirigidas a solucionar la crisis ambiental en la zona, deteniendo y recomponiendo el daño al medio ambiente. Las políticas reclamadas eran, entre otras, la creación de un fondo público destinado a reparar el daño colectivo y financiar acciones con esa finalidad, solicitar al Poder Ejecutivo la reanudación de los planes de gobierno en materia ambiental que se encontraban detenidos, y que se brindara inmediata asistencia de salud a la población ribereña. Pese a que los vecinos se presentaron ejerciendo derechos propios –y algunos en representación de sus hijos menores de edad-, efectuaron pedidos que apuntaban a beneficiar a toda la comunidad -habiendo solicitado, además de las indemnizaciones por afectaciones individuales, una en concepto de “daño moral colectivo para reparar la minoración en el goce que la comunidad obtenía del bien dañado”. En su primera decisión, la Corte aclaró que los daños y perjuicios individuales debían ser evaluados caso por caso por los tribunales inferiores, pero sí aceptó su competencia en relación con el planteo colectivo relativo al daño ambiental, considerándose competente para buscar soluciones que remediaran el daño producido a todos los vecinos en el medio ambiente que habitan. Especificó que el medio ambiente sano es un bien colectivo, de uso común e indivisible, y que su tutela no depende de los pedidos que efectúen las partes sino que está mandada por la ley 25.675 de Política Nacional Ambiental. La Corte aceptó que la presentación de los vecinos, formulada por medio de una demanda de daños y perjuicios, impulsara un procedimiento dirigido a buscar los remedios colectivos necesarios, e indicó que haría uso de las facultades que la Ley de Política Ambiental Nacional les confiere a los jueces para ordenar e instruir los procesos a fin de proteger el bienestar general en materia ambiental. En primer lugar, la Corte requirió a las empresas demandadas distintas informaciones vinculadas con los líquidos que arrojaban al río, indagando además si existían sistemas de tratamiento de sus residuos y si tenían seguros contratados. También requirió a los gobiernos demandados que presentaran un plan integrado para alcanzar los objetivos establecidos para paliar la crisis ambiental en la cuenca, les solicitó un estudio acerca del impacto ambiental que producen las empresas de la zona y les exigió la elaboración de programas de educación y de información pública ambiental. El “Plan integrado para el Saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo”, elaborado en conjunto por las tres jurisdicciones estatales demandadas, fue presentado tiempo después ante el tribunal. La Corte celebró cuatro audiencias públicas y como consecuencia de su intervención, el Congreso sancionó la Ley de Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo (ACUMAR) que creó tanto una autoridad jurisdiccional para regular las actividades que pudieran tener incidencia ambiental en la zona, como un Fondo de Compensación Ambiental destinado a proteger los derechos humanos y a prevenir, mitigar y recomponer los daños ambientales. Luego, los gobiernos de la Nación, de la ciudad de Buenos Aires y de la provincia de Buenos Aires firmaron un convenio marco para crear una mesa de coordinación de políticas de educación ambiental. En nuevas resoluciones, la Corte encargó el control del cumplimiento de su sentencia a un juzgado de Quilmes y creó un cuerpo de monitoreo integrado por el Defensor del Pueblo y distintas organizaciones de la sociedad civil. A su vez, responsabilizó a la Auditoría General de la Nación del control financiero del plan. Durante el proceso de ejecución, aún en curso, se hicieron nuevas audiencias públicas de seguimiento, y el máximo tribunal también llegó a intimar al cumplimiento de distintas órdenes con sanciones pecuniarias para los funcionarios incumplidores.

⁷⁶ CSJN, “Badaro, Adolfo Valentín c/ANSES s/ reajustes varios”, sentencia inicial del 8 de agosto de 2006. Se trató de un reclamo individual, pero por una problemática sufrida por un altísimo número de jubilados por una causa homogénea: el importante retraso y la no movilidad de los haberes jubilatorios.

mencionar algunos. Pese a que la línea jurisprudencial de la Corte en esta materia mostró algunos zigzageos,⁷⁸ estos precedentes muestran que hay vocación de avanzar en

En su primera intervención en el caso, la Corte había establecido que las jubilaciones debían guardar relación con los salarios de los trabajadores en actividad, y había exhortado al Congreso a que, en atención a la omisión legislativa verificada, en un plazo razonable implementara un régimen de movilidad de las jubilaciones que asegurara su actualización automática. De esta manera, por un lado reconoció la existencia de una postergación injusta generada por la falta de mecanismos de movilidad de jubilaciones y pensiones, y por el otro comprendió que para reparar el daño, quienes debían tomar medidas eran los poderes representativos del Estado. Casi un año después de la sentencia, el Congreso respondió con la sanción de una ley. Sin embargo, la legislación no cumplía exactamente con lo dispuesto por la Corte porque no establecía una movilidad automática que acompañe la evolución de los salarios. Disponía, en contraste, que dos veces por año debían hacerse actualizaciones, según un complejo cálculo que contempla los aumentos de los salarios y los incrementos de la recaudación del sistema previsional. En una segunda decisión, el 26 de noviembre de 2007, la Corte señaló que la ley sancionada no cumplía con los estándares que había fijado en su primera intervención, y formuló “una nueva exhortación” para que se sancione una norma de acuerdo con aquellos parámetros. Tiempo después, el Congreso Nacional sancionó una nueva ley, existiendo desacuerdos respecto de si cumple los estándares fijados por el máximo tribunal.

⁷⁷ CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento”, sentencia del 18 de septiembre de 2007. Una grave crisis sanitaria, económica y social que afectó a los pueblos originarios de la región sudeste del Departamento General Güemes y noroeste del Departamento Libertador General San Martín de la provincia de Chaco –en su mayoría pertenecientes a la etnia Toba–, generó 11 muertes por desnutrición y otras violaciones a sus derechos fundamentales. Dichos grupos de personas carecían de asistencia médica adecuada, vivían en condiciones paupérrimas y se veían afectados por agudos problemas de desnutrición. Ante dicha situación, el Defensor del Pueblo de la Nación inició ante la Corte una demanda contra el Estado nacional y la provincia de Chaco a fin de que asistieran a los integrantes de la comunidad Toba, ya que tanto niños como adultos y ancianos subsistían en condiciones extremas. El Defensor no sólo solicitó que se les garantizara una real y efectiva calidad de vida digna sino también que se lo hiciera de manera urgente, ya que desde su presentación original habían tenido lugar otras ocho muertes en la zona. La Corte consideró la gravedad y urgencia de los hechos denunciados y, sin perjuicio de lo que posteriormente pudiera decidir sobre su competencia, ordenó a los gobiernos demandados que suministraran agua potable y alimentos a los miembros de las comunidades afectadas, así como un medio de transporte y comunicación para cada uno de los puestos sanitarios de la región. El tribunal requirió, además, que el Estado Nacional y la provincia de Chaco informaran, entre otras cosas, sobre la ejecución de los programas de salud, de agua potable, de educación y de vivienda en dichas regiones, en el plazo de 30 días. Para ello convocó a una audiencia pública. La Corte señaló que le corresponde al Poder Judicial buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos y evitar que sean vulnerados, sobre todo cuando se trata del derecho a la vida y de la integridad física. Luego de dictar la sentencia, el tribunal realizó nuevas audiencias públicas para que los demandados informaran acerca de las medidas adoptadas para hacer frente a la situación de emergencia vivida por las comunidades aborígenes.

⁷⁸ Ver, por ejemplo, “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina”, sentencia del 2 de diciembre de 2008. Se trató de una acción de hábeas corpus colectiva presentada por la Fundación Sur, en la que se solicitaba que se declarara la inconstitucionalidad de los procedimientos “tutelares” a los que se somete a los niños y niñas menores de 16 años acusados de infringir la ley penal, y se reclamaba su liberación. Por entender que se trataba de un asunto de trascendencia e interés público, la Corte había convocado a una audiencia pública para discutirlo, pero luego la canceló sin explicar por qué. En su fallo, señaló que si bien existe una tensión entre el sistema impugnado y la Constitución, no corresponde a los jueces la creación de un régimen que sustituya el actual. Por este motivo, eludió pronunciarse acerca de la constitucionalidad de la ley, sugiriendo, además, que la liberación de los niños colocaría a éstos en una situación peor de la que enfrentaban en los internados. De todas maneras, la Corte exhortó a los poderes estatales a adaptar la legislación e implementar políticas que se adecuen a la Constitución y los tratados internacionales en la materia. Es curioso que no haya liderado una deliberación pública amplia y seria, con todos los actores involucrados, dirigida a dilucidar sobre cómo conseguirlas, como ha hecho por ejemplo en *Verbitsky* o *Mendoza*. Entre otros, puede verse al respecto Juan F. González Bertomeu, “El

la consolidación de estas nuevas formas de intervención. En “Halabi”,⁷⁹ el máximo tribunal del país fijó las bases para una futura regulación de las acciones colectivas y ofreció distintas pautas para la intervención de los tribunales cuando los derechos resultan violados por condiciones estructurales. Finalmente, en Argentina pueden destacarse múltiples intervenciones de distintas autoridades de diversas jurisdicciones en protección de derechos sociales como la vivienda, la salud y la educación.⁸⁰

De esta manera, es posible observar que el poder judicial argentino acepta las nuevas formas de intervención propias del litigio de reforma estructural. Sin embargo, posiblemente porque el desarrollo de estos casos es todavía incipiente -y aun teniendo en cuenta que el poder simbólico de gran parte de estas decisiones puede ser muy importante para favorecer nuevas percepciones y actitudes respecto del valor de los derechos y el rol judicial⁸¹-, muchos son los desafíos y los interrogantes a resolver para consolidar y mejorar las prácticas bajo análisis y evitar que el mayor o menor grado de intervención judicial responda a las valoraciones personales de cada juez. Sólo sistematizando, estandarizando y regulando estas formas de intervención judicial se fortalecerá consistentemente la protección judicial de los derechos.

6. Conclusiones e interrogantes finales

El litigio de reforma estructural modifica las propias estructuras del modelo de justicia tradicional de tipo bilateral. Esquemáticamente visto, en éste la intervención judicial es acotada, limitada a dar la razón a una de las partes contendientes sobre hechos

Diálogo de la Liberación. La Corte y el Caso “García Méndez”, en Leonardo Pitlevnik (ed.), *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Tomo 7, Hammurabi, Buenos Aires, 2009; Ezequiel Crivelli, “¿Un pronunciamiento a la altura de los tiempos? Nota al fallo “García Méndez, E., Musa, L. C.” de la CSJN, en *elDial.Express*, publicado el viernes 19 de diciembre de 2008, Año XI, Número 2682.

⁷⁹ CSJN, “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 24 de febrero de 2009. En este caso se discutían una ley y un decreto que, con el objetivo de “combatir la delincuencia”, autorizaban la intervención de teléfonos e Internet sin determinar en qué casos ni con qué justificativos. La jueza que intervino declaró su inconstitucionalidad por violar el derecho a la intimidad. La Cámara de Apelaciones confirmó el fallo pero otorgándole efectos generales, es decir para todos los usuarios de los servicios de comunicaciones aunque no hubieran participado en el juicio. Luego de realizar una audiencia pública, la Corte confirmó la declaración de inconstitucionalidad con efectos colectivos, porque entendió que la ley y el decreto violaban los derechos de todos los usuarios de teléfonos e Internet, no sólo los del demandante. Acertadamente, la Corte llamó la atención sobre el incumplimiento del Congreso en la regulación de las acciones colectivas, e instó a que ponga fin a esta prolongada omisión constitucional. Además, especificó que para que una sentencia pueda tener efectos colectivos se debe permitir la participación de todas las personas que pudieran tener interés en el resultado del litigio, para darles la posibilidad de elegir que la sentencia las afecte o no. De otro modo, el fallo podría cambiar la situación de personas que carecieron de la posibilidad de presentar sus puntos de vista en el juicio. Por esto, exigió que la regulación obligue a dar publicidad de los casos y de la posibilidad de participar. Además, entre otras cosas, dijo la Corte que se debe identificar a los miembros del grupo afectado por la misma violación de derechos y verificar la idoneidad del demandante para representar a todos sus integrantes.

⁸⁰ La lista de casos podría ocupar un artículo entero. Para mencionar sólo algunas reseñas de distintos casos de gran relevancia, véanse CELS, *La lucha por el derecho*, citado en nota 14, Bergallo, citado en nota 59, Víctor Abramovich, “El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales”, en (Víctor Abramovich y Laura Pautassi, Comps.) *La Revisión Judicial de las Políticas Sociales. Estudio de Casos*, Del Puerto, Buenos Aires, 2009, así como demás artículos de dicho libro.

⁸¹ En este sentido, véase Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, citado en nota 73.

delimitados –en gran medida por las propias partes- a través del intercambio argumental y la producción de prueba. Al asignar responsabilidad a una parte, el tribunal especifica también la medida que ella debe llevar a cabo para retrotraer la situación al punto anterior al conflicto o reparar los daños ocasionados. De alguna manera, el tribunal se abstrae de contextos, estructuras y sistemas. El escenario en el cual el conflicto tuvo origen, sus causas, defectos y virtudes, los roles de grupos de personas, agencias y situaciones ajenas a partes y hechos del caso son analizados y discutidos en otro ámbito: la política.

Cuando los derechos resultan violados por falta, error o ineficacia de políticas públicas, se produce un fenómeno con el que el sistema judicial no está acostumbrado a lidiar. Se exige incorporar al trabajo judicial un abordaje sistémico y no únicamente individual. Vastos grupos sociales sufren iguales afectaciones, no hay una clara y precisa asignación de responsabilidad a la vista y el problema difícilmente se resuelva a través de una acción o conjunto de acciones a cargo de una única persona o agencia. En muchos casos, ni siquiera es imaginable que exista *una* forma de remediar la situación. Aun con los hechos claramente determinados, la incertidumbre respecto de qué corresponde hacer impregna y afecta el proceso, la propia intervención judicial e incluso la actuación de las partes. En este escenario, el objeto fundamental del proceso judicial no es ya –o no únicamente- una asignación de responsabilidad por hechos sucedidos, sino lograr que alguna autoridad o agencia se haga responsable de lo que suceda en el futuro.

Las transformaciones en las formas de intervención, en el propio rol de los tribunales de justicia, e incluso en la percepción que los miembros de la sociedad desarrollan acerca del lugar del poder judicial en el sistema institucional, serán necesariamente paulatinas. En este proceso complejo, las dudas, errores, marchas y contramarchas estarán continuamente presentes. En el durante, será importante observar y pensar críticamente los caminos recorridos de manera de ir haciendo los ajustes que luzcan apropiados para una mejor protección de los derechos.

Por empezar, la apertura a nuevas formas de intervención judicial auspiciada por la Corte Suprema argentina debe verse reflejada en nuevas regulaciones procesales⁸² que acomoden la regulación a las necesidades de tutela judicial efectiva y amplíen, así, los límites de las causas judiciales.⁸³ Algunas voces desde el poder judicial señalan que la acción de amparo colectivo no es suficientemente idónea para encaminar acciones de reforma estructural, en razón de las limitaciones que dicha acción padece en materia de

⁸² Respecto de la regulación de las acciones colectivas, ver Gustavo Maurino, Ezequiel Nino y Martín Sigal, *Las acciones colectivas. Análisis conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial y comparado*, Buenos Aires, Lexis Nexos, 2005; Christian Courtis, “Tutela judicial efectiva y afectaciones colectivas de derechos humanos”, en JA 2006-II-1215; Gustavo Maurino y Martín Sigal, “Halabi: la consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva”, en Lexis online N° 0003/014394; Francisco Verbic, *Procesos colectivos*, Buenos Aires, Astrea, 2007; Eduardo Oteiza (Coord.), *Procesos colectivos*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2006.

⁸³ Para una propuesta interesante, Martín Sigal, “Control judicial del cumplimiento de la Constitución y la Ley”, trabajo no publicado, presentado en el Seminario “Una Constitución para el Nuevo Siglo”, desarrollado en la Facultad de Derecho-UBA en mayo de 2010.

discusión y producción de prueba.⁸⁴ Si bien existen acciones que permiten la protección de derechos colectivos específicos, como el derecho al medio ambiente sano⁸⁵ y los de los consumidores,⁸⁶ es necesario que una legislación comprehensiva facilite el ejercicio de estas acciones y resuelva ciertos interrogantes. Por supuesto, todos los puntos a regular legislativamente deben ser resueltos por los jueces en tanto dicha regulación no se haga realidad. En consideración de esto, y sin ninguna pretensión de exhaustividad, algunos de los temas a observar y pensar en adelante –algunos generales, otros específicos- son los que siguen:

a) ¿Cuál es el rol de los tribunales de justicia ante violaciones estructurales de derechos? Esta pregunta comprende a todas las instancias judiciales, pues seguramente el rol difiera tratándose de una u otra.

b) La intervención en casos de reforma estructural exige de los tribunales de justicia esfuerzos mayúsculos, correlativos a la complejidad, extensión, “multi-agencialidad” y continuidad de los problemas que los casos enfrentan. ¿Exige esta nueva forma de intervención re-pensar las políticas judiciales? Nuevas definiciones en términos de agenda, establecimiento de prioridades y asignación de recursos parecen llamadas a tener un lugar privilegiado en las discusiones con otros poderes y al interior del departamento judicial.

c) Teniendo en cuenta la directa relación existente entre la autoridad institucional de los tribunales de justicia y el cumplimiento de sus sentencias, ¿deben los tribunales tener en cuenta las posibles reacciones de las instituciones demandadas en la instancia del diseño de los remedios a ordenar?

d) Teniendo en cuenta que los efectos de las decisiones judiciales en casos de reforma estructural son generales, ¿qué responsabilidades adicionales recaen sobre las partes del caso?

e) Como se ha dicho, el procedimiento adecuado para que el juez reúna todos los elementos necesarios para la toma de decisiones en materia remedial también merece ser pensado, esquematizado, posiblemente estandarizado, de manera de facilitar las decisiones judiciales respecto de los objetivos a perseguir, los respectivos papeles a desempeñar por el tribunal, las partes, la sociedad civil y otros agentes con conocimientos relevantes. Resulta necesario a su vez decidir qué efectos deben tener las sentencias respecto de personas que no participaron en el proceso judicial, o buscar vías para evitar la afectación de sus derechos. Habrán de regularse también las relaciones entre el grupo afectado y su representante en el litigio, así como los criterios para evaluar la homogeneidad de los intereses de los miembros del grupo y la adecuada representación grupal, evitándose abusos y asegurándose la defensa técnica efectiva. A su vez, los procedimientos a llevar adelante deben asegurar la recepción –y, en su ausencia, la producción- de la información necesaria para la toma de la decisión –

⁸⁴ Ver Asociación por los Derechos Civiles, *Litigio y Reforma Educativa. Jornada de Debate*, Buenos Aires, 2009, exposición de Guillermo Treacy, p. 31.

⁸⁵ Ley 25.675, artículos 30/33.

⁸⁶ Ley N° 24.240, capítulo XIII.

situación y necesidades existentes para solucionar la situación inconstitucional, escenarios alternativos respecto de la posible efectividad de los remedios, posición de las autoridades encargadas de hacerlo cumplir, disponibilidad de recursos, etcétera-. En Argentina, esta es una deuda pendiente del poder legislativo. ¿Pero cómo debe responder el poder judicial en ausencia de dichas regulaciones? ¿En caso de tomar decisiones *ad hoc* para cada caso, deben dichas decisiones ser tomadas exclusivamente por el tribunal o con el acuerdo de las partes? ¿Qué debe hacer el tribunal si no logra el acuerdo de las partes en estos puntos?

f) Respecto de la legitimación procesal, parece necesaria su ampliación a aquellas personas que, aunque no se vean afectadas, puedan ser relevantes para la dilucidación del objeto del caso, sea bajo la forma de una parte con capacidad de impulso o en otras condiciones. ¿Qué condiciones deberían cumplirse para habilitar la participación de personas u organizaciones en casos de estas características? ¿Y qué voces debería incorporar el tribunal de justicia de manera de favorecer la posibilidad de tomar decisiones suficientemente informadas?

g) En caso de que el tribunal adopte inicialmente posturas deferenciales, como la mera declaración de que un derecho está siendo violado o la exhortación en términos generales a llevar adelante acciones que remedien la situación, ¿cómo debe reaccionar el tribunal ante la falta de respuesta o inacción prolongada en el tiempo?

h) ¿Es necesariamente cierto que, como sostenía Fiss, el compromiso del tribunal con la búsqueda de un remedio adecuado y eficaz melle su imparcialidad para resolver las incidencias que se puedan suscitar entre las partes del caso?

i) ¿Cómo corresponde evaluar la probable retracción del estándar jurídico sobre los alcances del derecho en juego resultante de un acuerdo entre partes? Es necesario tener en cuenta que, por otro lado, dicho acuerdo puede ofrecer mejoras para la situación de negación de derechos existente. ¿Es una abdicación inaceptable de la responsabilidad judicial que el tribunal inste la negociación y el acuerdo entre partes, o se trata de la mejor vía para avanzar en la mejora progresiva de la situación? ¿Deben los acuerdos entre partes acaso limitarse a la forma de ejecución de las decisiones judiciales?

j) En caso de que el tribunal opte por promover el diálogo y la solución remedial acordada, ¿dichas discusiones deben ser públicas o cerradas? ¿Cuál es el rol del tribunal en estas instancias? ¿Debe únicamente verificar que no se den supuestos de abuso o también que los acuerdos respeten cierto piso mínimo? ¿Cuánta presencia debe tener en la supervisión de que la instancia de diálogo se cumpla de manera razonable? ¿Debe delegar dicha tarea en otras autoridades? ¿Qué debe hacer ante la renuencia de alguna de las partes a dialogar con las restantes en forma abierta y razonable?

k) En muchos casos, las violaciones a derechos se producen no tanto por falta de voluntad, o de recursos, sino por falta de coordinación entre distintas agencias estatales. ¿Es correcto/factible que el poder judicial se encargue de facilitar la coordinación del trabajo de órganos de otros poderes estatales? En su caso, ¿a través de que herramientas o mecanismos podría intentarlo?

l) En caso de prolongados o reiterados incumplimientos por parte de las autoridades públicas obligadas (ya sea a través de acuerdos inter-partes o de sentencias judiciales), ¿a qué vías puede recurrir el tribunal para lograr el cumplimiento? ¿Deben primar las medidas “políticas” –como la renegociación- u otras más “agresivas” –como la imposición de sanciones económicas-? ¿Es correcto que el poder simbólico de la sentencia y la colocación del tema en la agenda pública se tengan por solución suficiente? En estos supuestos, ¿deben los esfuerzos de los demandantes re-dirigirse a actividades de incidencia, movilización y cabildeo ante los poderes representativos, o complementarse con la continuidad del reclamo por vía judicial (por ejemplo, para asegurar en otros casos individuales el respeto de los estándares mínimos que se derivan de la sentencia declarativa incumplida, como sucedió en el caso *Grootboom*)?

ll) En cuanto a la ejecución del remedio de reforma estructural, las regulaciones podrán ampliar los mecanismos y herramientas que permitan llevar adelante la supervisión. Esto permitirá una mejor comprensión del rol judicial en esta fase, e incluso clarificará qué debe suceder en los casos en que la situación fáctica generadora del caso empeore luego de haberse verificado inicialmente una evolución, y cómo distinguir un caso antiguo de uno nuevo sobre igual objeto. Esto es importante para guiar no sólo la tarea judicial, sino también el comportamiento de los litigantes. A su vez, de gran importancia será pensar los procedimientos dirigidos a medir y controlar el cumplimiento de las decisiones y otras consecuencias políticas o sociales que dichas decisiones puedan disparar.

m) En nuestro país, en los casos con sentencias complejas el juez tiene la facultad de crear “paneles de monitoreo”, estableciendo cuáles serán sus funciones durante la etapa de la ejecución. Sin embargo, sus características, funciones y facultades no están enunciadas en la ley. En general, estos paneles tienen entre sus integrantes a las partes involucradas en el litigio (o a sus representantes), y de hecho lo usual en la etapa de la ejecución es el impulso y monitoreo de la parte actora. En el sistema norteamericano existe la figura del *special master* (auxiliar judicial). De acuerdo con el Código Federal de Procedimiento Civil de Estados Unidos, en casos en que la fase remedial de la acción sea compleja, el juez de la causa puede designar un *special master*,⁸⁷ que tiene facultades cuasi-judiciales: convocar y regular audiencias, pronunciarse sobre la admisibilidad de pruebas, citar y tomar juramento a testigos, declarar en desacato o desobediencia a aquéllos testigos que no cooperen,⁸⁸ etcétera. Las responsabilidades del *special master* normalmente culminan en la redacción de un informe que incluye conclusiones sobre los hechos y que, en las acciones que no son resueltas por jurados, resultan vinculantes.⁸⁹ En el sistema jurídico argentino será de importancia analizar la posibilidad de incorporar y hacer uso de instrumentos semejantes.

⁸⁷ *Federal Rules of Civil Procedure* [FRCP, por sus siglas en inglés – Código Federal de Procedimiento Civil], artículo 53.

⁸⁸ *Idem*, artículo 53, inc. c y d.

⁸⁹ *Idem*, artículo 53, inc. e.