

“El Litigio de Derecho Público en los Tribunales: Poder Judicial y Políticas Públicas.”¹

Por Guillermo F. Treacy²

Sumario: **I.-** Introducción. **II.-** Algunas cuestiones terminológicas. **III.-** La dificultad contramayoritaria y el litigio estratégico. **IV.-** Los distintos paradigmas de proceso. **IV.1.-** El paradigma del litigio clásico. **IV.2.-** El paradigma del litigio de derecho público. **IV.3.-** Los litigios de derecho público en nuestro país. **V.-** El deslinde entre las funciones judiciales y las funciones gubernamentales. **VI.-** Revisitando el problema contramayoritario: el alcance de las sentencias en los litigios de derecho público. **VII.-** Consideraciones finales

I.- Introducción

El propósito de esta ponencia es exponer algunas de las dificultades e interrogantes que presenta el llamado litigio de derecho público en el ámbito judicial. Sin duda la expansión del acceso a la justicia tiene efectos positivos en cuanto a la consolidación de las instituciones y del Estado de Derecho. Pero también suscita problemas, tanto teóricos como prácticos.

Por una parte, la promoción de este tipo de litigios renueva el debate por la legitimidad del control que los jueces ejercen sobre los otros poderes públicos. En efecto, la llamada dificultad contramayoritaria aparece aquí con nuevos matices. Quienes cuestionan que los tribunales -que, por su forma de designación, no responden a la lógica del sistema democrático representativo- puedan invalidar normas emanadas de los órganos democráticamente elegidos, encuentran ahora renovados argumentos para postular que, cuando se trata de litigios colectivos (en particular los referidos a la implementación de

¹ Texto de la disertación presentada en las “I Jornadas de Derecho Constitucional del GCBA”, organizadas por el Centro Federal de Estudios de Derecho Público y el Instituto Superior de la Carrera del GCBA, celebradas los días 29 y 30 de noviembre de 2011 en el Salón San Martín de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

² Abogado (Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires); LL.M. (Harvard Law School); Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires); Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal. Ex Juez de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario – Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

políticas sociales), los jueces deberían abstenerse de intervenir, sobre la premisa de que la determinación de políticas públicas es una cuestión ajena a ellos.

En este contexto, procuraremos establecer qué cuestiones son apropiadas para ser llevadas ante los tribunales. ¿Hasta qué punto una cuestión puede quedar librada al proceso político, esto es, al resultado de una deliberación pública, y hasta qué punto los tribunales poseen legitimidad para incidir en las políticas públicas?

Por otra parte, el examen de esta cuestión nos obliga a examinar la estructura de los procesos judiciales. Por un lado, existe un paradigma de proceso “tradicional” o “clásico”, cuyos caracteres son conocidos en la teoría del proceso. Por otro lado, junto a él -y en nuestro país cada vez con mayor frecuencia desde la reforma constitucional de 1994- ha aparecido una modalidad de proceso que se ha venido desarrollando dentro del molde de viejas normas procesales, que no contemplaban la posibilidad de litigar en defensa de intereses colectivos. Este tipo de litigios se abrió camino entre normas inadecuadas, muchas veces a pesar de ellas. Existen diferencias de estructura entre uno y otro tipo de procesos a las que nos referiremos en este trabajo. Sobre esa base formularemos algunas precisiones en torno a las posibilidades del proceso judicial como herramienta estratégica para lograr la efectividad de los derechos humanos, cuando los afectados son grupos que no encuentran adecuada representación en el proceso político.

Otro conjunto de problemas se relaciona con el manejo de los litigios de derecho público y, en particular, lo relativo a las respuestas que pueden implementarse desde los tribunales cuando se trata de controlar la ejecución de políticas públicas. Creemos que la clave para responder a las objeciones a la legitimidad del control judicial en estas áreas radica en el tipo de remedio que los tribunales pueden diseñar a fin de resolver la vulneración de derechos. En este sentido, postulamos que la respuesta judicial debe ser flexible, conciliando el margen de apreciación que pueden tener los órganos de la administración con el deber de los jueces de asegurar la efectividad de la Constitución y de los valores que ella encierra.

II.- Algunas cuestiones terminológicas

En lo que sigue, consideraremos que el litigio de derecho público³ se refiere a los reclamos judiciales tendientes a producir reformas estructurales mediante la adopción de políticas públicas, que aseguren la vigencia de los derechos humanos. Otras denominaciones posibles son “litigio estratégico” o “litigio estructural”⁴. A menudo, este tipo de litigios se plantean como reclamos colectivos, aunque no es necesario que sea así; a veces tales reclamos judiciales asumen la forma de acciones individuales, pero constituyen “casos testigo”, que generan seguimiento por parte de los demás tribunales. En cualquier caso, a los fines de este trabajo, entendemos que estas designaciones pueden utilizarse de manera intercambiable.

III.- La dificultad contramayoritaria y el litigio estratégico

Alexander Bickel se refería al hecho de que los tribunales constituían una fuerza contramayoritaria dentro del sistema institucional norteamericano. En tal sentido planteaba la paradoja de que las decisiones de órganos democráticamente elegidos estuvieran sujetos al control de otros órganos (los jueces) designados de por vida, que no estaban sujetos al escrutinio de elecciones democráticas. Empero, existían motivos que justificaban la existencia de la revisión judicial. No es el propósito de esta comunicación ingresar en la polémica suscitada al respecto, inclusive -aunque en menor medida- en nuestro medio⁵.

En cambio, me interesa remarcar que la utilización del litigio con fines estratégicos, esto es, para avanzar una agenda tendiente a provocar la implementación de políticas públicas, puede constituir una forma de fortalecer las instituciones democráticas. En otras palabras, más allá del origen de su designación, los tribunales pueden constituir un instrumento “capacitador” de

³ Esta denominación aparece en el trabajo de Abram Chayes, “The role of the Judge in public law litigation”, 89 *Harvard Law Review* 1281 (1976).

⁴ Owen Fiss habla de “structural reform”, refiriéndose a un tipo de proceso que se caracteriza “por el esfuerzo de dar sentido a los valores constitucionales en el funcionamiento de organizaciones de gran escala”. Ver su ensayo: “The forms of Justice”, incluido en *The Law as it could be*, New York University Press, New York and London, 2003, pág. 5.

⁵ El debate ha tenido lugar sobre todo en los Estados Unidos, en particular: Bickel, Alexander M., *The least dangerous branch – The Supreme Court at the bar of Politics*, Yale University Press, New Haven and London, 1986, pp. 16 y ss.; Ely, John Hart, *Democracy and Distrust. A theory of judicial review*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts) and London (England), 1980; entre muchos otros. En nuestro medio, se han ocupado del tema: Nino, Carlos S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997; también en: *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2000, esp. págs. 657 y ss. No obstante este autor encuentra justificaciones al ejercicio de este control. Más radical en su cuestionamiento a la revisión judicial es Roberto Gargarella (*La justicia frente al Gobierno*, Barcelona, Ariel, 1996).

la democracia⁶, y esto puede lograrse en la medida en que la sentencia judicial tenga por efecto promover la deliberación pública y llamar la atención sobre determinada política pública (o la ausencia de ella), a fin de que los otros poderes se involucren en la solución del problema.

El hecho de que todas las personas puedan contar con un remedio judicial efectivo para la protección de sus derechos obliga, en alguna medida, a “democratizar” a los tribunales, que deben estar en condiciones de dar una respuesta adecuada a ese tipo de demandas. En este orden de consideraciones, es un hecho observable, sobre cuyas causas no ingresaremos aquí, que los ciudadanos tienden a acudir a los tribunales para lograr satisfacción a pretensiones que perciben que no son suficientemente atendidas por el sistema político⁷. Por lo demás, el acceso a la justicia, frente a la vulneración de un derecho, siempre está expedito⁸. Ello marca una diferencia con los comicios, fuente de legitimación de los restantes poderes, ya que los derechos electorales sólo pueden ejercerse en forma periódica.

En cambio, los tribunales constituyen órganos permanentes, que permiten -en la medida en que se formulen los reclamos pertinentes- someter, bajo ciertos recaudos, a control público las decisiones de los órganos elegidos. La amplitud con que es consagrado el derecho a la tutela judicial puede tener por efecto una mayor legitimidad de los tribunales, tal vez purgando el “vicio de origen” derivado del hecho de ser un poder contramayoritario. En este trabajo, sostenemos que los tribunales -más allá del apuntado déficit de legitimidad

⁶ Stephen Holmes se refiere a reglas incapacitadoras y reglas capacitadoras, en el sentido de que ciertas aparentes restricciones propias del constitucionalismo (por ejemplo, la división de poderes) pueden contribuir a mejorar el funcionamiento de las instituciones (Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en Elster, Jon – Slagstad, Rune (eds.), *Constitucionalismo y democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, págs. 217, 249-256). En el texto procuraremos mostrar que la participación de los jueces en los litigios de derecho público también puede tener el sentido de reforzar el control democrático sobre los otros poderes, más que en una invasión de las competencias de éstos.

⁷ Señala Abramovich que “[l]a debilidad de las instituciones democráticas de representación y el deterioro de los espacios tradicionales de mediación social y política han contribuido a trasladar a la esfera judicial conflictos colectivos que eran dirimidos en otros ámbitos o espacios públicos o sociales, lo que en ocasiones ha reeditado la vieja polémica sobre los márgenes de actuación de las instancias judiciales con relación a las instancias políticas”. Ver Abramovich, Víctor, “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política”, JA 2006-II-1177.

⁸ Además de la disposición relativa a la inviolabilidad de la defensa en juicio (art. 18 CN), distintos instrumentos internacionales de derechos humanos aseguran el derecho a la protección judicial y, en particular, a un recurso sencillo y efectivo frente a violaciones a sus derechos (art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 8º y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; etc.).

democrática en cuanto a su origen y modo de designación- pueden contribuir tanto al funcionamiento del sistema institucional como a la vigencia de los derechos humanos.

IV.- Los distintos paradigmas de proceso

Como hemos anticipado, el litigio estratégico presenta características propias. Si bien no es posible hacer afirmaciones demasiado categóricas acerca de algunas de ellas, lo cierto es que puede ser diferenciado claramente del litigio tradicional. Siguiendo la caracterización de Chayes⁹, plantearemos aquí la existencia de dos paradigmas de proceso (el litigio tradicional y el litigio de derecho público) que, según veremos, tienen implicancias distintas tanto desde el punto de vista de la legitimidad como desde la perspectiva de las funciones que están llamados a asumir los jueces en ese tipo de procesos.

En forma preliminar, es preciso observar que nuestra percepción acerca del funcionamiento de los tribunales está modelada sobre la base del proceso civil, tendiente a resolver disputas acerca de derechos patrimoniales¹⁰. Esta visión parece ser adecuada cuando se trata de obtener una reparación económica por daños y perjuicios, aspecto en el cual el proceso tradicional resulta aplicable también a las causas en que el Estado es parte¹¹. Señalado ello, puede resultar ilustrativo examinar las diferencias entre el proceso “tradicional” y el litigio de derecho público, para luego plantear algunos arreglos institucionales y procesales necesarios para conjugar el respeto por los derechos humanos con las atribuciones de los órganos democráticamente elegidos.

IV.1.- El paradigma del litigio clásico

⁹ En su artículo citado en nota 3.

¹⁰ Esta afirmación debería matizarse con el hecho de que el proceso civil “clásico” también ha experimentado modificaciones en cuanto a su trámite o en cuanto a los remedios previstos, como sucede en el derecho de familia.

¹¹ Cabe señalar que las normas procesales aplicables a los juicios en que es parte el Estado federal son, básicamente, las contenidas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, con algunas modulaciones contenidas en la Ley de Demandas contra la Nación y la Ley N° 25.344. A nivel local, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, existe el Código Contencioso Administrativo y Tributario, que regula específicamente las relaciones procesales entre las autoridades administrativas locales y los particulares.

Bajo esta denominación, nos referiremos al tipo de proceso que habitualmente ha sido manejado por nuestros tribunales. Como hemos visto, los autores han descrito un tipo de proceso -el litigio de derecho público- que desborda los límites del proceso tradicional¹².

El proceso tradicional se caracteriza por referirse a una controversia *bipolar*, en la que existe una disputa bien definida entre un actor y un demandado. El proceso puede ser visto como una competencia entre dos partes, diametralmente opuestas, donde sólo una puede ganar.

Otra nota característica del litigio clásico radica en que el proceso es *retrospectivo*, en la medida en que se refiere a hechos ya consumados. Algunos autores sostienen que ello es típico de los procesos judiciales; se trata de resolver disputas, definiendo quién tenía razón, y no de definir la forma en que las partes deben conducirse en el futuro¹³.

Por otra parte, la noción tradicional del proceso se basa en que el derecho y el remedio ante su violación son interdependientes. La medida de la reparación a obtener dependerá del tipo de daño causado al actor. En general, el remedio consistirá en una reparación económica, que restablecerá el equilibrio afectado por la violación a un derecho del actor, aunque ocasionalmente la sentencia puede exigir la reversión de la situación al estado anterior o la realización de una prestación de hacer.

Otra característica del proceso clásico es que los efectos de la decisión judicial se limitan a las partes. Por último, este tipo de procesos es iniciado a instancia de parte y controlado por ellas. El juez aparece como un árbitro neutral, que sólo decide las cuestiones de hecho y de derecho que le son propuestas por las partes.

Esta concepción se relaciona con el principio dispositivo que caracteriza al proceso civil. Con arreglo a él, “se confía a la actividad de las partes tanto el estímulo de la función judicial como la aportación de los materiales sobre los que ha de versar la decisión del juez”. La idea subyacente en este tipo de procesos es que “las pretensiones y defensas que se ventilan en el

¹² Owen Fiss, en el trabajo citado en la nota 4, se refiere al modelo de resolución de disputas (*dispute resolution model*).

¹³ Lon Fuller, por ejemplo, sostenía que las decisiones judiciales miraban hacia el pasado, tanto por sus efectos en los derechos de los litigantes como por su efecto como precedentes para la decisión de otros casos. Según él, la filosofía que subyace en esta concepción es que no corresponde a los tribunales crear nuevos objetivos para la sociedad, ni imponer a la sociedad nuevas directrices básicas. Ver: Lon L. Fuller, “The forms and limits of adjudication”, 92 *Harvard Law Review*, 353, 391-392 (1978).

proceso civil constituyen un mero reflejo de los derechos subjetivos de las partes, y no exceden, por lo tanto, el interés privado de éstas”¹⁴ . Como es evidente, tal situación es radicalmente diversa de la que confrontan los tribunales en los litigios de derecho público.

IV.2.- El paradigma del litigio de derecho público

Los autores han observado, primero en Estados Unidos, aunque por razones diversas, también en nuestro país, que ha emergido un nuevo paradigma de proceso, en que las notas mencionadas previamente se relativizan, y el juez asume nuevas funciones, más activas en cuanto a la dirección del proceso¹⁵.

En este tipo de procesos, la estructura ya no es estrictamente bipolar, de modo que con frecuencia aparece una diversidad de partes con interés en la materia que se debate en el juicio. Estos intereses bien pueden no ser homogéneos, ni tener todos la misma entidad, pero así y todo pueden tener cabida en el marco de estos procesos. Al respecto, siguiendo a Lon Fuller, podría afirmarse que se trata de controversias policéntricas¹⁶, de modo que el desafío radica en lograr formas adecuadas de asegurar que puedan ser escuchados los intereses relevantes dentro del trámite de la causa.

Por otra parte, y a diferencia del proceso tradicional, la condena no consiste en una reparación económica por una violación de derechos ocurrida en el pasado, limitada a las partes que intervinieron en la causa, sino que el tribunal debe adoptar remedios flexibles, variables con el tiempo, y que tomen en consideración los intereses afectados, aun cuando no hayan estado representados en la causa. Aquí el proceso ya no es retrospectivo, sino que procura ordenar para el futuro los intereses involucrados, en función del remedio a adoptar.

Otro aspecto relevante es que el papel del tribunal no concluye con el dictado de la sentencia; en los litigios de derecho público es necesario un seguimiento de su ejecución, aspecto que a menudo resulta tan complejo como la tramitación del litigio previa a la decisión final.

¹⁴ Palacio, Lino, Derecho Procesal Civil, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, ap. 49.

¹⁵ En este punto seguimos también el trabajo de Chayes citado en nota anterior.

¹⁶ Este autor, cuya visión del fenómeno aparece vinculada al proceso tradicional, observaba que las “tareas policéntricas” no son aptas para encomendar a los jueces. El autor no define qué son las tareas policéntricas, aunque suministra ejemplos que revelan que se trata de asuntos en que, o bien hay múltiples personas afectadas, o bien se refieren a materias “fluidas”, en las que pueden producirse cambios en la situación de una de las partes que afectan a los demás involucrados. Cabe observar que los litigios de derecho público a menudo tienen características policéntricas, al existir varios –y diversos- intereses involucrados.

Por último, el objeto del juicio no es una disputa entre particulares acerca de derechos privados, sino que se pone en cuestión el funcionamiento de una política pública.

IV.3.- Los litigios de derecho público en nuestro país

Desde el punto de vista normativo, el reconocimiento constitucional de derechos de incidencia colectiva ha tenido un efecto positivo en cuanto al acceso a la tutela judicial efectiva. En ello han tenido un papel relevante actores institucionales como las organizaciones no gubernamentales, las Defensorías del Pueblo o los Ministerios Públicos. El litigio de derecho público a menudo asume la forma de reclamos colectivos, aunque a veces se presenta como una pretensión individual, que puede significar un impacto en la conducta de la administración, por su valor ejemplarizador de una categoría de situaciones semejantes.

Desde el punto de vista procesal, la tramitación de los litigios de derecho público parece transitar una situación semejante a la existente con anterioridad a la sanción de la Ley de Amparo N° 16.986. En efecto, desde su nacimiento con los casos “Siri” (1957) y “Kot” (1958), hasta la sanción de dicha ley bajo un gobierno de facto (1966), los tribunales fueron definiendo los alcances y modalidades con que era admitida esta acción. Con el litigio de derecho público nos hallamos en una situación parecida. Aunque formalmente se aplican, por lo general, las disposiciones de la ley citada, ello es así con considerables adaptaciones y con relativa flexibilidad, advirtiéndose en estos casos que los jueces se ven en la necesidad de hacer uso con mayor intensidad de las facultades de dirección del proceso. Los jueces no han sido, en general, espectadores del debate que tenía lugar entre las partes.

La utilización del litigio de derecho público ha tenido por finalidad asegurar la construcción de rampas para discapacitados en edificios públicos¹⁷, la mejora de condiciones carcelarias¹⁸, la producción de una vacuna¹⁹, la provisión de medicamentos a la población afectada por

¹⁷ En “Labatón, Ester c/ Poder Judicial de la Nación”, del 25/09/96, la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal ordenó al Estado nacional a “ejecutar las obras necesarias que permitan la remoción de las barreras arquitectónicas en [las dependencias judiciales]”, fijando un plazo a tal fin y para la presentación del cronograma de obras”.

¹⁸ En “Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”, del 3/05/2005, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar a la acción de habeas corpus correctivo y colectivo promovida por el actor, en su carácter de presidente de una organización no gubernamental (el Centro de Estudios Legales y Sociales), a raíz de las condiciones de detención de las personas en comisarias y establecimientos penales sobrepoblados en la provincia de Buenos Aires (Fallos 328:1146).

¹⁹ En “Viceconte, M. c/ Estado nacional”, del 2/06/98, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, ordenó al Estado nacional cumplir “estrictamente y sin demoras” un

determinada enfermedad²⁰, la recomposición del daño ambiental²¹, etc. En todos estos casos, se planteaban pretensiones que trascendían el interés de los litigantes y apuntaban a fijar conductas hacia el futuro a las agencias gubernamentales. Con ese fin los tribunales admitieron la intervención de terceros en el proceso, la participación de *amici curiae*, o la realización de audiencias públicas. En este sentido, el caso “Mendoza” constituye un buen ejemplo de un litigio de derecho público, dada la complejidad del objeto, la pluralidad de intereses involucrados y el carácter marcadamente técnico de la solución que debía implementarse²².

Por su parte, en la ciudad autónoma de Buenos Aires se han presentado numerosos casos en los que se ha litigado acerca de intereses colectivos, que se proyectaban en la formulación de políticas públicas. En tal sentido, se han abordado cuestiones ambientales²³, educativas²⁴ o de acceso a la vivienda, con incidencia sobre un amplio colectivo de personas. Ello se hizo sobre un marco procesal que, a semejanza del nacional, no cuenta con normas específicas para encauzar este tipo de asuntos²⁵. Cabe recordar que la Constitución de la Ciudad regula los

cronograma que estaba presentado en la causa, para la fabricación de la vacuna contra el mal de los rastrojos (sentencia publicada en JA 1999-I-485).

²⁰ En “Asociación Benghalensis y otros c/ Estado Nacional”, del 1/06/2000 (Fallos 323:1323), la Corte Suprema de Justicia de la Nación ordenó al Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación dar acabado cumplimiento a su obligación de asistencia, tratamiento y, en especial, al suministro de medicamentos –en forma regular, oportuna y continua- a los enfermos de SIDA y HIV que se encontraran registrados en los hospitales y efectores sanitarios del país. Del mismo modo, el Alto Tribunal ordenó a ese Ministerio a incluir en el Plan Médico Obligatorio las prestaciones para el tratamiento de enfermos de esclerosis múltiple y síndrome desmielinizante aislado que no hubieran padecido brotes o exacerbaciones durante un plazo de dos años (in re “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud – Estado nacional s/ acción de amparo”, del 18/12/2004 (Fallos 326:4931).

²¹ El caso “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación del río Matanza-Riachuelo)” la Corte Suprema de Justicia dictó varias resoluciones tendientes a encauzar el proceso, celebrando audiencias, requiriendo informes y documentación adicional a las partes; asimismo, requirió a la autoridad administrativa la presentación de un plan integrado, en el que se fijaran “metas interinas y temporales proyectadas en un cronograma temporal” (sentencia del 20/06/2006; Fallos 329:2316). Con posterioridad, la Corte dictó sentencia en lo relativo a las pretensiones de recomposición y prevención ambiental (resolución del 8/07/2008).

²² Cabe acotar que la vía procesal empleada no fue la acción de amparo, sino que la Corte parece haber tramitado una suerte de acción innominada, con base en las normas procesales de la Ley General del Ambiente N° 25.675 y las facultades de dirección e instrucción del proceso previstas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (arts. 34 y 36).

²³ V.gr. “Asociación Argentina de Expuestos al Amianto – ASAREA- c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)” (expte. EXP 25906), sobre la forma en que debían removerse los techos de viviendas construidas por la ex Municipalidad en el barrio Presidente Illia; “Barragán, José Pedro y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)” (expte EXP 3059): sobre medidas de mitigación del impacto ambiental proveniente de la Autopista 25 de mayo;

²⁴ V.gr. “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)” (expte. EXP 23360): sobre el cumplimiento del mandato del art. 24 CCBA de asegurar vacantes en la educación de nivel inicial; “Iglesias, José Antonio y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)” (expte EXP 15909): sobre la realización de obras de infraestructura en establecimientos educativos de la Ciudad.

²⁵ Algunos procesos tramitaron como acción de amparo bajo la vigencia de la Ley N° 16.986, que regía como norma local en la ciudad de Buenos Aires. Con posterioridad la Legislatura dictó la Ley N° 2145, que sustituyó a

lineamientos generales de la acción de amparo colectivo (art. 14 segundo párrafo), pero no ha recibido desarrollo legislativo la temática de las acciones colectivas, que constituyen el cauce para los litigios de derecho público.

V.- El deslinde entre las funciones judiciales y las funciones gubernamentales

A la luz de esta semblanza de los dos paradigmas procesales que conocen nuestros tribunales, ninguna duda cabe de que el proceso clásico es el que mejor se adecua a la concepción tradicional de la función judicial.

Sin embargo, el litigio de derecho público es una realidad en nuestros tribunales y, luego de la reforma constitucional de 1994, el reconocimiento de derechos de incidencia colectiva ha obligado a los jueces a actuar de una manera más activa para asegurar la efectividad de políticas contenidas en la ley fundamental.

En este contexto, y a la luz de la caracterización efectuada de este tipo de litigios, trataremos de evaluar si es atendible la objeción de que mediante ellos se afecta el principio de división de poderes, al inmiscuirse los jueces en tareas propias de los otros departamentos de gobierno.

Como se infiere de lo expuesto, la principal dificultad (y resistencia) que genera en algunos sectores este tipo de procesos radica en el hecho de que inciden sobre la ejecución de políticas públicas. A menudo, los tribunales han restringido la legitimación a fin de evitar que los tribunales se conviertan en un nuevo foro, en el que se debaten cuestiones que, se afirma, deben ser tratadas en otros cauces deliberativos, distintos del proceso judicial²⁶.

Más allá de la realidad constitucional de otros países, es oportuno advertir que en Argentina la posibilidad de exigir judicialmente determinados derechos, que a menudo obligan a adoptar decisiones de políticas públicas, encuentra fundamentos normativos tanto en la Constitución como en instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país, varios de ellos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN). Por consiguiente, la tesis

aquella. Sin embargo, las disposiciones de esta última que regulaban el amparo colectivo fueron vetados. De tal modo, se carece en el ámbito local –a semejanza de lo que ocurre en el orden federal– de una regulación específica para tramitar procesos colectivos.

²⁶ Tal situación es la que acontece en los casos en que se invoca la condición de ciudadano o de legislador para acceder a los tribunales. Ello, en tanto la naturaleza generalizada del agravio impide considerar la existencia de una *afectación* concreta a un derecho, que es un requisito constitucional para estar legitimado.

acerca de que los tribunales deberían abstenerse de intervenir en este tipo de asuntos no parece defendible desde el punto de vista normativo, al menos, frente al hecho de que la propia Constitución Nacional establece que los tribunales tienen competencia para conocer en todas las causas que versen sobre puntos regidos, entre otros, por la Constitución y los tratados internacionales (art. 116 CN). Cabe señalar que varios derechos reconocidos en normas locales o internacionales (en particular, el derecho a la salud, el derecho a un medio ambiente sano y, en general, los derechos económicos, sociales y culturales) obligan a la adopción de medidas que desbordan los límites del proceso clásico. Así, la orden de fabricar una vacuna, que beneficiará a la población expuesta a contraer enfermedades (Viceconte), la orden de recomponer el medio ambiente afectado por contaminación (Mendoza), la mejora en las condiciones carcelarias (Verbitsky), etc., constituyen algunas de las respuestas judiciales obtenidas como consecuencia de la promoción de este tipo de litigios. Del mismo modo, en la ciudad de Buenos Aires, el reconocimiento de la justiciabilidad de los derechos -mencionados como “Políticas Especiales” en el Título Segundo del Libro Primero de la Constitución local- ha llevado a los tribunales a intervenir en decisiones complejas en materia de salud, educación, ambiente, vivienda, igualdad, etc.

El litigio de derecho público pone en crisis la noción tradicional del proceso y lleva a replantear los alcances y finalidades de la división de poderes. En este sentido, nociones como la de discrecionalidad o la de cuestiones no justiciables, si bien no han desaparecido del discurso judicial, tienden a reducirse considerablemente en la medida en que gana aceptación la idea de que todos los órganos estatales están sujetos al control judicial, cuando exista la afectación de un derecho fundamental. En este contexto, la nota definitoria que permite distinguir las situaciones propias del conocimiento de los jueces, de aquellas que no lo son, radica en la existencia de una violación de derechos²⁷. Por ello, más allá de las objeciones al papel que desempeñan los jueces en los litigios de derecho público, la justificación es la misma que en los procesos tradicionales: se trata de hacer prevalecer los derechos

²⁷ La Corte Suprema se ha referido a cuándo una cuestión no puede ser detraída del conocimiento de los tribunales, es decir, ha reivindicado el papel de éstos en la solución de controversias acerca de derechos privados frente a los órganos administrativos (v.gr. “Fernández Arias” o “Angel Estrada”). Por otra parte, la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables parece reservar un rol específico a las otras ramas de los poderes estatales, con exclusión de los tribunales. Sin embargo, desde su consagración jurisprudencial en “Cullen c/ Llerena”, la doctrina ha tenido momentos de auge y retroceso. Luego de 1983 no ha sido invocada explícitamente. En cambio, se ha acudido a construcciones como la falta de legitimación del demandante o la existencia de facultades discrecionales, que han funcionado de manera equivalente y dan por resultado una mayor deferencia hacia los poderes políticos.

consagrados en la Constitución, frente a una vulneración concreta de la que pueden ser objeto por acción u omisión de la autoridad pública.

VI.- Revisitando el problema contramayoritario: el alcance de las sentencias en los litigios de derecho público

Aun siendo propio de los tribunales resolver situaciones estructurales cuya subsistencia implica una violación de derechos fundamentales, debe tenerse en cuenta que, en su misión de poner fin a esa violación, las opciones de un tribunal son variadas. Creemos que en este marco los tribunales deben ser conscientes de que su función puede ser “capacitadora” de la democracia, conciliando las exigencias de legitimidad democrática con la solución de deficiencias del sistema representativo.

Ahora bien, en los litigios de derecho público se cuestiona la forma en que la administración pública pone en marcha (u omite llevar a cabo) una política pública, por vulnerar, una posición o interés constitucionalmente reconocido. Muchas veces estas políticas que se cuestionan no han sido decididas por el Poder Legislativo, sino por funcionarios de la administración pública, que tampoco han sido elegidos democráticamente, sino que su legitimidad deriva del hecho de haber sido designados por otros funcionarios que sí están sujetos a votación popular. Ello relativiza la objeción basada en el origen no democrático de los jueces: también los funcionarios pueden tener carácter no democrático y tener una legitimidad derivada.

Por otra parte, los litigios de derecho público a menudo revelan deficiencias en el funcionamiento de las instituciones representativas. En tal sentido, no parece atendible el argumento de que la solución a los problemas estructurales debe hallarse en el proceso político. Aunque en teoría ello es así, a menudo las instituciones representativas no proporcionan respuesta a esos problemas, de modo que resulta necesaria la intervención judicial, para asegurar la efectividad de los derechos fundamentales involucrados. Esto exige del tribunal una valoración de la situación de hecho en que es llamado a intervenir, ya que debe tomarse en cuenta el contexto político y la eficacia de las instituciones representativas existentes en un momento dado.

Debe advertirse que los litigios de derecho público que se han dado en nuestro país se referían a los detenidos en cárceles, personas con discapacidad, personas con enfermedades graves no atendidas por el sistema de salud, pobladores de zonas afectadas por la contaminación ambiental, etc. No parece que en tales casos sea atendible el argumento de remitirlos al proceso político, ya que se trata de minorías con escaso poder político, que difícilmente puedan hacer valer su voz en el ámbito de las instituciones representativas²⁸.

Ahora bien, el hecho de que -en principio- pueda justificarse desde el punto de vista de la legitimidad democrática la intervención de los tribunales en problemas estructurales, no significa que *cualquier* decisión que estos tomen sea aceptable. A menudo es posible adoptar diferentes cursos de acción ante un problema concreto y, muchas veces, la solución del caso exige medidas complejas, que los tribunales no están en condiciones de diseñar. En el mejor de los casos, la tarea de estos puede limitarse a exigir a la autoridad administrativa la adopción de medidas tendientes a solucionar la situación planteada, mediante la presentación de un plan o programa.

En este punto puede ser útil una directriz que surge de varios precedentes de la Corte Suprema, basada en el criterio que se utiliza al efectuar el análisis de razonabilidad. Según el Alto Tribunal, no es del resorte del poder judicial decidir acerca del acierto de los otros poderes públicos en la elección del medio empleado, sino que le incumbe únicamente pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos. Explícitamente el Alto Tribunal ha sostenido que existe cierto margen de apreciación en cuanto a la elección de medios, sin perjuicio de lo cual los tribunales pueden evaluar si son proporcionados a los fines que el legislador se propuso conseguir y en consecuencia decidir si es o no admisible la consiguiente restricción de los derechos afectados²⁹. Esta distinción entre los fines que persigue el legislador y los medios, así como la intensidad del control, permite extraer una pauta para especificar cuáles podrían ser los límites de la función judicial, a fin de no incursionar en tareas propias de los otros poderes.

²⁸ Por otra parte, como decimos en el texto, a menudo la violación de los derechos no proviene del órgano legislativo, sino de un accionar irregular de la administración.

²⁹ En "Cine Callao" (Fallos 247:121) la Corte recordó este principio, que tiene antecedentes en otros fallos de la Corte, que el Tribunal menciona (como los de Fallos 171:348; 199:483; etc). Se trata del principio de razonabilidad, que constituye la pauta para establecer la validez a restricciones a derechos fundamentales, al menos de índole económica y social.

En efecto, cuando en los litigios de derecho público el tribunal advierte deficiencias en el funcionamiento de la administración o una implementación defectuosa (o la no implementación) de una política pública, no reemplaza a la autoridad administrativa, adoptando la política pública que entiende correcta. La determinación de cuáles políticas públicas son apropiadas es materia reservada a los restantes poderes del Estado. Ello no obsta a que, una vez que la autoridad haya indicado al tribunal las medidas que adoptará, éste pueda revisarlas, en caso de no conformarse a las pautas indicadas en la sentencia.

Lo que sí es propio del poder judicial es decidir si la omisión de una política pública resulta violatoria de determinado derecho reconocido constitucionalmente (o en un instrumento internacional de derechos humanos). Si tal fuera el caso, los tribunales pueden ordenar la adopción de alguna política, que se oriente a hacer efectivo el derecho vulnerado. Un ejemplo de ello es el caso “Labaton”, antes citado. La supresión de barreras arquitectónicas que impedían el acceso de una persona con discapacidad a edificios públicos no era discrecional para la administración. En cambio, el tribunal reconoció a ésta un cierto margen de apreciación, pero sólo en cuanto al establecimiento de un cronograma para la realización de las obras, fijándole ciertos plazos máximos.

Del mismo modo, en el caso “Viceconte”, la decisión de fabricar la vacuna ya había sido tomada por la administración, aunque había incumplido el cronograma que ella misma había establecido.

Una situación parecida se presentó en el caso “Mendoza”, relacionado con la recomposición y prevención de un daño ambiental³⁰. Allí el tribunal -en este caso, la Corte Suprema- concluyó en la inconstitucionalidad de la omisión, de modo que exigió que se llevara a cabo un programa con ese fin, estableciendo metas, pero dejando en manos de la administración la decisión acerca de las modalidades del cumplimiento de la sentencia³¹.

³⁰ Este fallo es posterior a la intervención en el panel mencionado en la nota 1, pero ilustra adecuadamente el punto al que se hace referencia en el texto, acerca de las características del remedio judicial en los litigios de derecho público.

³¹ Al respecto, la Corte sostuvo que el objeto de la sentencia “se orienta hacia el futuro y fija los criterios generales para que se cumpla efectivamente con la finalidad indicada, pero respetando el modo en que se concreta, *lo que corresponde al ámbito de discrecionalidad de la administración*. De tal modo, el obligado al cumplimiento deberá perseguir los resultados y cumplir los mandatos descriptos en los objetivos que se enuncian en el presente, *quedando dentro de sus facultades los procedimientos para llevarlos a cabo*” (considerando 15; lo destacado no es del original).

La característica común de estas decisiones es que fijan con claridad los objetivos a cumplir por la administración, a veces estableciendo metas inmediatas y otras más mediatas. A veces, puede resultar suficiente ordenar el cese de la omisión violatoria de derechos fundamentales, estableciendo el plazo dentro del cual deberán alcanzarse esas metas.

Este tipo de soluciones, al dejar en manos de los órganos de la administración la determinación de las políticas que adoptarán para resolver un problema estructural (o bien, exigiendo que se cumplan aquellas que han adoptado previamente) constituye una salida a la cuestión de la legitimidad. El tribunal, al comprobar una omisión (o un incumplimiento) en una política o programa, debe ordenar su cese (o su cumplimiento efectivo), pero debe tener en cuenta que la administración dispone de una razonable amplitud de medios para concretar las prestaciones a su cargo, en la medida en que tales medios resulten razonables y no sean contrarios al principio de no regresividad. A su vez, cabe recordar que la razonabilidad de los medios es plenamente revisable, en su caso, en oportunidad de la ejecución de la sentencia.

El criterio que se expone es el que mejor compatibiliza el principio de división de poderes -en tanto exige una cierta deferencia hacia las decisiones que razonablemente adopten los poderes públicos para ejecutar las políticas que la Constitución pone a su cargo-, las competencias presupuestarias del legislador y los derechos de la parte afectada. Desde luego, en caso de que exista una única solución posible, se reducirá el margen de decisión que el tribunal puede reconocer a la autoridad administrativa. Sin embargo, esta situación resulta infrecuente en los litigios de derecho público, ya que la índole de los problemas estructurales permite cierto margen de discreción en cuanto a las modalidades o los tiempos en que puede cumplirse la decisión.

La actitud de los tribunales ante los litigios de derecho público revela que, en general, han adoptado un enfoque flexible en cuanto al diseño del remedio para una determinada vulneración de derechos. En este sentido, entendemos que la celebración de audiencias a fin de que los involucrados puedan exponer sus puntos de vista, la posibilidad de intervención de terceros en el proceso, la admisión de los *amici curiae*, constituyen instancias que favorecen la discusión pública de la cuestión sometida a juicio y la participación de las distintas voces relacionadas con el problema. La causa “Mendoza” sustanciada por parte de la Corte Suprema constituye en este orden de ideas un paradigma del proceso de derecho público, en tanto creó

instancias de participación y control tanto en el trámite como para la etapa de ejecución de la decisión del tribunal.

VII.- Consideraciones finales

La literatura acerca de la tensión entre constitucionalismo y democracia ha cuestionado la legitimidad de la intervención judicial, en particular cuando se reconoce a los tribunales la potestad de invalidar normas que reputan contrarias a la Constitución. Ello ha llevado a replantear el papel que los tribunales pueden desempeñar en el marco de una sociedad democrática y, en ese contexto, se han presentado justificaciones que reconcilian la idea de democracia (y la consiguiente primacía de las mayorías populares representadas en el poder legislativo) y la idea de constitución (como límite a un poder absoluto).

En principio, las diferencias entre uno y otro proceso parecen claras. Las grandes decisiones políticas se adoptan, en un Estado democrático, en el marco de instituciones deliberativas, en las que distintas voces pueden hacerse oír. Tradicionalmente los tribunales se han mantenido al margen de estas decisiones, limitándose a controlarlas cuando ellas pueden incidir negativamente en la esfera de derechos de un particular. De este modo, parecen armonizarse ambos tipos de procesos: el proceso político se ocuparía del “interés general”, mientras que los intereses particulares de los ciudadanos serían adecuadamente atendidos en los procesos judiciales. En esta concepción los tribunales parecen cobrar una cierta autonomía respecto del proceso democrático: éste no afecta su independencia y neutralidad para decidir los casos sometidos a su conocimiento; y aquellos deben guardar deferencia a la ley, como expresión de la voluntad democrática de los ciudadanos.

La utilización del litigio de derecho público pone en crisis esta distinción y revela la necesidad de buscar una justificación distinta para la intervención de los jueces, como actores en el proceso democrático.

Lo cierto es que el litigio de derecho público puede constituir una fuerza capacitadora dentro del sistema democrático. Puede hacer que, frente a ciertas insuficiencias de las instituciones representativas, se coloquen en la agenda intereses colectivos que habían sido postergados. En nuestro país no es necesario realizar grandes esfuerzos para hallar justificación a ese tipo de intervención judicial. Además de los nuevos derechos y garantías introducidos expresamente

en la Constitución Nacional luego de la reforma de 1994, no tienen un papel menor los instrumentos internacionales de derechos humanos, dotados de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN); todos ellos conforman un plexo de derechos que son exigibles ante los tribunales, de modo que las normas respectivas confieren a los jueces un título legítimo para incidir en esta materia, ante un agravio concreto. Algunos de esos derechos presentan carácter colectivo (en particular, algunos de los contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), de modo que, paralelamente al reconocimiento constitucional de derechos de incidencia colectiva y de las garantías para hacerlos efectivos (art. 43 CN), debe considerarse que tales instrumentos internacionales dan un contenido positivo a tales derechos.

En este contexto, creemos que el litigio de derecho público puede contribuir al sistema democrático, además, asegurando que en su trámite puedan ser oídos los representantes de los distintos intereses involucrados. Ello exigirá el diseño de mecanismos participativos dentro del proceso que obliguen a las partes y, en particular, a los poderes públicos, a comprometerse en la solución del problema estructural de que se trate.

Por último, cabe señalar que la creación, dentro del proceso, de instancias de diálogo de las partes entre sí y con el tribunal, a fin de definir objetivos y remedios posibles frente a una situación estructural de vulneración de derechos, se adecua mejor a las características de los litigios de derecho público. Por otra parte, al limitarse el tribunal a definir los objetivos a alcanzar (y el plazo para lograrlo) y dejar en manos de la administración la elección de los distintos medios, permite diluir algunas de las críticas acerca de la legitimidad de la intervención de los tribunales en este tipo de materias, donde la complejidad de la implementación de ciertos derechos (en particular, los derechos sociales) exige la colaboración estrecha con las autoridades administrativas