

LOS CONFLICTOS DE INTERÉS PÚBLICO

Roberto Omar Berizonce (*)

Sumario: **I. La constitucionalización de las garantías y la misión de la jurisprudencia como receptora de los principios de las convenciones y tratados sobre derechos humanos.** 1. *El bill of rights sustantivo.* 2. *Las garantías fundamentales del proceso civil.* 3. *Las tutelas procesales diferenciadas.* 4. *Proyecciones.* **II. Los conflictos de interés público.** 1. *Características típicas.* 2. *El tratamiento de los conflictos de interés público en la CSN y otros tribunales argentinos.* 3. *Los litigios de interés público en la experiencia colombiana.* **III. El fenómeno de la judicialización de los conflictos y la participación de los jueces en las políticas públicas.** 1. *Una visión comparativa y sociológica.* 2. *Las vicisitudes de la ejecución de la sentencia en un caso emblemático de la CSN.* **IV. Las ventajas y desafíos que plantea el creciente activismo judicial en los conflictos de interés público.**

I. La constitucionalización de las garantías y la misión de la jurisprudencia como receptora de los principios de las convenciones y tratados sobre derechos humanos.

La influencia de los principios fundamentales que conforman el denominado genéricamente *derecho internacional de los derechos humanos*, el *bill of rights* universalmente reconocido en las convenciones y tratados internacionales –principalmente la CEDH replicada en la CADH-, repercutió con singular intensidad en los diversos ordenamientos latinoamericanos. Los Estados adherentes, que lo son la inmensa mayoría, asumieron compromisos internacionales a cuyo cumplimiento se obligan los distintos poderes estatales y, entre ellos, muy especialmente, la rama judicial¹. De

(*) Profesor Emérito de la UNLP, La Plata, Argentina. Presidente Honorario del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

¹ Así, en Argentina: CSN, Fallos, 329:549, 553 y 2759. En sentido similar: CC de Colombia: entre otras, sentencia T 025, 2004, donde se hizo especial aplicación de la normativa de las Naciones Unidas sobre Desplazamiento Forzado Interno de Personas.

ahí el creciente protagonismo de los jueces en la afirmación del *sistema de garantías* que, además y paralelamente, fue constitucionalizado en diversos países. A partir de las dos últimas décadas del siglo XX la mayoría de los países latinoamericanos, aunque tardíamente, ingresa en lo que se ha considerado la “fase madura” de uno de los fenómenos más importantes que ha sellado la evolución de la justicia en general, la “constitucionalización de las garantías” o, si se prefiere, la “procesalización del derecho constitucional”². No ha sido casual que como consecuencia del creciente proceso de democratización y retorno a la institucionalidad democrática que en la región opera por ese entonces, se hayan dictado las nuevas o reformadas Constituciones de Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), México (1994 y ulteriores) y Venezuela (1999), entre otras. Paralelamente, se tornan operativos los pactos y convenciones americanas sobre derechos humanos, particularmente la CADH de 1969, a los que en general se adjudica jerarquía constitucional en los propios Estados, sea de modo expreso (Colombia, art. 93 CP; Brasil, art. 5° § 3 incorporado por EC 45/04; Argentina, art. 75 inc. 23, CN; Venezuela, art. 23; Paraguay art. 141), o tácito.

La CADH, siguiendo el modelo de la CEDH, consagra un “núcleo duro” o “esencial” de principios para gobernar la administración de justicia civil, que vincula y obliga a todos los Estados miembros, y que resultan atinentes a la *condición del juez*, como imparcial e independiente; a las *partes*, a quienes se les ha de asegurar un acceso irrestricto a la jurisdicción y el derecho de defensa; y al *procedimiento*, el “*fair trial*” o debido proceso que ha de ser simple, claro y rápido, para ser oído “con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable”, lo que conlleva el dictado de un pronunciamiento debidamente fundado y justo. Se trata de las “garantías judiciales” que se derivan del art. 8° y que se integran con el derecho a “un recurso sencillo y rápido” o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces

² BEJARANO GUZMÁN R., *La procesalización del derecho constitucional en Colombia en La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho, E. Ferrer Mac-Gregor y A.Z. Lelo de Larrea (coord.), UNAM, México, 2008, v. VI, p. 173.

que brinde amparo contra actos que violen los derechos fundamentales (art. 25). Las propias Constituciones, además, reconocen como garantía fundamental el derecho a la *tutela judicial efectiva*, bajo distintos enunciados (“eficaz prestación de los servicios de justicia” –CN Arg., art. 114, tercer párrafo, inc. 6 *in fine*; “derecho a la tutela jurisdiccional”, CP Per., art. 139 inc. 3; art. 5º, incisos XXXVII, LIII, LIV, LV, LVI, C.Br)³.

Ahora bien, el principal instrumento de tutela de los derechos fundamentales está dado por las instituciones, procedimientos y técnicas procesales y organizacionales, y en particular por las acciones y remedios constitucionales, que genéricamente componen los denominados *procesos constitucionales*.

En realidad, el fenómeno de la “globalización” del sistema de derechos y de enjuiciamiento, que tiene su base en el derecho internacional de los derechos humanos y los sistemas de protección transnacionales, constituye una de las múltiples causas concurrentes (juntamente, entre otras, con la explosión de nuevas conflictividades, el mayor acceso a la justicia y el más acentuado protagonismo de la sociedad y sus entidades representativas en el proceso judicial, revalorizado como instancia privilegiada para el ejercicio de la democracia “deliberativa”, etc.), que han generado, al menos tres fenómenos paralelos, complejos y recíprocamente influidos: la creciente *judicialización* de los conflictos, el *activismo judicial* y la, cuanto menos tangencial, participación de los jueces en el diseño de las *políticas públicas*.

1. El bill of rights sustantivo

En ese escenario, la jurisprudencia acoge, desarrolla y aplica los principios de las convenciones y tratados, tanto respecto de los derechos y situaciones sustantivas –*bill of rights* sustantivo–, cuanto a las garantías fundamentales del proceso civil. En punto a lo primero, se destaca la tutela

³ OTEIZA E., *Disfuncionalidad del modelo de proceso civil en América Latina en III Congreso Internacional de Derecho Procesal. Garantismo y crisis de la Justicia*, Cartagena de Indias, 2-4 set. 2009.

preferente que habitualmente se concede a los derechos que integran el “núcleo duro”: derecho a la vida, a la salud, al medio ambiente sano, personalísimos, a la dignidad, a la educación, a la vivienda y a las condiciones dignas de vida y, en general, a los denominados derechos económicos, sociales y culturales (DESC)⁴; como también, a las situaciones objetivas que comprenden a determinadas categorías de personas – menores⁵, incapaces⁶, ancianos, mujeres, aborígenes⁷, inmigrantes, desplazados⁸, etc., sujetos considerados genéricamente en situación de

⁴ En Colombia la tutela de los DESC fue evolucionando en la jurisprudencia a través de la interpretación extensiva del art. 4 de la ley 472/78, de acciones populares o de grupo para la tutela de los derechos colectivos. Así el Consejo de Estado ha protegido, entre otros, el *derecho a la salud* y el *derecho a la educación*, como prerrogativas de la prestación de un servicio público. Igualmente, en numerosos casos, se admitió la acción de cumplimiento del art. 87 CP Col. para tutelar a personas gravemente afectadas por la violencia y desplazadas de sus tierras. A su vez, la CC Col. tuteló en diversos casos el *derecho al medio ambiente sano*, aplicando el principio de progresividad con sustento en doctrina y normativa internacional; el *derecho a la información y la libertad de expresión*, con cita de precedentes de la CIDH; el *derecho a la educación*, asegurando esa prerrogativa a las minorías indígenas y a las comunidades afrodescendientes e imponiendo acciones positivas al Estado; el *derecho a la salud* en el caso de cobertura del plan obligatorio de salud a las parejas del mismo sexo o acogiendo la acción de tutela para la protección inmediata y total del derecho vulnerado; el *derecho a la seguridad social*, por conducto de la acción de tutela para asegurar el mínimo vital, o el derecho a la pensión del sobreviviente de la pareja homosexual; o el *derecho a una vivienda digna*, en vía de acción de tutela, dado el carácter de derecho fundamental y no obstante tratarse de un derecho prestacional; el *derecho al mínimo vital* para garantizar el subsidio de empleo temporal (BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C., informe colombiano al XVI Congreso Internacional de Derecho Procesal, Heidelberg, 25-30 julio de 2011, publicado en *Civil Procedure Review*, v. 2, Special Edition, junio 2011, pp. 125 y ss., www.civilprocedurereview.com). En Venezuela, la Sala Constitucional del TSJ, en vía del recurso de revisión constitucional, declaró el derecho de inamovilidad laboral del padre del recién nacido, extendiendo la garantía que cubre a la madre (sent. 547/6/2010). MOLINA GALICIA R., YRURETA ORTIZ Y., informe venezolano al referido Congreso, *Civil Procedure Review*, ob. cit., pp. 289 y ss..

⁵ La SCJ Ur. resolvió un caso vinculado a los derechos del niño con apoyo en la doctrina de la CADH (LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S., informe uruguayo al referido Congreso, *Civil Procedure Review*, ob. cit., pp. 225 y ss.).

⁶ La CCCol. tuteló el *derecho de los sujetos discapacitados*, entre otros casos, en vinculación con el derecho a la no discriminación, al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra la norma que prohíbe acceder al concurso de un cargo notarial a los sordos y mudos; o en vinculación con el derecho a la salud (BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C., ob. cit.).

⁷ La CCCol. se pronunció reiteradamente sobre la tutela de los derechos de los pueblos indígenas y el contenido del derecho a la diversidad étnica y cultural y a la autodeterminación, con sus proyecciones en la salud, la seguridad social y otros derechos (BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C., ob. cit.).

⁸ CCCol., sent. T 025 de 2004 y autos de cumplimiento de marzo de 2009, que se analizarán *infra*.

vulnerabilidad⁹. En algunos países, los pronunciamientos judiciales se sustentan en los derechos fundamentales que emanan de la Constitución y su interpretación y, concurrentemente, en los que derivan de los pactos – control de convencionalidad- y aún en la interpretación de los tribunales transnacionales americanos; es el caso de Argentina¹⁰; Colombia¹¹, Uruguay¹². En cambio, en Brasil generalmente las decisiones se apoyan de modo exclusivo en la Constitución¹³.

2. Las garantías fundamentales del proceso civil.

Respecto de las *garantías fundamentales del proceso civil*, ya consideradas, en diversos países la jurisprudencia ha aplicado los preceptos de los art. 8º y 25 de la Convención Americana, como sustento concurrente de las propias garantías procesales contempladas en las constituciones –juez “natural”, debido proceso legal, juzgamiento en contradictorio, sentencia debidamente fundada dictada en tiempo razonable-. Así, en Argentina¹⁴, Colombia¹⁵ y otros países.

⁹ Los tribunales uruguayos han dictado diversas decisiones sobre derecho a un trato adecuado para las personas en condiciones de vulnerabilidad (LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S., ob. cit.).

¹⁰ Nos permitimos remitir a nuestra obra *Tutelas procesales diferenciadas*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, pp. 117 y ss. y jurisprudencia que allí se cita.

¹¹ Se ha afirmado que la evolución progresiva de la jurisprudencia de la CCCol., resultado del activismo judicial a partir de interpretaciones amplias y flexibles de los textos normativos relativos a los derechos de incidencia colectiva y los DESC, no hubiera sido posible sin la referencia constante en los pronunciamientos a los diferentes instrumentos internacionales (BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C., ob. cit.).

¹² En la jurisprudencia de los tribunales uruguayos en forma gradual y progresiva se han recogido principios de las convenciones internacionales, particularmente en materias del *derecho a la vida y a la salud, derecho a la identidad, restitución internacional de menores, garantía del debido proceso, motivación de las decisiones judiciales*, entre otras (LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S., ob. cit.).

¹³ PELLEGRINI GRINOVER A., WATANABE K., informe brasileño al aludido Congreso, *Civil Procedure Review*, ob. cit., pp. 63 y ss., desde que todos los principios y reglas convencionales integran la C. Br., de modo que raramente la jurisprudencia remonta a los instrumentos internacionales.

¹⁴ Con sustento en los preceptos constitucionales y las convenciones sobre derechos humanos, la CSN Arg. declaró que la vida no es solo un derecho individual, sino también un bien social público y colectivo, que el Estado debe proteger (Fallos 223:3229); o igualmente el aseguramiento de las condiciones dignas de subsistencia (Fallos, 329:549); o las prestaciones educativas para una niña discapacitada (CSN, 30-9-08).

¹⁵ BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C., destacan pronunciamientos de la CCCol. que consagran el derecho a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y la descalificación de la prueba ilícita. Sin embargo, la alusión a los principios

Igualmente, las sentencias de los jueces han enfatizado el derecho a “un recurso sencillo y rápido”, consagrado por el art. 25 de la Convención, reforzando la operatividad de las vías legisladas –amparo, acción de tutela, acción de protección, *mandado de segurança*-, para asegurar la tutela de los derechos fundamentales. Por caso, en Argentina¹⁶, Uruguay¹⁷, Colombia¹⁸, donde se ha remarcado la efectividad en concreto de los pronunciamientos¹⁹.

3. Las tutelas procesales diferenciadas.

Resaltan por su interés las construcciones de la jurisprudencia y la creación pretoriana que, en algunos países, se manifiesta como expresión de un creciente *activismo judicial* en cierta categoría de conflictos que versan sobre derechos fundamentales, individuales y colectivos, que involucran situaciones o derechos particularmente debilitados a los que se confiere una *tutela procesal diferenciada*. Se tiende al aseguramiento en concreto de tales derechos mediante lo que se configura como una “justicia de acompañamiento” o protección, o “de resultados”, cuyas notas características son la accesibilidad para todos, aceleración del

convencionales y a la doctrina de los tribunales internacionales ha sido excepcional en el juzgamiento de las acciones colectivas; en cambio, sí se apoyan en aquellos principios, sea en la forma de *ratio decidendi*, sea como *obiter dicta* para justificar sus decisiones en vía de las acciones de tutela (ob. cit.).

¹⁶ La CSN Arg. declaró que los recursos de amparo no pueden resultar tardíos o inefectivos, especialmente en aquellos ámbitos vinculados a la vida o a la preservación de bien culturales de una comunidad indígena (Fallos, 331:2119).

¹⁷ LANDONI SOSA A., PEREIRA CAMPOS S., refieren diversas decisiones vinculadas al *derecho a la salud*, derecho de menores que pretendían condiciones adecuadas de reclusión, entre otras.

¹⁸ Por caso, respecto del *derecho a la seguridad social*, la CCCol. declaró que si bien en principio la acción de tutela no es viable para garantizar la justiciabilidad de tal derecho, procede en ciertos supuestos concretos: transmutación del derecho; conexidad con un derecho fundamental o afectación del mínimo vital. O en relación al *derecho a una vivienda digna*, cuando se lo considere un derecho fundamental o por transmutación ante la falta de pago de un subsidio ya acordado, o ya en el caso de las personas desplazadas. O, también, en el caso de las *personas con discapacidad*. O tratándose de *derechos de los pueblos indígenas* (BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C., ob. cit.).

¹⁹ Las decisiones de la CCCol. que acogen la acción de la tutela, resultan particulares, no solo en cuanto a la celeridad con que se prescribe el cumplimiento, sino porque las medidas revisten un altísimo grado de concreción, en la forma de mecanismos procesales (principalmente de ejecución) preferentes (BEJARANO GUZMÁN R., TOSCANO F., VALENZUELA C., ob. cit.).

reconocimiento del derecho, simplificación de los trámites, prevalencia de la verdad objetiva (principio de la realidad litigiosa) y prevalencia del derecho sustantivo por sobre los recaudos formales que resulten frustratorios. Las técnicas procesales que utilizan los jueces, generalmente por vía de interpretación flexible de normas legales y aún por creación pretoriana, son diversas y reposan genéricamente en los mayores deberes y atribuciones reconocidos a los jueces, con sus consecretarios y derivaciones²⁰.

4. *Proyecciones.*

En la proyección de las tutelas diferenciadas, resulta particularmente significativo el tratamiento que los jueces confieren, en algunos países, a los denominados *conflictos de interés públicos o estratégicos*, que atañen a los derechos colectivos sociales en general, incluyendo los derechos de la institucionalidad democrática. Tal, el tema central de estas reflexiones, así incardinado en el contexto general que dejamos sucintamente descripto.

II. Los conflictos de interés público.

Los conflictos de interés público o estratégicos son aquellos que involucran derechos fundamentales colectivos, canalizados a través de los denominados *litigios de derecho público*, desarrollados a partir de la década de los 50' en el derecho norteamericano. Es ampliamente conocido el emblemático caso "*Brown vs. Board of Education of Topeka*" piloteado por la Corte Warren, junto con otros precedentes que permitieron ulteriormente a la doctrina autoral afirmar la existencia de una importante categoría de litigios de derecho público, que debía ser diferenciado del litigio tradicional que involucraba tan solo a partes privadas, en tanto aquellos venían generados a partir de los esfuerzos para aplicar los principios de la *rule of law* a las instituciones del moderno Estado de bienestar. Tales litigios involucran a grupos o clases de integrantes dispersos y a menudo indeterminados o indeterminables, cuyos reclamos implican poner en debate el funcionamiento de grandes instituciones o servicios públicos –

²⁰ BERIZONCE R.O., *Tutelas procesales diferenciadas*, ob. cit., *passim*.

sistemas escolares, establecimientos carcelarios, instituciones de salud mental, de seguridad o asistencia públicos, etc.-, que requerían remedios que debían arbitrarse generalmente a largo plazo. Las Cortes, tribunales superiores y aún de grado, debían asumir entonces nuevas y más complejas misiones con la particularidad de que, con su ejercicio, se contribuye a enriquecer el repertorio institucional de la democracia. Precisamente, son sus atributos esenciales de independencia, flexibilidad y accesibilidad los que brindan soporte, fundamento y motivo de legitimación para asumir la tarea de controlar y responsabilizar a las demás instituciones del gobierno que padecen de una crónica insuficiencia de rendimiento, ajustándolas a las normas jurídicas superiores. Legitimación, la de las Cortes, que asienta en su condición típica, de ser menos propensas a ser capturadas o influenciadas por intereses de grupo, egoístas y, por ello, estar en las mejores condiciones para arbitrar induciendo el diálogo fructífero entre las partes, que la propia administración, que por otra parte ha descuidado tal responsabilidad²¹. Mauro CAPPELLETTI fue, tempranamente, el gran propulsor de esas ideas entre nosotros²².

Sin embargo, sus premisas, que descansan en un señalado reforzamiento de los poderes judiciales, han sido y siguen siendo fuertemente cuestionadas, principalmente con argumentos como el avance sobre el principio de separación de poderes y el menoscabo de las atribuciones propias de los segmentos políticos del gobierno. La experiencia norteamericana indica que a pesar de esas críticas y aún con la aparición de doctrinas jurisprudenciales restrictivas, los tribunales inferiores continúan aún desempeñando un papel crucial en un creciente movimiento de reforma institucional en áreas medulares de los regímenes de derecho público: escuelas, prisiones, instituciones de salud mental,

²¹ CHAYES A., *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 Harv. L.Rev., 1281, 1976. FISS O., *The forms of justice*, 93, Harv. L.Rev., 1, 1979; *id.*, *The Law as It Could Be*, 2003 (traducción castellana: *El derecho como razón pública*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Bs.As., 2007, trad. E. Restrepo Saldarriaga, que seguimos aquí).

²² CAPPELLETTI M., *Vindicating the Public Interest Trough the Courts: A Comparativist's Contribution*, 25 Buffalo L.Rev., 643, 1976. Asimismo: CAPPELLETTI M. y GARTH B., *El acceso a la Justicia*, Rev. Col. Abog. La Plata, Argentina, 1983, trad. S. Amaral, pp. 58 y ss..

policía de seguridad, asilos y otros establecimientos públicos. Claro que, según se subraya²³, ha operado una evolución de los remedios estructurales, que puede ser representada como un abandono, en las decisiones judiciales, de la regulación prescriptiva de *ordenar -y- controlar* y el tránsito hacia lo que se denomina una *intervención experimentalista*. En lugar de un régimen de imposición por el juez de reglas rígidas y verticales, contenidas en prohibiciones amplias y genéricas, la aproximación experimentalista acentúa la negociación progresiva de las partes involucradas, que son las que acuerdan y fijan discrecionalmente las reglas de conducta apropiadas para resolver la situación, que a su vez por ser consideradas provisionales, son sometidas a revisión continua en un marco de transparencia por la publicidad de los procedimientos judiciales. Se institucionaliza, de ese modo, un verdadero proceso de aprendizaje y de reconstrucción continua, de experimentación –“experimentalista”-, propia y característica del gobierno “interconectado” y “de múltiples niveles”, en el que los procedimientos para la toma de decisiones no son jerárquicos ni cerrados. La intervención de los tribunales, bajo esas premisas tiende a “desestabilizar” las expectativas que tenían las partes antes de involucrarse en el litigio y promover la tutela de derechos que, en ese sentido, se califican como “desestabilizadores”, en tanto tienden a reconvertir instituciones públicas que exhiben falencias crónicas en la satisfacción de sus obligaciones y se encuentran aisladas y al margen del proceso de responsabilidad y control político. Precisamente, se sostiene²⁴, el reconocimiento y la aplicación judicial de tales derechos “desestabilizadores” resulta útil para inducir a que tales instituciones públicas cumplan más acabadamente con sus obligaciones legales y, al mismo tiempo, la intervención de tono experimentalista se torna coherente con la estructura del régimen de gobierno democrático tripartito.

²³ SABEL Ch. F. y SIMON W.H., *Destabilization rights: how public law litigation succeeds*, 117 Harv. L.Rev., 1015, February 2004, p. 1019. Asimismo, BERGALLO P., *Apuntes sobre justicia y experimentalismo en los remedios frente al litigio de derecho público*, J.A. Bs. As., 2006-II, pp. 1165 y ss..

²⁴ SABEL Ch. F. y SIMON W.H., ob. cit., pp. 1067-1072, 1093.

Hemos de ver que la incipiente y desde luego acotada experiencia de los tribunales argentinos tiende a aproximarse, no sin algunas vacilaciones, hacia el modelo más precario de intervención remedial, al menos considerado en sus grandes líneas maestras²⁵, si bien cabe avizorar un razonable desplazamiento hacia el experimentalismo.

1. Características típicas.

Los conflictos de interés público²⁶ presentan notas singulares al menos en cuanto:

a) la ordenación e instrucción de la causa, caracterizada por el *activismo procedimental y la ampliación de los poderes del juez*, y especialmente por la posibilidad del dictado de medidas de urgencia²⁷, en consonancia todo ello con la tutela procesal diferenciada que corresponde a los derechos fundamentales en juego. En el modelo estructural, el principal instrumento de que se valen los jueces son los *mandamus* o *injuctions*; y, por otro lado, se replantea la estructura de las partes y de la legitimación en los procesos colectivos, basada principalmente en los grupos sociales.

b) el *método dialogal* impulsado por el tribunal²⁸ en un marco de mayor publicidad y transparencia del procedimiento en general, que “expone” a las partes y las compromete en la búsqueda de soluciones consensuadas al diferendo y, por otro, reserva a aquel la función arbitradora entre los intereses en conflicto. El *diálogo público* entre las partes, se alienta con la esperanza que sea fructífero, especialmente por la participación habitual de organismos administrativos o grandes corporaciones públicas o

²⁵ BERGALLO P., ob. cit., pp. 1170-1171.

²⁶ BERGALLO P., ob. cit., pp. 1171 y ss.. ABRAMOVICH V., *Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política en La ciencia del Derecho Procesal Constitucional... Homenaje argentino...*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, v. II, pp. 443 y ss.. THEA F.G., *Hacia nuevas formas de justicia administrativa. Apuntes sobre el “litigio estructural” en la Ciudad de Buenos Aires*, supl. La Ley Administrativo, febrero 2010, pp. 16 y ss.. LORENZETTI R.L., *Justicia colectiva*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, pp. 18, 163 y ss..

²⁷ FISS O., *El derecho como razón pública*, ob. cit., pp. 40-42, 46-47.

²⁸ SAGÜÉS N.P., *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, Lexis Nexis, Bs.As., 2005, especialmente cap. XXIV. COURTIS C., *Tutela judicial efectiva y afectaciones colectivas de derechos humanos*, J-A., 2006-II, pp. 1215 y ss- UCÍN M.C., *El rol de la Corte Suprema ante los procesos colectivos*, RDP, 2009-1, pp. 329 y ss..

privadas; y se enriquece con la intervención de terceros, *amicus curiae*, que expresan sus aportes con mira a la salvaguarda del interés general de la comunidad. Se trata –como se ha señalado²⁹– de un modelo normativo basado en la institucionalización de procedimientos democráticos, un verdadero paradigma cooperativo de administración de justicia.

c) la decisión judicial no se agota en un “*trancher*” que dirima el conflicto hacia el pasado, sino que comúnmente se proyecta hacia el futuro y habitualmente tiende a incidir en las políticas públicas del sector involucrado. Sea para proponer nuevas o diferentes prácticas institucionales, o modificaciones en las estructuras burocráticas, que van mucho más allá del caso sometido a decisión. En ese sentido la jurisdicción asume una *función remedial*, porque la decisión está encaminada más hacia la búsqueda de “remedios” para la situación compleja que involucra fuertes intereses encontrados, de cara al futuro, que a dirimir el conflicto de base con criterios tradicionales: más que a la subsunción apunta a la ponderación de los principios y valores en disputa³⁰.

En la doctrina constitucional se alude corrientemente, para clasificar los diversos tipos de intervenciones, a categorías tales como sentencias exhortativas, “apelativas” o “con aviso”, aditivas o intermedias³¹. La sentencia exhortativa agrega a la declaración del derecho, una “exhortación” para que se haga efectiva, dirigida a quien está obligado a cumplirla. Se consagra una obligación jurídica indeterminada, de valor político. No hay derecho a exigir su cumplimiento y su finalidad es llamar la atención fortaleciendo el debate público sobre el tema. El pronunciamiento también puede contener mandatos injuntivos (*injuntions*) dirigidos a la Administración para hacer o no hacer, de acuerdo a un modelo orientado a

²⁹ ZANETI JUNIOR H., *Processo constitucional: o modelo constitucional do Processo Civil Brasileiro*, ed. Lumen Juris, R. de Janeiro, 2007, pp. 60-61, 264.

³⁰ BERGALLO P., ob. cit.. COURTIS C., ob. cit, pp. 1225 y ss..

³¹ SAGÜÉS N.P., *Las sentencias constitucionales exhortativas (“apelativas” o “con aviso”), y su recepción en Argentina*, La Ley, 2005-F, p.1461 y ss., entre otros autores.

los *resultados* o bien a los *procedimientos* o medios. En cambio los mandados dirigidos al Congreso siempre son exhortativos y genéricos³².

En relación a la jurisprudencia de los tribunales argentinos, se ha elaborado una tipología de las distintas situaciones en que el Poder Judicial ha asumido la tarea de verificar el cumplimiento de estándares jurídicos en el diseño y ejecución de políticas, que comprendería las siguientes categorías: 1. intervenciones que tienden a transformar medidas de política pública discrecionales asumidas por el Estado, en obligaciones legales (v.gr., en el caso “Viceconte”, CN Apel. en lo Cont. Adm. Fed., sala IV, 2-6-98, J.A., 1999-I, p. 485, referido a la fabricación de una vacuna contra una enfermedad endémica). 2. intervenciones en las cuales el tribunal examina la compatibilidad de la política pública con el estándar jurídico (razonabilidad, adecuación, no discriminación, progresividad, transparencia, etc.) aplicable y, por ende, su idoneidad para satisfacer el derecho en cuestión; si el tribunal considera que existe incompatibilidad, reenvía la cuestión a los poderes correspondientes para que la reformulen, sin sustituirse en la elección de los medios, en base a una instrucción judicial fijada en términos generales³³ (v.gr., en los casos “Ramallo B.”, Cam. Cont.-adm. y Trib., CABA, Sala II, 12-3-2002; id., “Comisión Municipal de la Vivienda c. Saavedra F.A. y ot.”, 9-4-2002; “Mignone”, CSN, 9-4-2002; “Badaro”, CSN, 8-8-2006; “Verbitsky”, 3-5-2005; “Mendoza B.”, 20-6-2006). 3. intervenciones en las que los jueces, excepcionalmente, se ven forzados a determinar por sí el tipo de medida a adoptar ante la pasividad de los poderes políticos, al verificar la existencia de una única medida de política pública adecuada (v.gr., el caso “Campodónico de Beviacqua”, CSN, 24-10-2000). 4. intervenciones en las que el tribunal se limita a declarar que la omisión del Estado es inconstitucional e ilegítima, sin disponer medida alguna de reparación, pero que pueden tener indiscutido efecto ante la opinión pública y los poderes políticos.

³² LORENZETTI R.L., ob. cit., pp. 179, 182-185.

³³ Se trata de los denominados pronunciamientos constitucionales “exhortativos” (SAGÜÉS N.P., ob. cit.).

d) el “diálogo”, al cabo de la sentencia, pervive y se profundiza para facilitar el *cumplimiento* o la *ejecución* de lo decidido, mientras el tribunal escalona sus pronunciamientos con ese objetivo³⁴. En el litigio estructural la etapa de los “remedios” prácticamente no finaliza hasta que el objetivo final sea alcanzado. Dicha etapa implica una larga y continua relación entre el juez y las partes durante la cual se van creando y diseñando los medios para renovar las condiciones que amenazan los valores constitucionales. El diseño del remedio determina nada menos que el tribunal resulte involucrado en la reorganización de la institución o servicio en funcionamiento, a través de una intervención constante y persistente. La ejecución pasa a constituirse en una etapa de continua relación entre el juez y las partes, un vínculo de supervisión a largo plazo que perdura hasta la satisfacción efectiva de los derechos reconocidos en la sentencia. El juez participa, de ese modo, en un “diálogo” con los otros poderes del Estado para la concreción del programa jurídico-político de la Constitución³⁵.

La actuación judicial en la etapa de ejecución de sentencia no habrá de consistir en la imposición compulsiva de una condena, entendida como una orden detallada y autosuficiente, sino en el seguimiento de una instrucción fijada en términos más o menos generales, cuyo contenido concreto habrá de ser construido a partir del diálogo que necesariamente se producirá entre las partes, incluyendo a la autoridad pública, y el tribunal. En consecuencia, en la etapa de ejecución corresponderá a la autoridad pública demandada (y vencida) determinar el modo más adecuado de cumplir con la sentencia de condena y, por su parte, el tribunal actuante controlará la adecuación de las medidas concretas a la orden que ha impartido.

Por la propia complejidad de las múltiples cuestiones involucradas resulta inevitable un lapso prolongado en la ejecución, con el efecto perverso de que a medida que transcurre el tiempo torna a identificarse, y

³⁴ FISS O., ob. cit., p. 47-49.

³⁵ ABRAMOVICH V., ob. cit., pp. 449-450.

confundirse, la decisión judicial con la gestión administrativa morosa, con el consecuente perjuicio para la imagen del servicio de justicia. Por esas razones, como se ha observado autorizadamente³⁶, es aconsejable que el tribunal tenga la sabiduría de poner un límite al proceso y dejar que los otros poderes cumplan su rol. En la búsqueda de mecanismos adecuados para superar esas dificultades instrumentando garantías de implementación, una de las técnicas más adecuadas es el diseño, por el tribunal, de una “microinstitucionalidad” a partir de la fijación de objetivos, la descripción de etapas de ejecución y los plazos correspondientes, siquiera tentativos, y especialmente la designación de un encargado institucional de llevar adelante la ejecución del plan, radicado en la propia administración, aunque con autonomía. El esquema se integra con el nombramiento de encargados del control de cumplimiento a cargo de organizaciones no gubernamentales que hubieran, en su caso, participado en el proceso judicial; y, todavía, de un control de transparencia de la gestión económico-financiera, a cargo de un ente público de auditoría. De ese modo, a través de la interacción de los diversos centros de interés que quedan involucrados, se incrementa la información disponible, se mejoran los procesos de toma de decisiones y se aumenta el control social sobre el ritmo y sentido de la ejecución³⁷.

2. El tratamiento de los conflictos de interés público en la CSN y otros tribunales argentinos.

El Alto Tribunal paulatinamente ha venido diseñando un conjunto de técnicas y procedimientos de aplicación a los conflictos de interés público. Lo ha hecho en ejercicio de potestades reglamentarias, por medio de acordadas generales –así, el régimen de audiencias públicas (acordada 30/2007) y la intervención de los “amigos del tribunal”³⁸, en los conflictos en

³⁶ LORENZETTI R.L., ob. cit., pp. 185-186.

³⁷ Ob. cit., pp. 186-188. Tal ha sido la estrategia y el método que fue diseñando la CNS en el caso “Beatriz Mendoza”.

³⁸ Sobre los antecedentes de la figura del *amicus curiae*: CUETO RUA J.C., *Acerca del “amicus curiae”*, La Ley 1998-D, p. 721. Está prevista igualmente en el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: BAZAN V., *El amicus curiae...* J.A., 2003-II, p. 997 y ss.. En relación al derecho brasileño: MARINONI L.G., *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional*, Rev. Peruana Der. Proc., Lima, 2008,

que se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o interés general³⁹, con la finalidad de ampliar el debate judicial habilitando nuevos espacios de participación social, lo que contribuye a legitimar la actuación de los jueces⁴⁰-. También, en los casos singulares, por medio de creación pretoriana, particularmente en ejercicio de las potestades de conducción y ordenación de las causas, tanto como de su instrucción probatoria, con especial énfasis en la búsqueda de soluciones concertadas e igualmente al tiempo del cumplimiento de sus pronunciamientos.

Con la plataforma reglada de las audiencias públicas y la participación de los “amigos del tribunal”, la Corte ha modelado por su propia creación diversas técnicas y procedimientos adecuados a la naturaleza y características de los conflictos de interés público o institucional, con la finalidad última de posibilitar el ejercicio de su poder supremo. Claro que lo propio cabe, por regla aunque con las salvedades del caso, a los jueces comunes cuando semejantes conflictos se radican bajo su competencia⁴¹. En tal sentido, puede afirmarse que viene operando una suerte de saludable efecto de “derrame”.

2.1. En el conocido caso “Beatriz Mendoza” comparecieron como demandantes grupos de sujetos individuales afectados, varias asociaciones ambientalistas, grupos de asociaciones que representaban los intereses de los vecinos de la cuenca y el Defensor del Pueblo de la Nación. Los demandados eran el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, la

v. XI, pp. 260-261. Asimismo, CAMBI E. y KLEBER R.D., *Amicus curiae e o processo coletivo. Uma proposta democrática*, RePro, 192, feb. 2011, pp. 13 y ss..

³⁹ La CSN rechazó la intervención de diversas instituciones y profesionales a título personal en la causa en que se discutía la aplicación del ajuste por inflación por el pago del impuesto a las ganancias, en tanto la presentación tenía por objeto que la causa fuera resuelta en un determinado sentido, en coincidencia con el interés pecuniario particular de los presentantes, que resulta incompatible con la imparcialidad que se requiere (Fallos, 329:4590; La Ley, 2006-F, p. 749).

⁴⁰ TRIONFETTI V., *El enriquecimiento del debate judicial a través de la figura del amicus curiae*, La Ley, Supl. Constitucional 2003-F, p. 68 y ss. GELLI M.A., *Las fuentes del “poder” de la Corte Suprema*, La Ley, 2003-E, p. 1317. VERBIC F., *Propuesta para regular la figura del amicus curiae...*, La Ley Actualidad, 17-3-2009.

⁴¹ Algunos tribunales aplican principios típicos de los litigios de interés público: Cam. Cont.-adm. y Trib., CABA, Sala I, sentencias del 25-6-2007, 23-12-2008, cits.. Juzg. Cont.-adm. N° 1, La Plata, 10-11-2008, cit., entre otros.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires y un grupo de cuarenta y cuatro empresas que supuestamente vertían sustancias contaminantes en el curso de agua. El tribunal utilizó libremente sus potestades ordenatorias e instructorias, flexibilizando el principio preclusivo; requirió a los Estados involucrados la presentación en plazos perentorios de un plan integrado y completo basado en el principio de progresividad, para el logro de objetivos en forma gradual a través de metas proyectadas en un cronograma⁴². Todo lo cual fue expuesto y recibido en audiencias públicas. Mediante la decisión del 8 de julio de 2008 resolvió de modo definitivo la pretensión de recomposición y prevención del daño ambiental, destacando que el objeto decisorio se orienta hacia el futuro y fija los criterios generales para que se cumpla efectivamente con las finalidades perseguidas, pero respetando el modo en que se concreta, lo que –aclaró– corresponde al ámbito de discrecionalidad de la administración. En cuanto a la ejecución, ha previsto la participación ciudadana en el control del cumplimiento del plan de saneamiento y del programa fijado, encomendando al Defensor del Pueblo de la Nación coordinar tal participación, mediante la conformación de un cuerpo colegiado integrado por las organizaciones no gubernamentales intervinientes en la causa. Se abrió de ese modo un espacio para la revisión y reconstrucción de las políticas públicas cuestionadas con la debida participación de los afectados y de los sectores responsables, tanto estatales como privados.

2.2. En otro caso emblemático, el Alto Tribunal en el amparo colectivo deducido por el CELS para que se brinde solución de acuerdo a los convenios internacionales a la situación de las personas detenidas en los establecimiento penitenciarios y policiales de la Provincia de Buenos Aires, en situación de superpoblación carcelaria atentatoria de derechos humanos fundamentales, así como para el diseño de políticas públicas necesarias

⁴² MORELLO A.M., *Aperturas y contenciones de la Corte Suprema... en Nuevos enfoques sobre el derecho civil, comercial y procesal. Liber amicorum*, ed. UN Sur, 2007, pp. 21 y ss.; id., *La CS argentina y el derecho ambiental en La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Homenaje argentino...*, ob. cit., v. I, pp. 115 y ss.

para impedir la reproducción de tales situaciones en el futuro⁴³, dispuso una serie de medidas tendientes a impulsar el diálogo entre las propias partes a fin de la búsqueda de soluciones efectivas, incluyendo la adecuación de la legislación procesal y de ejecución penal y, por ende, modificación de las políticas de seguridad en los establecimientos penitenciarios. La Corte sostuvo que “las políticas públicas eficaces requieren discusión y consenso” y encomendó al gobierno provincial la organización de una mesa de diálogo con el CELS y otras organizaciones nacionales e internacionales, que se habían presentado en la causa como *amicus curiae*; al mismo tiempo exhortó a los poderes legislativo y ejecutivo para que adecuen la legislación en materia de prisión preventiva y excarcelación a los estándares mínimos internacionales⁴⁴.

2.3. En un caso similar vinculado con el grave estado de los establecimientos carcelarios en la Provincia de Mendoza, en relación a los cuales la CIDH había conminado al Estado argentino para la adopción en forma inmediata de medidas necesarias para proteger eficazmente la vida e integridad personal de los reclusos, que debían ser implementadas en coordinación efectiva y transparente entre las autoridades provinciales y federales, ante un reclamo por vía de amparo colectivo por el incumplimiento de tales decisiones, la CSN intervino a través de sucesivos pronunciamientos⁴⁵. Comenzó por advertir sobre la gravedad del incumplimiento del mandato de la CIDH, requiriendo a la provincia involucrada información sobre las medidas adoptadas y la separación entre presos jóvenes y adultos, y al cabo de ello, intimó al Estado nacional a dar estricto cumplimiento a las medidas provisionales que había dispuesto la

⁴³ “Verbitsky Horacio s/Habeas corpus”, sentencia del 3-5-05, *Fallos*, 328:1146. BERTOLINO P.J., *El habeas corpus colectivo...* en *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Homenaje argentino...*, ob. cit., v. I, pp. 425 y ss.. GULLCO H., *Garantías en el proceso penal en La Corte y los derechos. 2005-2007*, ADC, Siglo XI ed., Bs. As., 2008, pp. 314-324.

⁴⁴ Un amplio análisis, desde la perspectiva que estudiamos, puede verse en COURTIS C., *Tutela judicial efectiva...*, ob. cit., pp. 1225 y ss.

⁴⁵ “Lavado Diego J. y otros c. Provincia de Mendoza y otros”, sentencias del 6-9-2006, *Fallos*, 329:3863; 13-2-2007, *Fallos*, 330:111; 20-3-2007, *Fallos*, 330:1135. Un análisis pormenorizado del tratamiento del caso, puede verse en GULLCO H., ob. cit., pp. 324-326.

CIDH, instruyendo a todos los tribunales provinciales para que hagan cesar con la urgencia del caso, toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante. Finalmente, la Corte resolvió cuestiones procesales relativas a la acumulación de acciones y de competencia.

2.4. En otro conflicto de ribetes colectivos tramitado en el fuero penal, relativo a la situación de personas acusadas por hechos presuntamente cometidos antes de cumplir los 16 años de edad y donde se alegaba la inconstitucionalidad del régimen penal respectivo, en cuanto permitía la ilegítima privación de la libertad de los menores en cuestión, a pesar de no ser penalmente punibles, y se solicitaba consecuentemente la libertad de quienes se encontraban en tal situación y la extensión de la decisión hacia el futuro. Al tomar intervención la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, convocó a una “mesa de dialogo” con intervención de la Fundación Sur que había promovido la demanda de amparo colectivo, autoridades del gobierno nacional y de la Ciudad de Buenos Aires, y al cabo se pronunció declarando la inconstitucionalidad y ordenando la liberación progresiva de los detenidos en el término de noventa días⁴⁶. La CSN admitió el recurso extraordinario que se dedujo, suspendiendo la resolución recurrida y, finalmente, revocó la sentencia anterior destacando que si bien era cierto que no se había adecuado el texto vigente impugnado a la letra de la CN, y especialmente a la Convención sobre los Derechos del Niño, ello no autorizaba sustituir por vía pretoriana el régimen vigente, lo que implicaría invadir competencias propias de los otros poderes del Estado. Decidió, en definitiva, requerir al Poder Legislativo la modificación de la normativa para adecuarla a los estándares mínimos que surgen de los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados a la CN⁴⁷.

2.5. Un activismo semejante vienen desplegando algunos tribunales de grado que asumen, aunque excepcionalmente, el manejo de conflictos

⁴⁶ Cam. Nac. Cas. Penal, sala III, 11-12-2007, “García Méndez Emilio y Musa Laura. Cristina”, voto de la Dra. A. Ledesma.

⁴⁷ CSN, 2-12-2008, *Fallos*, 331:2691.

de interés público adoptando en buena medida los lineamientos señalados por la CSN. En especial, en el marco de acciones colectivas que persiguen la tutela del derecho a la salud y sus conseqüentarios. Buen ejemplo de ello lo ofrecen las sentencias de las Cám.Nac.Cont.Adm. y Trib., CABA, Sala I, del 25-6-2007⁴⁸ y del 23-12-2008⁴⁹. Esta última confirmó el pronunciamiento de primer grado, declarando procedente una acción de amparo colectivo incoada contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con el objeto de que se ordene la inmediata ejecución de diversas obras y actos necesarios para generar condiciones de seguridad y habitabilidad mínima en un hospital neuropsiquiátrico, como asimismo el establecimiento de un programa de reparación total de las condiciones edilicias. El tribunal, al cabo de realizar sucesivas audiencias públicas con la participación más amplia de las partes, como también de la Defensoría del Pueblo, la Procuración General y el representante del Ministerio Público Tutelar, en las que se debatieron en profundidad las políticas públicas de salud mental y la situación del nosocomio, tanto como la alegada imposibilidad presupuestaria invocada por el Estado, concluyó acogiendo el amparo colectivo. Resolvió que debía procederse por la Municipalidad a diseñar un plan tendiente a dotar al hospital público de condiciones de habitabilidad, llevando a cabo las obras, reparaciones y remodelaciones necesarias, de forma tal que se respete la dignidad de los pacientes y garantice su atención adecuada; a tal efecto debía presentar, en plazo perentorio, un cronograma de las distintas etapas y tareas que insumirá la ejecución de dicho plan; sin perjuicio de proveer a los pacientes de mobiliario y ropas adecuadas, implementar medidas de seguridad y otras prestaciones específicas.

3. Los litigios de interés público en la experiencia colombiana.

La Corte Constitucional de Colombia se ha destacado especialmente por su activismo en la protección de los derechos fundamentales colectivos,

⁴⁸ La Ley, 2007-E, p. 100, con nota de I.A.D' ARGENIO, *La imposibilidad de excusar la lesión de derechos humanos sobre la base de consideración de índole presupuestaria...*

⁴⁹ Supl. La Ley Administrativo, feb. 2010, pp. 16 y ss., con nota de THEA F.G., *Apuntes sobre el "litigio estructural" en la Ciudad de Buenos Aires.*

elaborando una rica doctrina jurisprudencial a partir de la interpretación de los preceptos de la Constitución Política de 1991 y el ejercicio del control de constitucionalidad. El Alto Tribunal perfeccionó la doctrina del “estado de cosas constitucional”, según la cual la violación de los derechos fundamentales puede ser el resultado de fallas estructurales en la prestación de un servicio, y no simplemente de arbitrariedad cometida por un funcionario estatal, en cuyo caso se requiere de una acción mancomunada de varios poderes, incluyendo el Judicial, para resolver el problema y de esa manera proteger las garantías demandadas (sentencias SU-559 de 1997 y SU 225 de 1998). Doctrina que aplicó, entre otros supuestos, cuando estaba en consideración la inhumana condición de hacinamiento de las personas internas en los centros penitenciarios de Colombia, ordenando que se elaborara un plan de construcción y refacción carcelaria, el cual debía incorporarse al plan de desarrollo (sentencia T-153 de 1998). Contemporáneamente, consagró la doctrina del “mandado superior de erradicación de injusticias presentes”, en desarrollo del art. 13 de la aludida Carta, para proteger las situaciones humanas límite, producidas por la extrema pobreza e indigencia que afectan la dignidad humana, en su “mínimo vital”, autorizando la intervención de los jueces ante la desatención estatal (sentencia SU 225 de 1998)⁵⁰.

Recientemente, la Corte analizó diversas acciones vinculadas con el derecho a la salud, declarando la existencia de numerosas violaciones en los veintidós casos presentados y ordenó a las autoridades sanitarias responsables la adopción de las medidas necesarias para solucionar las causas estructurales que producen la deficiente prestación de los servicios, incluyendo la unificación de los planes de salud (Plan Obligatorio de Salud), que carecían de sustentabilidad financiera y otros defectos estructurales (sentencia T-760 de 2008). El Ministerio del ramo procedió a presentar un nuevo plan de cobertura, unificado, cuya implementación comenzará en el año 2014.

⁵⁰ BALANTA MEDINA M.P., *El juez como protagonista en la transformación de las políticas públicas en 30 Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, ULC, Bogotá, 2009, pp. 462-464.

Un supuesto notable, por la extraordinaria complejidad de las cuestiones que abarca, ha sido el que involucra a los desplazados internos, una vastísima población itinerante que sufre el desarraigo de su desplazamiento territorial como consecuencia de la agudización de los conflictos armados, y que configuran situaciones de grave afectación de los derechos humanos, necesitadas de urgente atención de las entidades del Estado⁵¹. En la sentencia T-025/04, la Corte intervino en una “megacausa”, en la que declaró un estado de cosas inconstitucional, debido a las inconsistencias y precariedad de la política estatal, ordenando a las autoridades nacionales reformular y clarificar las estrategias frente al desplazamiento forzado, a fin de atender las necesidades básicas de esas poblaciones. En la parte dispositiva se incluyeron varias órdenes: se comunicó el estado de cosas inconstitucional al Consejo Nacional de Atención de la Población Desplazada, órgano encargado de formular la política y de garantizar la asignación presupuestaria para los programas respectivos, a fin que en esa instancia determine la forma de superar la insuficiencia de recursos y las falencias en la capacidad institucional. Asimismo, estableció un plazo para que dicho organismo defina la dimensión del esfuerzo presupuestario requerido para atender los compromisos definidos en la política fijada y establezca la forma como contribuirán a ese esfuerzo la Nación, las entidades territoriales y la cooperación internacional. Comunicó igualmente la decisión a los funcionarios responsables. También dejó establecido que si después de fijar las pautas presupuestarias en cuestión, el Consejo concluye que los compromisos asumidos en la política estatal y definidos en la ley 387 de 1997 y otros documentos, no podrán ser cumplidos, en aras de los principios de transparencia y eficacia, podrá redefinir tales compromisos de tal modo

⁵¹ Una descarnada y patética descripción de la tan compleja situación que aflige a Colombia desde hace varias décadas, por la violencia irracional de una guerrilla endémica y de las fuerzas paramilitares insurgentes, asociadas todas al narcotráfico, con la secuela de la apropiación ilegítima de las tierras que originara el desplazamiento masivo poblacional, puede verse en VILLAMIL PORTILLA E., *La independencia judicial en Iberoamérica: una perspectiva colombiana. Judicatura y política en Derecho Procesal contemporáneo*, coord. R. Tavolari Oliveros, ob. cit., v. I, pp. 73 y ss..

que exista concordancia entre las obligaciones jurídicas definidas mediante procesos democráticos por las autoridades competentes, y los recursos efectivamente destinados a cumplir tales obligaciones, por otro. Dicha redefinición deberá hacerse públicamente, ofreciendo oportunidad suficiente de participación a los representantes de las asociaciones de desplazados, y expresando las razones específicas que justifican tal decisión; sin que la afectación de derechos que resulte de las restricciones presupuestarias pueda ser discriminatoria ni permanente o definitiva, debiendo en todo caso asegurarse el goce efectivo de los mínimos de los cuales depende el ejercicio del derecho a la vida en condiciones de dignidad. La Corte determinó, además, un amplio catálogo de derechos que se reconocen a los desplazados, que deberán ser inmediatamente respetados por la autoridad administrativa.

La Sala Plena del Tribunal asumió el seguimiento a la ejecución de las órdenes impartidas en la Sentencia T-025 de 2004 y autos de cumplimiento en marzo de 2009, para lo cual creó una Sala Especial de Seguimiento -SES- integrada por tres magistrados, que mantendrá su competencia hasta la superación del estado de cosas inconstitucional declarado por la CC.. La SES ha asumido tres líneas de trabajo: 1) seguimiento a la reformulación e implementación eficaz de cada uno de los componentes de *políticas públicas* en atención integral a la población desplazada; 2) el fortalecimiento de la *coordinación* interinstitucional y la corresponsabilidad entre la Nación y las entidades territoriales; y 3) el *enfoque diferencial* en materia de atención a mujeres, niños, personas y comunidades indígenas, afrodescendientes, personas con discapacidad y de la tercera edad⁵².

La ejecución de la sentencia de inconstitucionalidad quedó a cargo de SES, ante la persistencia de la situación de vulneración de las garantías fundamentales por el estancamiento sistemático e integral en el goce efectivo de todos los derechos de las víctimas. La SES se centró en el estudio de todos los antecedentes, la evolución y las posibles fórmulas de solución a

⁵² VARGAS SILVA E., *El papel de la Corte Constitucional. La tragedia del desplazamiento forzado*, en *Revista Judicial*, Consejo de la Magistratura, Bogotá, junio de 2010, pp. 20-21.

los problemas detectados en la reformulación de los componentes de la *política pública* de atención y prevención al desplazamiento forzado, entre ellos: prevención y protección, ayuda humanitaria de emergencia, salud, educación, vivienda, generación de ingresos, reubicación, reparación, etc.. A esos fines, entre 2009 y 2010 convocó siete audiencias públicas con distintas autoridades territoriales y del gobierno nacional, diversas organizaciones de la sociedad civil, observadores nacionales e internacionales, representantes de los pueblos indígenas y de comunidades afrocolombianas. En el mismo lapso, la SES dictó numerosas resoluciones, especialmente medidas cautelares urgentes y de protección inmediata para la salvaguarda de derechos fundamentales de comunidades indígenas y afrocolombianas⁵³.

En Colombia, se ha afirmado, la restitución de las tierras a los desplazados es un desafío de la justicia, y (sin embargo) ésta carece de los elementos legales necesarios para revertir el proceso de desalojo y restituir a los (verdaderos) dueños, pues en la adquisición de las tierras por los nuevos dueños concurren, además de la violencia, los dineros del narcotráfico y los recursos públicos... Esta amalgama de fuentes impide en la práctica la reparación de las víctimas y se constituirá –se alerta- en una frustración en la que el aparato de justicia saldrá necesariamente deslegitimado ante la sociedad⁵⁴.

III. El fenómeno de la judicialización de los conflictos y la participación de los jueces en las políticas públicas.

1. Una visión comparativa y sociológica.

A esta altura de nuestro discurso conviene introducirse desde una perspectiva amplia y abarcadora de las experiencias que muestra el derecho comparado, en clave sociológica, al multifacético fenómeno de la judicialización y su correlato de la intervención, en grados siempre diversos, de los jueces en la configuración de las políticas públicas.

⁵³ VARGAS SILVA E., ob. cit..

⁵⁴ VILLAMIL PORTILLA E., ob. cit., p. 82.

En realidad –como se ha sostenido⁵⁵– existe un estrecho vínculo entre el rol y los espacios de poder atribuidos a los jueces en un sistema determinado, en pugna con los que son propios de los otros poderes políticos, y la propia concepción del Estado contemporáneo en su evolución para adecuarse a las exigencias de la sociedad.

El creciente protagonismo que los propios jueces vienen asumiendo y el activismo que desarrollan, son síntoma y al mismo tiempo producto de una doble falencia del Estado que se deriva de la crisis del Estado de bienestar y, por otro lado, de la declinación del sistema democrático y representativo. Así, el mayor involucramiento de los jueces se verifica para contrarrestar los actos atentatorios de los principios republicanos, como la falta de transparencia de los negocios públicos, el menoscabo de la ética pública o el menosprecio del principio de separación de poderes. Y, también, especialmente, para asegurar la efectividad de los derechos a la salud, a la seguridad social, y en general, de los derechos económicos, sociales y culturales, la protección de los consumidores y del medio ambiente, ante la inercia del Estado y su impotencia para actuar positivamente en la aplicación de las políticas correspondientes y, aún, para proteger a los beneficiarios contra los abusos de los terceros prestadores.

Esa doble defección del Estado, para algunos, ha inducido un hecho excepcional, una suerte de desplazamiento del núcleo de legitimidad del Estado, del Poder Legislativo y del Ejecutivo hacia el Poder Judicial, ahora dotado de legitimación democrática, lo que enfatiza más que nunca la necesidad de su independencia funcional, como condición necesaria para el desempeño cabal de sus roles. Este fenómeno –sostiene el prestigio sociólogo lusitano Boaventura DE SOUSA SANTOS⁵⁶ si bien puede ser transitorio, apunta de todos modos a una nueva forma de Estado, superadora del Estado de bienestar. Se trata de una tendencia

⁵⁵ DE SOUSA SANTOS B., *Sociología jurídica crítica*, ILSA, Bogotá, 2009, pp. 422 y ss.

⁵⁶ Ob. cit., pp. 425-426.

prácticamente universal, que se viene experimentado, claro que con distintas dimensiones y bajo sistemas diferentes de control de constitucionalidad, en los países centrales -EE.UU., Europa- al igual que en los que se encuentran en desarrollo –como los Latinoamericanos- y aún en los periféricos. Se alerta, sin embargo, que la *judicialización de la política* puede derivar en una verdadera trampa para la justicia, atrapada en el dilema de tener toda la potencialidad para actuar, pero un muy menguado poder para imponer a los poderes políticos que se cumplan sus decisiones, de modo que las expectativas del activismo judicial pueden prontamente erosionarse, por exceder en mucho aquello que los tribunales pueden conseguir realmente⁵⁷.

2. Las vicisitudes de la ejecución de la sentencia en un caso emblemático de la CSN.

El muy complejo caso “Beatriz Mendoza” en trámite ante el Alto Tribunal muestra al desnudo las dificultades extraordinarias que plantea la ejecución de lo decidido. El cumplimiento de las diversas obligaciones impuestas al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires, a la Ciudad Autónoma y a la Autoridad de la Cuenca hídrica Matanza-Riachuelo (ACUMAR), por la sentencia de la Corte del 8 de julio de 2008, viene sufriendo reiteradas postergaciones hasta la actualidad (abril de 2011), las que motivaran diversas resoluciones del propio Tribunal y del juez federal delegado tendientes a impulsar el trámite de la satisfacción concreta. Al cabo de diversas vicisitudes, incluyendo la aplicación de sanciones pecuniarias a título de *astreintes*, a los funcionarios renuentes, la Corte convocó a la audiencia pública del 16 de marzo de 2011, a la que concurrieron los representantes de los Estados involucrados, de la Autoridad de la Cuenca y de los organismos constitucionales de control y

⁵⁷ Ob. cit., pp. 426-428. Si algo evidencia el paradigmático caso de la SC norteamericana “*Brown vs. Board of Education*” es que hasta el tribunal más poderoso puede mostrarse relativamente impotente para alterar en concreto los patrones que rigen la vida de la sociedad (BARBOSA MOREIRA J.C., *O poder da Suprema Corte...*, en RePro, n° 155, 2008, pp. 123-124); o, si se quiere, las políticas públicas fijadas por los poderes políticos.

fiscalización, con la finalidad de que se ilustre oralmente sobre todas las circunstancias concernientes al genuino estado de cumplimiento de las mentadas obligaciones. El resultado de la audiencia fue, en verdad, decepcionante, pues quedó en clara evidencia la falta de avances, no obstante los más de dos años y medio transcurridos, en la concreción de los compromisos a cargo de todos y cada uno de los entes públicos involucrados. La contaminación ambiental ha seguido su curso; la ACUMAR se había comprometido a erradicar todos los basurales existentes al cabo de dos años, sin embargo ahora hay 68 basurales más que entonces. La capacidad de carga del curso de agua sigue sobresaturada por la concentración de vertidos industriales contaminantes, mientras la Autoridad de la Cuenca apenas cuenta con 34 inspectores insuficientes para controlar las aproximadamente 14.000 empresas instaladas en los márgenes de la cuenca. No existen todavía datos de medición de la contaminación del aire y agua; lo que es aún más dramático, un muestreo que ACUMAR realizó sobre aproximadamente 1.000 niños y adolescentes que viven en la ribera, permitió detectar que el 90 por ciento tiene concentración de plomo en sangre, sin que existan programas de seguimiento de los afectados. Por añadidura, en la audiencia surgieron sospechas sobre falta de transparencia en el uso de los fondos asignados presupuestariamente. Solo un porcentaje ínfimo de dichos fondos pudo ser auditado por el Auditor General de la Nación. Los plazos de ejecución de las obras están desfasados y se ejecutó tan sólo el 54 % del préstamo otorgado por el BID en 1998 con destino al saneamiento de la cuenca⁵⁸. Ante este tan frustratorio como descorazonante panorama, la Corte fijó una nueva audiencia pública para el 1 de junio de 2011 a fin que los funcionarios responsables amplíen sus manifestaciones sobre aspectos en que la gestión del plan integral resulta morosa y aclaren el manejo y destino de los fondos asignados. Para ese entonces habrán transcurrido infructuosamente casi tres años de dictado el pronunciamiento del tribunal.

⁵⁸ “La Nación”, Bs. As., 17 de marzo de 2011, p. 14.

Resulta notorio que el activismo comprometido que viene desplegando la CSN en esta causa estelar, al igual que en otras ya mencionadas, acompañado por algunos tribunales inferiores, no se compadece con la inercia de los poderes políticos en general, que han demostrado escaso interés en modificar sus tradicionales posturas desdeñosas o, cuanto menos, inoperantes, en el cumplimiento de las obligaciones puestas a su cargo. A lo cual se suma, en los últimos tiempos, una cada vez más baja institucionalidad republicana, que desdibuja el rol de los poderes y mengua ostensiblemente la eficacia de su ejercicio. El desenlace del tan plausible experimentalismo que viene practicando el Alto Tribunal no puede sino generar, hoy por hoy, fundados temores.

IV. Las ventajas y desafíos que plantea el creciente activismo judicial en los conflictos de interés público.

El activismo judicial encuentra su cauce propicio en el campo de la tutela de los derechos fundamentales y, particularmente, en los asuntos de interés público, donde las ventajas que ofrece superan largamente los defectos y dificultades que pueda traer consigo. Como actitud de los jueces, está inescindiblemente ligado a un sentido progresista, evolutivo y transformador que insufla a las decisiones, siempre enderezadas a la obtención de una finalidad trascendente a tono con los valores esenciales compartidos en la comunidad.

Claro que el mayor protagonismo que se reclama de los jueces, que presupone las correlativas responsabilidades políticas y sociales, conduce a generar un nuevo equilibrio en las funciones públicas, en la participación del poder “compartido” como nunca antes con los estamentos políticos de origen representativo. Sin embargo, esa más pronunciada ingerencia judicial no solo responde a las exigencias derivadas del ensanchamiento de las misiones del omnipresente “Estado benefactor”, que compromete por igual a todos los poderes que lo integran, sino también, y no menos principalmente, a la cada vez mayor y más pronunciada *participación social* de base. Son los diversos grupos y asociaciones de todo tipo que proliferan en la sociedad, deseosos de ocupar una plaza activa en la satisfacción del

bien común y que, con su accionar, alimentan la “demanda social acumulada”⁵⁹, que expresan sus reclamos ante los tribunales, a falta de respuestas de los demás poderes. Lo no menos novedoso es la potencialidad institucional del Poder Judicial que, una vez impelido, se torna un espacio privilegiado para el discurso democrático, un “*motor de democracia*” participativa⁶⁰.

1. En ese contexto, una de las *ventajas* más notorias que ha de atribuirse genéricamente al activismo pretoriano es su contribución a la legitimación democrática de las decisiones y, con ello, a la del propio Poder Judicial. En los procesos de interés público, en especial, el diálogo interinstitucional, la democracia deliberativa en el espacio público judicial, la participación comunitaria en el debate transparente y bajo reglas de paridad, su contribución a la construcción de las políticas públicas, con avances experimentales y métodos de control de la ejecución de las decisiones, no implican, tan sólo novedosas técnicas e instituciones, sino que constituyen los soportes de base que permiten desempeñar en plenitud la misión esencial que corresponde a los tribunales. Se trata, nada menos, de arbitrar entre intereses contrapuestos en conflictos de alto voltaje económico, social e institucional, donde los poderes políticos del Estado son confrontados por importantes sectores de la sociedad que pujan por el reconocimiento, y sobre todo, por la efectividad en concreto, de sus derechos fundamentales, ante la renuencia o pasividad precisamente de aquellos. Semejante activismo aporta “visibilidad” a los conflictos colectivos, los expone colocándolos en un lugar destacado de la agenda política⁶¹, lo que implica un aporte fundamental a la democracia deliberativa.

Otras *fortalezas* que se derivan que semejante exposición pública, con su puesta en escena, es que obliga a todos los partícipes a tratar con mayor seriedad los derechos fundamentales, en especial cuando se trata de

⁵⁹ LORENZETTI R.L., ob. cit., pp. 239-243..

⁶⁰ ZANETTI JUNIOR H., *Proceso constitucional...*, ob. cit., p. 46.

⁶¹ LORENZETTI R.L., ob. cit., pp. 239-240.

los más sensibles, por su natural vulnerabilidad y la cuota de sufrimiento que su vulneración siempre apareja. La superioridad que supone el tratamiento judicial de los conflictos de interés público se manifiesta, por otra parte, en punto al avance en el desarrollo progresivo de los derechos fundamentales, implícito habitualmente en la agenda que diseñan los tribunales superiores. Más aún, semejante activismo posibilita un diálogo permanente que no solo enlaza a los poderes del Estado durante el curso del proceso y aún durante la etapa de ejecución, sino también a los propios ciudadanos y a las organizaciones de la sociedad civil, posibilitando una participación cooperativa en los asuntos públicos⁶².

2. Bien que semejante modelo exhibe ciertas *debilidades y flaquezas*, que se tornan notorias no solo en el terreno del debate institucional, cuando se perfila al poder que integran los jueces como típicamente “contramayoritario” de cara a la fuente de legitimación, formalmente democrática, que enarbolan por oposición los demás poderes nacidos de la soberanía popular. Sin necesidad de ahondar en semejante conflicto, ni en los argumentos que se despliegan para salvar tales objeciones, lo cierto es que, y aún desde una perspectiva favorable al activismo de los jueces, sus ínsitas debilidades refluyen y quedan al desnudo, en todo caso, en el momento crucial –“la hora de la verdad”- que es el de la ejecución de las decisiones judiciales.

Además de ello, resulta claro que los jueces carecen de capacidades indispensables, en términos de conocimientos especializados, para inmiscuirse en cuestiones propias de la administración. Como que otras de sus notorias debilidades provienen de los limitados recursos –humanos, organizacionales, presupuestarios– con los que cuenta el Poder Judicial para asumir una agenda más o menos nutrida de conflictos de interés público. Para atenderlos eficazmente, debería terminar organizando gabinetes de expertos que, en definitiva, vendrían a sustituir innecesariamente la burocracia de la propia administración, reproduciendo vicios similares a los

⁶² LORENZETTI R.L., ob. cit., pp. 340-341.

que trata de enmendar. Como se ha señalado agudamente⁶³, la avocación permanente del Poder Judicial respecto de asuntos que sustancialmente no lo conciernen puede conducir a una deformación que es el “populismo judicial”, que produce ampulosas sentencias declarativas que concitan la atención pública, aunque despreocupadas de su escaso o nulo impacto real, con el consiguiente desprestigio de la magistratura.

3. La invocación común, para sustentar las ventajas del litigio de interés público, de la experiencia de la Corte Warren a mediados del siglo anterior, pone en evidencia un aspecto clave, recurrente en la discusión en torno de los poderes de los jueces para la promoción de cambios estructurales en la sociedad, cual es el de las circunstancias tan singulares del contexto en que aquel modelo activista por antonomasia pudo darse. De ahí que sea necesario alertar sobre la necesidad de bucear en las posibilidades reales que, en cada país, y en cada momento histórico existen para que tal acentuado rol protagónico pueda razonablemente florecer⁶⁴.

Es precisamente por ello que ha podido afirmarse con acierto que el activismo no constituye una regla permanente, sino más bien el resultado de la conjugación de una serie de variables que interactúan bajo ciertas circunstancias⁶⁵, entre ellas y además de la persistencia de una “demanda social acumulada” e insatisfecha, por la omisión de los otros poderes, un contexto de amplia independencia de los magistrados y fortaleza del poder jurisdiccional⁶⁶ y, especialmente aún, la existencia de un marco institucional adecuado –una alta institucionalidad, por el funcionamiento pleno de las instituciones de la Constitución democrática-.

⁶³ LORENZETTI R.L., ob. cit., p. 242.

⁶⁴ Así, en relación a las circunstancias brasileñas se ha señalado que la actual realidad institucional exhibe muchos problemas que condicionarían posturas semejantes (THEODORO JÚNIOR H., NUNES D. y BAHÍA A., RePro, n° 189, 2010, pp. 12-14). De ahí que la propuesta sea comenzar a discutir con mucha seriedad las cuestiones que plantea la litigancia de interés público, con la prevención por la eventual utilización temeraria (p. 50).

⁶⁵ LORENZETTI R.L., ob. cit., pp. 237-238.

⁶⁶ Sobre la independencia judicial y la lucha de los jueces colombianos en defensa de la democracia: VILLAMIL PORTILLA E., ob. cit., pp. 78 y ss..

4. El involucramiento de los jueces en tales conflictos, en definitiva, presupone la asunción de ingentes riesgos que pueden engendrar en los hechos motivos graves de desprestigio del propio Poder Judicial, atrapado entre la inutilidad del esfuerzo y los flacos resultados obtenidos. No se trata, sin embargo, de rehuir el desafío por complejo que sea, porque se defraudaría a la sociedad que ve en la jurisdicción al último baluarte de la tutela efectiva de los derechos.

Claro que la autoridad de los jueces no surge de ninguna peculiar superioridad moral como estamento, sino en todo caso de los límites de la función a través de la cual ejercen el poder⁶⁷. La judicatura suscita respeto porque está aislada de la política e implicada en un diálogo especial con la sociedad. Los jueces están obligados a escuchar reclamos, a canalizarlos a través de un proceso dialógico, a asumir responsabilidades personales por sus decisiones y a justificarlas con base en razones socialmente aceptables. Esa es la fuente de su legitimidad y autoridad. La función judicial tiene un contenido esencialmente público, más (o además) que resolver conflictos consiste en dar significado y expresión concretos a los valores públicos contenidos en el derecho, es decir los que definen una sociedad y le confieren su identidad y coherencia⁶⁸.

En esa misión superior, la virtud de la prudencia debe guiar a los jueces para evitar inmiscuirse indebidamente en la confrontación de las políticas públicas, invadiendo esferas de poder por principio reservadas y propias de los poderes políticos. El Poder Judicial no tiene la tarea de imponer políticas públicas, sino de confrontar el diseño de políticas asumidas por los poderes políticos con los estándares jurídicos aplicables y –en caso de hallar divergencias– reenviar la cuestión a los poderes competentes⁶⁹. Aún en los conflictos de interés público, en los que se reconoce a los tribunales poderes de dirección e instrucción exorbitantes, donde la transparencia, el método dialogal y la participación ciudadana

⁶⁷ FISS O., ob. cit., pp. 17 y ss., 34.

⁶⁸ FISS O., ob. cit., pp. 18, 19, 23, 26 y ss., 30, 78, 88.

⁶⁹ ABRAMOVICH V., ob. cit. pp. 449.

refuerzan su legitimidad formal y aún sustantiva, la proyección de las decisiones para influir de algún modo en la construcción de las políticas públicas deben ser cuidadosamente sopesadas y confrontadas de cara a sus consecuencias previsibles. En ese delicado equilibrio, el rol judicial no está encaminado a sustituir la voluntad de las mayorías sino en todo caso a asegurar los procedimientos a través de los cuales se expresan, sosteniendo las reglas de juego institucionales⁷⁰.

Todos los tribunales, y especialmente los superiores, han de ser celosos custodios de las garantías fundamentales y, para su aseguramiento en concreto, como integrantes de un verdadero y propio poder estatal, influyen y participan en la construcción de las políticas públicas, de consuno con los poderes políticos, de modo articulado y no confrontativo, en términos de un virtuoso “diálogo” interinstitucional. De la racionalidad como lo hagan depende el juicio y la valoración última e inapelable, que siempre corresponde a la comunidad.

⁷⁰ LORENZETTI R.L., ob. cit., pp. 243-244.