



Autor extranjero
invitado

Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política



Víctor Abramovich*

Recibido: 1° de septiembre de 2004

Aprobado: 28 de junio de 2005

RESUMEN

El presente artículo pretende identificar situaciones-tipo en las que el poder judicial ha asumido la tarea de verificar estándares jurídicos en el diseño y ejecución de políticas públicas relacionadas con la garantía de derechos económicos, sociales y culturales, y derechos civiles y políticos. A partir del estudio de sentencias proferidas por tribunales nacionales e internacionales, se establecen cuatro posibles tipos de intervención de los jueces en este campo. Por último, se analiza la intervención judicial para garantizar la participación de grupos y movimientos sociales en el diseño y toma de decisiones relacionadas con dichas políticas.

Palabras clave: acceso a la justicia y públicas, derechos económicos sociales y culturales.

ABSTRACT

This article seeks to identify types of situations in which judicial power has taken on the task of verifying legal standards in the design and development of public policies in regard to the guarantee of social, economic and cultural rights as well as civil and political rights. Based on the study of national and international precedents, this paper establishes four types of judicial decisions in this matter. Finally, it



* Miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA. Ex director Ejecutivo del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) de Argentina. Profesor de la Universidad de Buenos Aires, de la Universidad de Tucumán de American University. Correo electrónico: abramovich@gmail.com.

analyses judicial interventions which seek to guarantee to social organizations and movements the right to participate in the design of those policies.

Key words: judicial power and public policies, economic, social and cultural rights.

I. En algunas concepciones acerca de la teoría de la democracia se ha planteado con frecuencia el vínculo entre el acceso a la justicia y la posibilidad de acción de ciertos grupos o colectivos en la esfera política, al punto que algunos autores han incluido el derecho a la jurisdicción en el limitado catálogo de las libertades políticas concomitantes con la existencia de un régimen democrático.

Así, se ha sostenido que algunas libertades políticas o civiles que contienen una incuestionable dimensión política, tales como el derecho de acceso a información, la libertad de expresión y el derecho de asociación, pese a ser libertades eminentemente negativas, requieren adicionalmente como una herramienta de efectividad que está implícita en ellas, la libertad positiva de acceso expedito y ecuánime a los tribunales de justicia, que entraña la expectativa de que ciertos agentes del Estado emprenderán, en caso de ser apropiado, acciones tendientes a la protección de las mencionadas libertades.¹

De tal modo, se sostiene que, sin la posibilidad de acudir a los tribunales como un ámbito de resguardo institucional de última instancia, el reconocimiento de aquellas libertades políticas sería solo formal e ilusorio, de allí la estrecha relación entre el acceso –al menos potencial– a los tribunales y capacidad de acción en la esfera política. Este vínculo en definitiva se define a partir de una mirada instrumental del derecho a la jurisdicción como una garantía indispensable para el ejercicio efectivo de los demás derechos políticos (electorales activos o pasivos) o de aquellos derechos civiles que conllevan una indiscutible dimensión política (información, participación, petición, asociación, libertades sindicales, etc.).

No pretendo en este trabajo ahondar en esa relación, sino explorar otro tipo de vínculo entre la esfera judicial y política, que surge del reconocimiento legal de nuevos mecanismos procesales de representación de intereses colectivos y de la práctica de ciertos grupos o



¹ O'Donnell, Guillermo. "Teoría democrática y política comparada". En: *Desarrollo Económico*, Revista de Ciencias Sociales, enero-marzo 2000, vol. 39. pp. 519-568.

actores de plantear en el ámbito judicial conflictos públicos o que trascienden lo individual, a través de lo cual buscan fijar cuestiones en la agenda del debate social, cuestionar los procesos de definición e implementación de políticas del Estado, el contenido de esas políticas y sus potenciales impactos sociales, o en ocasiones ante la omisión del Estado, activar procesos de toma de decisión de políticas públicas o impulsar reformas de los marcos institucionales y legales en que se desarrollan.

Aquí la esfera judicial no aparece tan solo como un espacio de resguardo de derechos civiles o políticos, que se pretenden ejercer en el plano social o institucional, sino que es precisamente a través de la instancia judicial que ciertos actores sociales demandan al Estado, fiscalizan o impugnan sus decisiones y dialogan o confrontan con sus diferentes instancias y con los demás protagonistas del conflicto. El acceso a la jurisdicción actúa de ese modo como un mecanismo de participación en la esfera política, que reemplaza o complementa el deterioro de otros canales institucionales propios del juego democrático.

La 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. En cierta medida, el reconocimiento de derechos directamente justiciables, sean estos civiles y políticos o sociales, limita o restringe el espacio de actuación de los órganos políticos.

El análisis de esta cuestión excede el marco conceptual de este trabajo, sin embargo, entendemos que de ningún modo esta pregunta puede responderse en abstracto, sin atender a los contextos social e institucional en los cuales la administración de justicia es llamada a intervenir.² Cuando los canales institucionales tradicionales se



² V. Courtis, Christian. "Reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales" (inédito). El autor señala que la pregunta por la legitimidad de la actuación judicial no puede responderse en abstracto, tomando en consideración una o dos variables normativas, como el lugar de los tribunales en una "teoría pura" de la democracia o el origen no electivo de los jueces. La pregunta por la legitimidad requiere información empírica sobre el funcionamiento del sistema político y el conocimiento concreto del contexto histórico en el cual se desempeñan los jueces. En este sentido, el análisis de la legitimidad de la actuación judicial supone la necesaria comparación con el análisis de

obturar o se estrechan, las demandas sociales y la práctica de incidencia política de los actores sociales buscan nuevos cauces institucionales, que al mismo tiempo pueden afectar y modificar las formas tradicionales de las acciones social y política.

Dicho de otro modo, la debilidad de los actores políticos y de ciertos espacios de mediación social transforma los escenarios y los protagonistas de la práctica política. En muchos de los ejemplos que analizamos el camino judicial emprendido por organizaciones de la sociedad civil apunta a compensar la inoperancia de las instancias de fiscalización del propio Estado, y en ocasiones a activar debates sociales que no han sabido nutrir los tradicionales actores políticos.

Si bien la intervención judicial puede en algunos casos debilitar o acotar aún más la dinámica política, no se trata de una consecuencia fatal. En algunas oportunidades, es posible encontrar diversas formas de articulación entre ambas instancias, e incluso modalidades de intervención judicial, que, lejos de opacar la actividad política, pueden activar procesos de toma de decisión sobre políticas de Estado, abriendo canales de diálogo entre los poderes, garantizando nuevas vías de participación comunitaria y vigorizando una lánquida esfera pública.

Tampoco es evidente que la judicialización de ciertos conflictos debilite la capacidad de acción política de las organizaciones y los movimientos sociales. Se ha discutido mucho acerca del impacto de la judicialización de ciertos reclamos sobre la identidad y la capacidad de acción de las organizaciones y movimientos sociales, al punto que la apelación a la vía judicial está fuera del repertorio de acciones de muchos actores sociales importantes.

Se trata de una cuestión de enorme complejidad que no trataremos aquí, pero que debe observarse en función del tipo de estrategia legal y de la modalidad de actuación judicial que se presente en cada caso. También en este punto es posible pensar en formas de

la legitimidad de la actuación de los demás poderes. Así, sostiene, la importación irreflexiva de la "dificultad contramayoritaria" en América Latina tiene a veces el efecto de legitimar –intencionada o inadvertidamente– normas o prácticas dictadas durante gobiernos autoritarios cuya legitimidad electoral era nula. Algo similar cabe afirmar con respecto a las normas emitidas por muchos niveles de la administración pública, cuyos funcionarios no tienen responsabilidad política ni están investidos de legitimidad electoral. Extender la representatividad del presidente o primer ministro, cabeza de la administración a todo acto de la administración, por delegación, "derrame" o aquiescencia, implica extender la noción de representación mucho más allá de lo permisible.

intervención del poder judicial que apunten a fortalecer la capacidad de acción colectiva de las organizaciones sociales, robusteciendo en lugar de debilitar ciertos procesos políticos.

Esta dimensión no tradicional del acceso a la justicia, que sin duda amplía y hace más complejo el escenario de la acción política democrática, merece ser estudiada por su incidencia sobre la dinámica de algunos procesos sociales y en especial sobre las prácticas habituales de la acción colectiva, el funcionamiento de la administración pública y sus procesos de toma de decisión y la dinámica de gobierno.

En este trabajo, sin embargo, solo procuraremos brindar algunas claves que marcan las diferentes formas de intervención judicial sobre las políticas públicas, tanto en el resguardo de derechos civiles y políticos como de derechos sociales. Esperamos que la descripción de estas diversas modalidades y de su relación con las estrategias de las organizaciones civiles contribuya a pensar líneas de acción en el plano de las reformas judiciales sobre acceso a la justicia, que sirvan para apuntalar este rol de la judicatura como un espacio de participación en la arena política.

II. En muchos casos las demandas de derechos que revisten una naturaleza social o política pueden reformularse, aun en un contexto procesal tradicional, en términos de violación individualizada y concreta de un derecho personal y con una víctima determinada. Sin embargo, aun cuando el caso no tenga carácter colectivo, si lo tendrá su impacto, de allí que también en estos supuestos la actuación judicial tiene el sentido de garantizar de alguna manera cierta vía de participación en la esfera política.

Podría señalarse que, si la violación afecta a un grupo generalizado de personas, en la situación denominada por el derecho procesal contemporáneo de *derechos o intereses individuales homogéneos*,³ las numerosas decisiones judiciales individuales constituirán una señal de alerta hacia los poderes políticos acerca de una situación de incumplimiento generalizado de obligaciones en materias relevantes de política pública.⁴

³ V., al respecto, *Código Brasileño de Defensa del Consumidor*, art. 81.

⁴ Así, por ejemplo, en el caso "Sterla, Silvia s/interrupción de la prisión preventiva" se argumentó que la detención de personas enfermas terminales de HIV/sida podía constituir trato inhumano o degradante y se requirió la concesión de un beneficio de arresto domiciliario para una portadora. Esa acción y otras

Es verdad que ante acciones de reclamo colectivo de derechos civiles, políticos o sociales, sobre todo cuando se requiere del Estado, la adopción de acciones positivas de gran escala o bien directamente la puesta en marcha de una política –por ejemplo, un plan para descongestionar cárceles superpobladas, un sistema para que voten los presos sin condena, mejoras en las condiciones de detención de enfermos de HIV en ciertas cárceles, audiencias públicas con usuarios con carácter previo al aumento de tarifas de servicios públicos domiciliarios, la implementación de un mecanismo de consulta a pueblos indígenas antes de la implementación de un proyecto de desarrollo en sus tierras culturales, la producción de información estadística indispensable para el control del grado de violencia con que actúa la policía en un estado, el suministro de medicamentos a un sector de la población, medidas de compensación de presupuesto educativo o de salud entre diferentes reparticiones públicas– la respuesta de la administración judicial puede asumir temperamentos muy diversos, lo que marcara el tono de su relación con las demás instancias del Estado y en definitiva con los demás actores del proceso político.

En principio la actuación judicial puede consistir por un lado en la declaración de que una omisión estatal constituye una violación del derecho en cuestión, y luego en el emplazamiento al Estado a realizar la conducta debida. En estos casos, corresponde al órgano judicial señalar a los poderes políticos del Estado el carácter de la conducta debida –sea a partir del resultado concreto requerido sin consideración de los medios a emplearse, como, por ejemplo, el acceso de parte de la población a servicios médicos o la relocalización de personas desalojadas forzosamente, o bien, en caso de

decisiones adoptadas por jueces de ejecución actuaron como una señal de alerta que motivó la posterior reglamentación de la ley de ejecución penal, estableciéndose supuestos en los cuales portadores de HIV podían acceder al beneficio del arresto domiciliario (ver Decreto 1058/97, reglamentario del artículo 33 de la Ley 24660). Cfr. Amicus curiae Sterla, Silvia, presentado por el CELS en septiembre de 1996 en: www.cels.org.ar.

El caso Bulacio ante los tribunales locales y la denuncia ante la Comisión Interamericana, así como las movilizaciones de los familiares y el movimiento de opinión creado a partir de él, tuvieron un indudable impacto en el debate político y parlamentario que condujo a la modificación de las normas sobre detención de menores de edad y del régimen de detención por averiguación de antecedentes. Cfr. Tiscornia, Sofía; Eibaum, Lucía y Lekerman, Vanina. "Detención por averiguación de identidad. Argumentos para la discusión sobre sus usos y abusos". En: Tiscornia, Sofía (comp.). *Burocracias estatales y violencia. Estudios de antropología jurídica*. Eudeba, 2004, pp. 125-158. En ambas situaciones, casos individuales por violaciones de derechos civiles en los que se cuestionaban prácticas del Estado generalizadas, se alimentaron, aunque con muy distinta intensidad, el debate público y político, originando distintas fuentes de presión sobre las autoridades para avanzar en modificaciones de prácticas y legislaciones.

existir una única medida posible para obtener el resultado requerido, describiendo con precisión la acción que debe adoptarse–.

En estos supuestos, la información pública disponible y la conducta previa del Estado, sus “*actos propios*” revisten una enorme importancia, pues contribuyen a acotar la discusión sobre asuntos de “*política pública*” o de índole técnica –por ejemplo, acerca de las prioridades presupuestarias o la formulación, diseño o implementación de medidas de gobierno específicas–. Es en este tipo de casos en los cuales los obstáculos para la acción judicial se observan con mayor claridad y en los que el poder judicial suele actuar con mayor reticencia.

No cabe duda de que la implementación de derechos a través de políticas públicas depende de actividades de planificación, previsión presupuestaria e implementación que por naturaleza corresponden a los poderes políticos, siendo limitados los casos en los que el poder judicial puede llevar a cabo la tarea de suplir la inactividad de aquellos.⁵ Sin embargo, aun en estos casos los márgenes de actuación de la magistratura son variados y los tribunales han encontrado la manera de garantizar la vigencia de los derechos afectados, tomando como base de su intervención los estándares jurídicos fijados en las constituciones y los tratados de derechos humanos, y buscando en cada caso la mejor manera de resguardar la órbita de acción de los demás poderes del Estado, a los que en ocasiones han *reenviado* la cuestión, luego de fijar su marco jurídico, con el fin de que definan la medida o política pública necesaria para reparar la violación de los derechos en juego.



⁵ Limitados, pero no imposibles. La vasta experiencia judicial estadounidense en materia de desegregación racial del sistema educativo público y de administración de hospitales psiquiátricos y prisiones a efectos de lograr un funcionamiento compatible con los derechos constitucionales ofrecen ejemplos de estos casos-límite de activismo judicial. Evidentemente, el activismo judicial es motivado por la gravedad de la violación a los derechos en cuestión. Ver como ejemplo de estos casos *Wyatt vs. Stickney*, 344 F. Supp 373 (M.D. Ala 1972). Para un recuento no ingenuo de la imposición judicial de deberes afirmativos de amplísimo alcance al gobierno en el contexto estadounidense, ver Cox, A., cit., caps. III y IV. Después de señalar las dificultades a las que se enfrenta el poder judicial para llevar a cabo la imposición de obligaciones positivas de gran escala, Cox concluye: “(L)ejos estoy de sugerir que la decisión en los casos de desegregación escolar fue errónea, aun en el sentido más técnico. El haber adherido a la doctrina ‘separados pero iguales’ hubiera sido ignorar no solo la revolución que sacude al mundo, sino el sentido moral de la civilización. La ley debe ser obligatoria, aun en el tribunal más elevado, pero también debe contemplar las necesidades de los hombres y armonizar con sus sensibilidades éticas. El dilema estriba en la raíz de la jurisprudencia angloamericana. Siempre hubo ocasiones en las que los tribunales, para plasmar la ley según estos objetivos, han tenido que pagar el precio de revelar que los jueces a veces logran que la ley se adapte y ajuste a la ocasión. Tampoco debemos olvidar que de no pagar ese precio hasta puede frustrarse el objetivo de obtener anuencia voluntaria, porque la ley, para imponer acatamiento, debe merecerlo”. Íd., pp. 132-133.

El núcleo de la discusión en estos supuestos, como veremos, se traslada con frecuencia al problema de la *extensión del remedio concreto* que dispondrá el tribunal. En tal sentido, aun cuando el tribunal entienda violados derechos y justificada su intervención en el caso, procura administrar con cuidado la intensidad en esa intervención, graduando el alcance de las medidas que obligará a adoptar a las instancias políticas.

La intervención judicial en el campo de las políticas públicas, en aras de preservar su legitimidad, debe estar firmemente asentada sobre un estándar jurídico: la “regla de juicio” sobre cuya base interviene el poder judicial no puede ser otra que un criterio de análisis de la medida en cuestión que surja de una norma constitucional o legal: por ejemplo, los estándares de “razonabilidad”, “adecuación” o “igualdad”, o el análisis de contenidos mínimos que pueden venir dados por las propias normas que fijan derechos.

Por ello, el poder judicial no tiene la tarea de diseñar políticas públicas, sino la de confrontar el diseño de políticas asumidas con los estándares jurídicos aplicables y –en caso de hallar divergencias– reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia.

Cuando las normas constitucionales o legales fijan pautas para el diseño de políticas públicas de las que depende la vigencia de los derechos civiles, políticos o sociales, y los poderes respectivos no hayan adoptado ninguna medida, corresponderá al poder judicial reprochar esa omisión y reenviarles la cuestión para que elaboren alguna medida.

Esta dimensión de la actuación judicial puede ser conceptualizada como la participación en un “diálogo” entre los distintos poderes del Estado para la concreción del programa jurídico-político establecido por la Constitución o por los pactos de derechos humanos.⁶



⁶ Acerca de la legitimidad de un tribunal constitucional en un Estado social y democrático de derecho, para actuar en resguardo de las condiciones procedimentales de la génesis democrática de las leyes, que incluye la garantía de los derechos sociales fundamentales que aseguran la inserción en el proceso político, cfr. Habermas, Jürgen. “Justicia y legislación: sobre el papel y legitimidad de la jurisprudencia constitucional”. En: *Facticidad y validez*. Trotta, 1994, pp. 311 y ss. Señala el autor: “La discusión acerca del activismo o del self-restraint del tribunal constitucional no puede efectuarse en abstracto. Si se entiende la Constitución como interpretación y configuración de un sistema de derechos mediante el que se hace valer la conexión interna de autonomía pública y privada, una jurisprudencia constitucional ofensiva no solo no resultará perjudicial en los casos en que se trata de hacer valer el procedimiento democrático y la forma deliberativa de formación de la opinión y de la voluntad política, sino que

Solo en circunstancias excepcionales, cuando la magnitud de la violación o la falta completa de colaboración de los poderes políticos lo ha justificado, los jueces han avanzado en la determinación concreta de las medidas a adoptar a partir de su propio criterio.⁷

Pueden trazarse algunas líneas tentativas para caracterizar situaciones-tipo en las que el poder judicial ha asumido la tarea de verificar el cumplimiento de estándares jurídicos en el diseño y ejecución de políticas públicas.

Un primer tipo de casos consiste en aquellas intervenciones judiciales que tienden a juridificar medidas de política pública asumidas por el Estado sin entrar en la valoración de la propia política pública –esto es, a transformar medidas formuladas por el Estado dentro de su marco de discrecionalidad en obligaciones legales y, por tanto, sujetas a sanciones jurídicas en caso de incumplimiento–. En su análisis, el tribunal acepta la medida diseñada por los otros poderes del Estado, pero transforma su carácter, de mera decisión discrecional en obligación legal. El poder judicial se transforma así en garante de la ejecución de esa medida.

En muchos de estos casos la disposición que el Estado ha formulado coincide con la que reclaman los demandantes, solo que ahora su adopción ha cobrado carácter obligatorio y su ejecución no queda librada solamente a la voluntad del órgano que la formuló. Un ejemplo de estas situaciones es el caso *Viceconte*,⁸ en el cual el Estado argentino había asumido la decisión política de fabricar una vacuna contra una enfermedad endémica y epidémica, y hasta había

incluso viene normativamente exigida". V. *op. cit.*, p. 354. Sobre el rol de los jueces en un Estado constitucional y social de derecho puede verse, además, Ferrajoli, L. "El derecho como sistema de garantías". En: *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, pp. 23-28. Otros autores han justificado una intervención judicial fuerte para resguardar de las mayorías los derechos de grupos sociales desaventajados, cfr. Fiss, Owen. "Grupos y cláusula de igual protección". En: Gargarella, R. (comp.). *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona: Gedisa, 1999, pp. 137-159.

⁷ Así ha ocurrido en los mencionados litigios de reforma estructural. Resulta útil remarcar en respuesta a las objeciones apuntadas sobre la incapacidad de la administración de justicia para resolver cuestiones técnicas, o las limitaciones del proceso judicial para tratar cuestiones complejas o con múltiples actores, que muchos analistas han valorizado el rol judicial de avanzar en el diseño de políticas y el cambio de prácticas institucionales ante la poca predisposición de la administración o de las legislaturas a reconocer y modificar sus políticas y acciones ilegales, lo que determinara la estricta necesidad de que la cuestión fuera abordada y resuelta por un tribunal imparcial e independiente. V. por ejemplo, Wayne, William. "Two faces of judicial activism". En: *George Washington Law Review* 1, 1992, p. 61.

⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, caso *Viceconte*, Mariela c/ Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social s/ amparo, 2 de junio de 1998, La Ley, Suplemento de derecho constitucional, 5 de noviembre de 1998. El caso puede consultarse en la investigación de IIDDH: *Los derechos económicos, sociales y culturales*, p. 81.

elaborado un cronograma para su producción, y el tribunal se limitó a transformar el carácter de esa medida, convirtiéndola en una obligación legal –y por ende emplazó al Estado en los términos del cronograma, fijando sanciones para el caso de inejecución–.

Corresponde en este punto señalar que la discusión sobre los problemas de legitimación de la judicatura en este tipo de litigios colectivos, o de impacto colectivo, tiene aristas particulares en los casos en que esta debe decidir exclusivamente acerca del cumplimiento por la administración de obligaciones muy claras establecidas por las leyes o reglamentos. En estos supuestos no es el tribunal el que debe fijar comportamientos o políticas, sino que se limita a hacer cumplir, a ejecutar, lo establecido en las leyes.

Por ejemplo, una ley de HIV/sida que fije claramente las prestaciones que deben suministrarse a las personas afectadas, o un reglamento del Ministerio de Salud que fije el alcance de la cobertura asistencial en materia de HIV/sida en todos los hospitales públicos en cumplimiento de un mandato legal. El establecimiento de normas claras sobre espacio y condiciones de detención que marcan el deber del Estado de impedir superpoblación o hacinamiento.

En estos casos no hay discusión acerca de la existencia de una obligación –en sentido jurídico– de brindar la prestación, sino tan solo se examina el incumplimiento de la administración. Si bien todo acto de interpretación de la ley resulta en cierta medida un acto de creación de derecho, la actuación judicial sigue los lineamientos y pautas fijadas por el Congreso, que es, en la teoría clásica de división de poderes, expresión de la voluntad política de los intereses mayoritarios.⁹



⁹ En estos casos la discusión entre derechos justiciables y actuación libre de las instancias políticas está limitada, pues la política actúa previamente a través del Congreso, y de todas formas se autolimita al fijarse obligaciones legales en la materia. Este punto es particularmente importante en casos vinculados con derechos sociales a los cuales se les cuestiona su exigibilidad en la esfera judicial, pero como vemos es igual de importante para otros supuestos de obligaciones positivas vinculados a derechos civiles y políticos. Acerca de la clásica discusión sobre la tensión entre democracia y derechos, con referencia a los derechos sociales justiciables, puede verse Pisarello, Gerardo. "Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de la relaciones entre política y derecho". En: Carbonell, M.; Cruz Parceró, J.A. y Vázquez, R. (comp.). *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México: Porrúa-UNAM, 2001, pp. 113-138. También Rivera Ramos, E. "Los derechos y la democracia. ¿Conflicto o complementariedad?". En: AA.VV. *Los derechos fundamentales*. Buenos Aires: SELA 2001, Editores del Puerto, 2001. Para una visión más general del debate suscitado en Reino Unido con la incorporación del estatuto de derechos humanos y la consiguiente atribución de nuevos poderes a la justicia en detrimento del Parlamento, cfr. Loughlin, M. "Rights, democracy, and law". En: Campbell, T.; Ewing, K.D. y Tomkins, A. (comp.). *Sceptical essays on human rights*. Oxford, 2001, pp. 41-60.

Lo mismo ocurre cuando la justicia es convocada a ejecutar reglamentaciones o actos emanados de la propia administración, de los que se derivan obligaciones jurídicas para esta. La posible intromisión en áreas o esferas de actuación reservadas a los demás poderes no es una cuestión que pueda plantearse válidamente en estos casos. La justicia se limita a hacer cumplir obligaciones de la administración fijadas por una ley o por la propia administración en ejercicio de sus competencias reglamentarias.

Un segundo tipo de situaciones está dado por aquellos casos en los cuales el tribunal examina la compatibilidad de la política pública con el estándar jurídico aplicable y, por ende, su idoneidad para satisfacer el derecho en cuestión. En estos casos, si el tribunal considera que esa política –o un aspecto de ella– es incompatible con el estándar, reenvía la cuestión a los poderes concernidos para que la reformulen.

Ejemplos de estándares a partir de los cuales los tribunales analizan una política pública son los de razonabilidad, adecuación, no discriminación, progresividad/no regresividad, transparencia,¹⁰ etc. Así, por ejemplo, en el caso *Grootboom*,¹¹ la Corte Constitucional entiende que la política de vivienda desarrollada por el gobierno sudafricano resultaba irrazonable al no prever el suministro inmediato de soluciones habitacionales a aquellos sectores de la población con necesidades de vivienda imperiosas.

En este caso, el tribunal llega a la conclusión de que un aspecto de la política era contrario al estándar de razonabilidad, pero no cuestiona la totalidad de la política. Por lo general, los tribunales reconocen a los demás poderes un amplio margen para diseñar políticas públicas, de modo que no los sustituyen en la elección de los lineamientos que se ajusten a los estándares jurídicos aplicables. Si la actuación de los poderes políticos se ajusta al estándar, el poder



¹⁰ Nos referimos a los casos en los que una norma legal impone la obligación de desarrollar procesos de producción de información y consulta –por ejemplo, con los beneficiarios– en la etapa de diseño o evaluación de una política social. Así, en el caso *Defensoría del Pueblo de la Ciudad vs. INSSJP*, el criterio para la anulación del proceso de privatización fue precisamente la falta de acceso a la información de los usuarios del sistema. De igual modo, en otros casos, la justicia contencioso-administrativa argentina anuló ajustes de tarifas de servicios públicos por la ausencia de audiencia pública –entendida como oportunidad de consulta a los usuarios– previa a la adopción de la decisión.

¹¹ Corte Constitucional de Sudáfrica, caso CCT 11/00, *The government of the Republic of South Africa and others vs. Irene Grootboom and others*.

judicial no entra a analizar si hubiera podido adoptarse alguna política alternativa.

El margen de control también depende del estándar: el análisis de “razonabilidad” es menos riguroso que el que podría elaborarse sobre la base de la noción de “medida apropiada” del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Un punto que sería importante tener en cuenta es que en este tipo de casos, la actuación judicial en la etapa de ejecución no consiste en la imposición compulsiva de una condena, entendida como una orden detallada y autosuficiente,¹² sino en el seguimiento de una instrucción fijada en términos generales, cuyo contenido concreto se va construyendo en el curso de la instancia a partir del “diálogo” entre el juez y la autoridad pública.

De modo que la sentencia, lejos de constituir la culminación del proceso, opera como un punto de inflexión que modifica el sentido de la actuación jurisdiccional: desde su dictado, es al Estado a quien le corresponde diseñar el modo en que cumplirá las instrucciones del juez, y el tribunal se limitará a controlar la adecuación de las medidas concretas adoptadas con el mandato que ha impartido.¹³



¹² Por ejemplo, la condena a pagar un monto líquido y exigible.

¹³ En igual sentido puede consultarse el caso de la Corte Constitucional CCT 8/02 *Treatment Action Campaign vs. Minister of Health*, en el cual la Corte consideró ilegal la política del Ministerio de Salud sudafricano de reservar el suministro de la droga antirretroviral nevirapine, efectiva para reducir el riesgo de transmisión de HIV de madres a hijos, a centros de investigación privados, y lo obligó a implementar un sistema de distribución de dicha medicina en el sistema público de salud, que incluía el entrenamiento de los médicos para asesorar y prescribir el uso del medicamento. Este caso de enorme complejidad muestra que una parte central del debate judicial está referido al alcance del remedio, esto es, la medida concreta que el tribunal mandará a implementar para lograr la plena satisfacción de los derechos en juego. Antes de fijar la orden concreta al poder político, el tribunal recorre la larga jurisprudencia de los tribunales locales y mecanismos de intervención similar en el derecho comparado, lo que convierte a la sentencia en una pieza de enorme valor para la cuestión que aquí analizamos. Es interesante puntualizar al respecto que en el caso no existía una discusión sobre recursos presupuestarios, pues el gobierno había reconocido que un laboratorio le había donado el medicamento para su distribución por cinco años. La materia más amplia era el debate sobre la idoneidad del plan estatal para reducir concretamente el riesgo de contagio en las embarazadas. El tribunal ordena al gobierno la implementación de un plan de prevención de la transmisión de la enfermedad entre madres e hijos para garantizar el acceso a servicios de salud de las mujeres embarazadas con independencia de su condición social. La Corte considera insuficiente de acuerdo con estándares legales, los servicios de asesoramiento y exámenes que venía implementando el gobierno, exclusivamente en algunas clínicas privadas y centros de investigación, con escasa utilización de los servicios de salud públicos, lo que implicaba por el costo requerido y la ubicación geográfica de los efectores, una evidente discriminación en el acceso a los servicios de prevención de los sectores más pobres. La Corte ordena que se implemente un plan en la medida de los recursos disponibles que incluya centralmente a los médicos y las instalaciones del Estado con alcance nacional, para lo cual impone la adopción de acciones previas de capacitación y adecuación de los servicios. En este caso, como en *Grootbrom*, la Corte utiliza información del propio Estado para demostrar la efectividad del medicamento y el escaso costo económico y de tiempo requerido en el adiestramiento a los médicos del sistema público para la realización de exámenes

Es ilustrativo en ese sentido, el agitado y complejo debate judicial desarrollado en la ciudad de Buenos Aires sobre la razonabilidad de un nuevo programa social del gobierno local que pretendió sustituir el alojamiento en hoteles de personas en emergencia habitacional, por el pago una única vez de un subsidio a las familias involucradas, que dudosamente cubriría sus necesidades habitacionales.

En el caso *Ramallo* la sala segunda de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario dejó sin efecto un fallo de primera instancia que obligaba a la ciudad a mantener el original programa de alojamiento en hoteles, por entender que el juez se había extralimitado en su intervención al determinar el tipo de solución de política pública idónea para el caso.

Sin embargo, luego de considerar que el cambio de un plan por otro podía implicar un retroceso irrazonable en la situación de las personas afectadas por la falta de vivienda, ordenó a la ciudad definir un nuevo plan de acuerdo con estándares legales básicos sobre derecho a la vivienda fijados en la sentencia a partir de la interpretación de la Constitución de la ciudad y los tratados internacionales de derechos humanos. La intervención del tribunal sigue en cierta medida el sistema de reenvío que examinamos en *Grootboom*, trasladando parte del debate a la etapa de ejecución.

Allí el margen de intervención judicial estará determinado básicamente por la reacción del Gobierno al definir nuevas medidas de política social acordes con los estándares fijados.¹⁴ Sin embargo,

y asesoramiento necesario con el fin de reducir el riesgo de transmisión que incluía el uso o prescripción del nevirapine. Para una mirada de la estrategia legal y política detrás de esta acción puede consultarse Jaichand, Vinodh. "Public interest litigation strategies for advancing human rights in domestic systems of law". En: *Sur-International Journal on Human Rights*, N° 1, 1st semester 2004, pp. 127-141.

¹⁴ Ver al respecto Exp. 3260: *Ramallo, Beatriz y otros c. GCBA s/ amparo* (CCABA, art. 14), Sala II, Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma, del 12 de marzo del 2002. También puede consultarse respecto del debate sobre el alcance de la intervención judicial la presentación *Amicus curiae*, realizada en la misma causa por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y el CELS. En: www.cels.org.ar. No se trata de una decisión aislada, sino que integra una serie de casos fallados por diversos tribunales de la Ciudad Autónoma, que han realizado, a instancias de organizaciones no gubernamentales, de la Defensoría del Pueblo y mayormente de asesores de menores y defensores oficiales, un control de constitucionalidad de medidas de política social del gobierno local. Los tribunales han actuado con diferente grado de activismo y con variadas modalidades de intervención, usando con frecuencia la técnica del reenvío para graduar el alcance del remedio fijado. En tal sentido el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad dispuso al respecto: "*Las prestaciones sociales son disciplinadas por normas jurídicas, de modo que la revisión judicial se limita a verificar el cumplimiento de las obligaciones positivas y negativas establecidas por aquellas normas y, en caso de incumplimiento, a ordenar su remedio. Sin que esto importe violación alguna de la división de poderes o de la 'zona de reserva' de la administración*" (del voto de Ruiz y Maier). TSJBA, Causa 869/01. Pérez,

como veremos, este tipo de remedio judicial requiere habilitar *facultades de supervisión* para lo cual los sistemas procesales no siempre brindan respuestas adecuadas.¹⁵

Esta modalidad también se ha aplicado en casos de obligaciones positivas vinculados a conflictos colectivos por violación de derechos civiles y políticos. Así, por ejemplo, en el caso *X e Y* la Comisión Interamericana efectuó un análisis de razonabilidad y proporcionalidad del sistema de inspección vaginal establecido en las cárceles argentinas e impuso al Estado la obligación de modificarlo fijando pautas concretas que debía seguir en la implementación del nuevo sistema.¹⁶

En el caso *Mignone* la Corte Suprema de Justicia de Argentina, luego de declarar la inconstitucionalidad de una norma del Código

Víctor Gustavo y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo. Ver además Contencioso-administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, 2002/04/09. En: *Comisión Municipal de la Vivienda c. Saavedra, Felisa A. y otros*, con nota de Moreno, Gustavo Daniel. "La defensa jurisdiccional de la vivienda". En: *Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo de La Ley del 28 de junio del 2002*, p. 30.

¹⁵ Esta modalidad de intervención judicial sobre la política social en la Ciudad de Buenos Aires puede compararse con la reciente decisión de la Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York en el caso *Campaign for Fiscal Equity, Inc. vs. State of New York*, del 26 de junio del 2003. En el caso los demandantes reclamaban que el presupuesto asignado a las escuelas públicas de la ciudad de Nueva York no alcanzaba para garantizar el derecho a la educación básica adecuada establecido por la Constitución estadual. Luego de un largo proceso judicial, en una primera decisión, el tribunal determinó los extremos que serían materia de prueba a fin de definir la relación causal entre los recursos presupuestarios y la calidad del servicio educativo brindado por el Estado. Al mismo tiempo estableció una definición de lo que debía entenderse por educación básica adecuada de acuerdo con el precepto constitucional, definiendo el principio como el nivel de educación idóneo para garantizar la inserción laboral y la participación política de un ciudadano (capacidad necesaria para votar y ejercer el rol de jurado en un juicio). Igualmente fijó un test de insumos y resultados, vinculando qué tipo de aportes realizaba el Estado en el sistema educativo: calidad de los docentes, de las instalaciones escolares, de la información y material didáctico disponible; con los resultados obtenidos en el proceso educativo: nivel de calificaciones, deserción y repetición, entre otros. Al mismo tiempo fijó pautas para determinar en qué medida estas variables podían responder a una variación de los recursos presupuestarios, a fin de poder establecer una relación causal entre cantidad de presupuesto y calidad de la educación suministrada por el Estado. En la decisión final del caso la Corte de Apelaciones dio lugar a la acción y consideró que el presupuesto del Estado era insuficiente para garantizar el estándar constitucional de acuerdo con los indicadores mencionados. El tribunal fijó la obligación del gobierno estadual de fijar el costo actual y real de un servicio educativo idóneo para garantizar en la ciudad de Nueva York el derecho a la educación básica adecuada. Luego obligó al Estado a presentar una reforma del sistema de financiamiento de la educación estadual idóneo para garantizar que en cada escuela de la ciudad se lograra alcanzar el estándar y, por último, obligó al gobierno a fijar un mecanismo de información y transparencia para poder fiscalizar el nuevo sistema. El tribunal fijó un plazo de un año para que el gobierno estadual cumpliera el mandato y en audiencias realizadas este año supervisó el plan presentado en audiencia con intervención de la parte demandante y tras un fuerte debate público. El caso y los principales documentos jurídicos pueden consultarse en: www.cfequity.org.

¹⁶ La intervención de la CIDH se efectúa con base en la Convención Americana, de modo que sus argumentos podrían haber sido la base argumental de la intervención de un tribunal local actuando, por ejemplo, en un amparo o en hábeas corpus colectivo. Ver, por ejemplo, el dictamen del Procurador General de la Nación, Nicolás Becerra, del 9 de febrero del 2004, en el caso *Verbitsky Horacio (representante del CELS) s/Hábeas corpus*.

Electoral que prohibía votar a los presos y presas sin condena, dispuso que el Estado tenía la obligación de implementar medidas para garantizar el derecho a votar de las personas detenidas, en el servicio penitenciario federal, emplazando al Estado nacional a adoptar en un término de seis meses “las medidas conducentes a que los detenidos sin condena puedan votar”. Tras un prologado período que excedió largamente el plazo fijado por la Corte, el Congreso finalmente reformó el Código Electoral autorizando el voto, y en la actualidad el Ministerio de Justicia se encuentra abocado a definir el procedimiento concreto para implementarla.¹⁷

En el caso *Verbitsky* se procura mediante un hábeas corpus correctivo de alcance colectivo, presentado ante la Cámara de Casación Penal, en representación de alrededor de 6.000 personas detenidas en comisarías de la provincia de Buenos Aires, que el tribunal establezca en términos precisos bajo qué condiciones debe habilitarse



¹⁷ El caso se tramitó como un amparo colectivo interpuesto por el CELS en representación de todos los presos y presas sin condena del servicio penitenciario federal (alrededor de 5.000 personas). Si bien el derecho a votar es un derecho político de ejercicio individual, se consideró que la máxima participación de electores en el proceso electoral mejoraba la calidad del sistema político, lo que resultaba de interés público y dotaba al conflicto de un carácter eminentemente colectivo. La Corte, con fecha 9 de abril del 2002, reconoció la legitimación del CELS para actuar en representación de las personas detenidas y en el voto de la minoría se estableció con claridad la idea de que existía un interés público en la integridad del cuerpo electoral como mecanismo de elección de autoridades democráticas y por lo tanto de organización del Estado que trascendía el derecho individual de votar de cada detenido, lo que justificaba la acción presentada en términos colectivos. Ver *Mignone, Emilio Fermin s/ promueve acción de amparo*, voto de los Fayt y Petrachi, párrs. 9 y 10 y voto de Bossert, párr. 16. Bossert agrega como fundamento de la legitimación para accionar colectivamente que el andamiaje institucional de la sociedad política se asienta en el efectivo ejercicio del voto, de allí que el derecho al sufragio tiene un carácter colectivo que se extiende más allá de la protección del derecho individual de cada ciudadano. Señala además que el derecho al sufragio en un sistema democrático es un derecho de incidencia colectiva y que existían en el caso una pluralidad de sujetos ubicados en una misma situación de hecho, un grupo abierto pero limitado de personas, constituido por los detenidos sin condena judicial que se ven impedidos de ejercer su derecho al voto (párrs. 16 y 18). La dimensión colectiva del ejercicio del derecho político de votar, tal como la construye la Corte en este caso, puede ser útil para definir también la dimensión colectiva de otros derechos civiles indispensables para la dinámica democrática, tales como el derecho de asociación y de expresión.

El otro tema central en el caso fue el alcance del remedio judicial. La Cámara Nacional Electoral si bien dio lugar al amparo y declaró la inconstitucionalidad del Código por contradecir el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no dispuso medida alguna para hacer efectivo el derecho a votar. En tal sentido la decisión tuvo carácter meramente declarativo, pero sin disponer remedio alguno. Por este motivo, los demandantes acudieron ante la Corte que emplazó al Congreso a modificar la norma impugnada. La sentencia fue comunicada por la propia Corte a los legisladores y sobre la base del fallo judicial se iniciaron acciones de incidencia en el Congreso hasta que se logró incorporar el tema en la agenda parlamentaria y finalmente reformar la disposición inconstitucional el 4 de diciembre del 2003 (Ley 25.858). Es interesante señalar que también la Corte Constitucional Sudafricana en un caso similar dispuso la inconstitucionalidad de una norma que limitaba el ejercicio de derechos políticos de los detenidos sin condena y obligó a la Comisión Electoral del Gobierno que fijara un plan y las regulaciones necesarias, incluida la fijación de costos, para garantizar el derecho a votar de los detenidos. Ver *August and Another vs. Electoral Comisión and Other*, 1999 (3) SA 1 (CC); 1999 (4) BCLR 363 (CC).

un lugar de alojamiento digno, de acuerdo con estándares constitucionales, y que ordene al gobierno provincial remediar de forma urgente la situación de las personas alojadas en condiciones denigrantes de superpoblación, ofreciendo un plan de acción.

Para facilitar la adopción de esas medidas se pide al tribunal que fije un procedimiento de consulta y diálogo entre los principales actores involucrados en la cuestión y que disponga mecanismos concretos para supervisar el plan de acción que el Gobierno establezca en cumplimiento de la orden judicial. El remedio judicial requerido va en la línea de algunas de las decisiones judiciales examinadas respecto al control de políticas sociales en los ámbitos local e internacional.¹⁸

Puede imaginarse un tercer tipo de situaciones, en la cual el poder judicial se vería forzado a valorar él mismo el tipo de medida que se debe adoptar. Se trata de aquellas situaciones en las cuales, ante la pasividad de los demás poderes frente a la vulneración de un derecho social, el tribunal verifica la existencia de una única medida de política pública adecuada, es decir, la inexistencia de alternativas para satisfacer el derecho en cuestión, y ordena realizarla.



¹⁸ En este caso se ha justificado la interposición de un litigio colectivo en la naturaleza general y sistémica del problema. Al interponerse hábeas corpus individuales los presos eran movidos de una comisaría a otra sin solucionarse el problema de superpoblación. Lo mismo ocurría con los hábeas corpus colectivos de alcance limitado a un determinado departamento judicial o administrativo. En ese sentido, a diferencia de Migone, donde se argumentó que el conflicto afectaba derechos de índole colectiva, pues el ejercicio de los derechos políticos incluía en cierta medida la integración sin discriminaciones del cuerpo electoral, en Verbitsky se argumenta el carácter colectivo del remedio para justificar la intervención judicial de alcance general. En ambos casos, sin embargo, se trata de litigios colectivos vinculados a derechos civiles y políticos en los que se demanda la adopción de acciones positivas de cierta envergadura al poder político. En una decisión inicial la Cámara de Casación de la provincia rechazó el hábeas corpus, negándose a considerar el conflicto en su dimensión colectiva y envió a sorteo la petición a los diferentes departamentos judiciales, segmentando de tal manera el caso y acotando la posibilidad de discutir las políticas para solucionarlo. La decisión fue confirmada por el Superior Tribunal provincial. En tal sentido los demandantes presentaron un recurso extraordinario ante la Corte alegando que la división del caso en hábeas corpus individuales o departamentales les impedía discutir el conflicto colectivo y vulneraba de esta forma el derecho de acceso a la justicia. El procurador general dictaminó a favor de la apertura del recurso federal por considerar que la imposibilidad de discutir el conflicto colectivo importaba una vulneración del derecho de acceso a la justicia. Ver, por ejemplo, el dictamen del Procurador General de la Nación, Nicolás Becerra, del 9 de febrero del 2004, en el caso *Verbitsky Horacio (representante del CELS) s/hábeas corpus*.

El caso muestra con claridad la relación directa entre los mecanismos procesales y la posibilidad de discutir en un espacio judicial apropiado ciertas políticas públicas. Si el caso está acotado por el alcance del recurso la discusión sobre la orientación de las políticas públicas requeridas se verá seriamente cercenada o condicionada. Este problema puede definirse en la lógica de las *estregáis* de litigio en el sentido de que corresponderá al demandante juzgar a priori si el espacio judicial disponible en función de las restricciones procesales es adecuado para desarrollar una discusión adecuada de las políticas del Estado. En su caso elegir aquellos puntos clave que podrían detonar con posterioridad fuera del caso un debate público más amplio y agudo.

Sería ejemplo de ello la situación planteada en el caso *Beviacqua*,¹⁹ en el cual la preservación de la vida y la salud de un niño con una enfermedad de médula de suma gravedad solo admitía la entrega del medicamento específico que los padres no estaban en condiciones de costear. En estos casos, a diferencia de los anteriores, el poder judicial es el que asume la elección de la medida que se debe adoptar y, por ende, de la conducta debida.

Puede pensarse un cuarto tipo de intervención judicial que se limite a declarar que la omisión del Estado es ilegítima sin disponer medida alguna de reparación. Aun en casos en los que la sentencia de un juez no resulte directamente ejecutable, cabe resaltar el valor de una acción judicial en la que el poder judicial declare que el Estado está en mora o ha incumplido con obligaciones asumidas en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

Tanto en el caso de decisiones judiciales individuales que resulten ejecutables como en el de decisiones judiciales que declaren el incumplimiento de la obligación del Estado en determinada materia y que eventualmente comuniquen la decisión a los poderes políticos, las sentencias obtenidas pueden constituir importantes vehículos para canalizar hacia estos poderes las necesidades de la agenda pública, a través de una semántica de los derechos, y no meramente a través de las actividades de *lobby* o demanda político-partidaria.

Como puede observarse, las múltiples formas de intervención judicial que obedecen a distintos niveles o grados de activismo determinan el potencial de las diversas estrategias de incidencia legal y la posibilidad de establecer articulaciones fructíferas con otras estrategias de incidencia política, tales como el monitoreo de políticas públicas sociales, el cabildeo en las instancias de la administración o en el Parlamento, la negociación, la movilización social o las campañas de opinión pública.

Por eso es erróneo pensar las estrategias legales como excluyentes de otras estrategias de incidencia política, o plantear una disyuntiva entre actuar en los tribunales o hacerlo en la esfera pública política. En principio toda estrategia de reclamo de derechos, en especial en



¹⁹ CSJN, caso *Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social-Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ recurso de hecho*, 24 de octubre del 2000.

casos que expresan conflictos colectivos o situaciones de intereses individuales homogéneas, tiene un claro sentido político.

Además, en el marco de las acciones de exigibilidad de derechos económicos, sociales y culturales, una clave de éxito es la posibilidad de articular los diferentes campos, de modo que la resolución del caso legal contribuya a transformar las deficiencias institucionales, las políticas de Estado o las situaciones sociales que están en la raíz del conflicto.

Por lo general, las estrategias legales exitosas resultan ser aquellas que van acompañadas de la movilización y el activismo en el ámbito público de los protagonistas del conflicto real que subyace y sostiene al proceso. En ocasiones las vías legales vienen a resguardar o a hacer efectivas las “conquistas” obtenidas en el plano político.²⁰

En el marco de nuestras débiles democracias la sanción de leyes por el Congreso por lo general no asegura la efectividad de los derechos reconocidos y, como vimos, en ocasiones es necesario litigar para lograr la implementación y el cumplimiento de esas normas. De tal modo, en un sistema institucional con fuertes falencias, ni los triunfos judiciales en materia de derechos sociales, ni los triunfos políticos son definitivos, y obligan a utilizar todas las vías de reclamo y las acciones disponibles.

Uno de los sentidos de la adopción de cláusulas constitucionales o de tratados que establecen derechos para las personas y obligaciones o compromisos para el Estado consiste en la posibilidad de reclamo de cumplimiento de esos compromisos no como concesión graciosa, sino en tanto que programa de gobierno asumido tanto interna como internacionalmente.

Parece evidente que, en este contexto, es importante establecer mecanismos de comunicación, debate y diálogo a través de los cuales se recuerde a los poderes públicos los compromisos asumidos,



²⁰ En el caso *Asociación Benghalensis*, un grupo de organizaciones defensoras de los derechos de los portadores de HIV/sida promovieron una acción de amparo colectivo que fue resuelta por la Corte Suprema de Justicia argentina. La decisión obligaba al poder ejecutivo a dar cumplimiento con la Ley del Sida, que establecía la obligación de suministro de medicamentos. Esa ley había sido dictada como resultado de una potente campaña de incidencia política en parte impulsada por los mismos grupos y actores que se vieron luego obligados a impulsar la acción judicial para hacerla efectiva. También pueden mencionarse los casos en que organizaciones de mujeres acudieron a los tribunales a exigir la implementación y cumplimiento de la legislación sobre salud reproductiva por la que habían peleado ante el Congreso.

forzándolos a incorporar dentro de las prioridades de gobierno la toma de medidas destinadas a cumplir con sus obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

Resulta especialmente relevante a este respecto que sea el propio poder judicial el que “comunique” a los poderes políticos el incumplimiento de sus obligaciones en esta materia. La lógica de este proceso es similar a la que informa el requisito del agotamiento de los recursos internos en materia de recursos ante el sistema internacional de protección de los derechos humanos: ofrecer al Estado la posibilidad de conocimiento y reparación de la violación alegada, antes de acudir a la esfera internacional a denunciar el incumplimiento. Cuando el poder político no cumpla con las obligaciones frente a las que es “puesto en mora” por el poder judicial, amén de las posibles consecuencias adversas en el plano internacional, se enfrentará a la correspondiente responsabilidad política que derive de su actuación morosa ante su propia población.

Hemos visto cómo el margen de actuación del poder judicial puede variar considerablemente: desde convertir en legal una decisión de política pública ya asumida por el Estado, ejecutar una ley o una norma administrativa que fija obligaciones jurídicas en materia social, fijar un marco dentro del cual la administración debe diseñar e implementar acciones concretas y monitorear su ejecución, hasta determinar una conducta que se debe seguir o, en ciertos casos, meramente declarar al Estado en mora respecto de una obligación sin imponer remedio procesal o una medida de ejecución determinada.

La articulación de las acciones legales que puedan conducir a algunos de estos resultados, con otras estrategias de incidencia política, serán la clave de una estrategia efectiva de exigibilidad. Podría suponerse que la mayor moderación con la que actúe la justicia hará necesario un trabajo político más activo, para lograr que esa decisión judicial pueda traducirse en la satisfacción de los derechos en juego. Sin embargo, no existe ningún factor que obligue a considerar a las estrategias legales como opciones excluyentes de las vías políticas.

Es conveniente analizar otros supuestos en los que es posible articular estas dos vías en el trabajo de exigibilidad de derechos económicos, sociales y culturales. En ocasiones, la intervención judicial puede buscarse tan solo para apuntalar otros frentes abiertos con el fin

de canalizar demandas sobre instancias administrativas u órganos legislativos del Estado.

Se trata de estrategias legales complementarias que parten de una perspectiva o *enfoque procedimental*: no se reclama una prestación ni se impugna directamente una política o medida que afecta derechos, sino que se pretende garantizar las condiciones que hacen posible la adopción de procesos deliberativos de producción de normas legislativas o actos de la administración. En estas situaciones las demandas no procuran que la justicia conozca directamente el conflicto colectivo y garantice un derecho, sino tan solo complementar las demás acciones de incidencia política.

Así, por ejemplo, se reclama ante la justicia la apertura de espacios institucionales de diálogo, el establecimiento de sus marcos legales y procedimientos o la garantía de participación en estos espacios, bajo condiciones igualitarias, de los actores potencialmente afectados. También puede pedirse el acceso a la información pública indispensable para el control previo de las políticas y decisiones que se adopten y la legalidad de las adoptadas, y la producción de datos en su caso, así como la ejecución y el cumplimiento de los acuerdos alcanzados por personas u organizaciones sociales, en las diversas instancias formales o informales de intercambio y comunicación con la administración.

En este caso el poder judicial incide en los procesos de formulación de las políticas públicas, abriendo espacios de participación o condicionando a determinados requisitos las políticas que en definitiva se adopten. En algunos países de la región las organizaciones de usuarios y consumidores han desarrollado con éxito estas vías de acción, reclamando, por ejemplo, la realización de audiencias públicas antes de la negociación de tarifas de servicios domiciliarios, como en los casos de la energía eléctrica, agua o gas, o de los contratos con las empresas concesionarias, pidiendo acceso a la información pública indispensable para hacer valer sus derechos en esos ámbitos y resguardando también en ocasiones, con la intervención judicial, el resultado alcanzado tras esos procesos deliberativos.²¹



²¹ Ver al respecto la rica jurisprudencia argentina de control de servicios públicos privatizados. Así, por ejemplo, en el caso *Youssefian* se ordenó al Estado nacional a través de la secretaría de comunicaciones que, previo a decidir acerca de la prórroga del período de exclusividad de las licenciatarias del servicio básico telefónico nacional e internacional, posibilita la debida participación de los usuarios y de

Las organizaciones ambientalistas también han desarrollado estrategias de incidencia judicial tendientes a reclamar espacios de participación y de acceso a la información con anterioridad a la adopción de medidas o políticas que implicaban riesgos para el ambiente. En este punto resulta de enorme valor la batalla legal para frenar los procesos de desertificación y afectación del suelo en la región del centro y norte de Argentina, a raíz del cultivo de soja.

Numerosas organizaciones sociales y ambientales combinaron sus demandas y acciones en el plano social con reclamos de medidas judiciales para impedir el avance de la frontera sojera, con los evidentes daños ambiental y social. El tema de la gestión de recursos naturales se vincula con los conflictos sociales por la propiedad y tenencia de la tierra en el centro y norte del país, lo que tiene enorme relevancia en términos políticos.²²

las asociaciones que los reúne, permitiéndoles un adecuado conocimiento de los hechos y, en su caso, el ofrecimiento y producción de prueba que aquellos estimen pertinente. Se solicitó que se instrumentara el procedimiento en un plazo determinado y el tribunal resguardó su competencia para verificar la adecuación del procedimiento al fallo. En este caso, también es el Estado el que debe fijar el procedimiento de participación de los usuarios y el tribunal se limita a imponerlo y a fijar algunos extremos básicos para garantizar su efectividad. En la jurisprudencia local este tipo de decisión es recurrente aunque lamentablemente los procedimientos de participación han demostrado no ser siempre efectivos. Cfr. Puga, Mariela. *Documentos de trabajo sobre derecho de interés público. Acción de amparo en la jurisdicción federal*. Programa de Derecho de Interés Público, Centro de Postgrado de la Universidad de Palermo. Sin embargo, resulta indudable que el activismo judicial transformó a la justicia en un espacio de control de las políticas del Estado en esta materia y apuntó a los aspectos irregulares de su relación con las empresas prestatarias, ante el desmantelamiento de las instancias de fiscalización interna del Estado, la inoperancia de los entes reguladores de servicios públicos y el inexistente control parlamentario. Otra vez el poder judicial ocupó un espacio que dejó vacante el aparato institucional del Estado y la debilidad del sistema político. Un ejemplo de ello fue la batalla legal contra el irregular rebalaceo telefónico que analizó finalmente la Corte en la causa *Prodelco c. Estado Nacional*, del 7 de mayo de 1998. Ver Gordillo, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo 2: *La defensa del usuario y del administrador*. Editorial Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

²² Es ilustrativa la campaña iniciada por el Foro Ecologista de Paraná. A través de una acción de amparo se logró que la justicia de la Provincia de Entre Ríos dictara, el 3 de junio del 2004, una medida cautelar que obligó al gobierno provincial a no autorizar el desmonte hasta tanto no se cuente con estudios de impacto ambiental y normas que regulen la sustentabilidad del recurso. El fallo indica la ausencia de una estrategia de biodiversidad frente a la actual devastación de las masas forestales nativas. La decisión judicial que tuvo una importante repercusión en medios de prensa nacionales y locales, si bien fue apelado por el gobierno de la provincia, activó algunos interesantes procesos políticos. En el ámbito provincial, por decisión de una Sala del Superior Tribunal de la provincia que, entendiendo en la apelación interpuesta por el gobierno, se abrió un espacio de concertación con participación del gobierno y los principales actores sociales afectados por el tema (más allá de los demandantes) para discutir las medidas que podrían adoptarse. La acción tuvo impacto nacional, al punto que otros procesos similares se abrieron en la provincia de Salta y Chaco. También tuvo un indudable impacto en la discusión sobre desmonte en Santiago del Estero donde la intervención federal en la provincia dicta un decreto frenando el desmonte. Sobre el caso puede consultarse el boletín electrónico del *Foro de Ecología Política* en: www.alternativaverde.org. Ver causa 37161 *Verzeñassi, Sergio Daniel y otros c. Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos s/ acción de amparo ambiental*, juzgado de instrucción suplementaria de la Provincia de Entre Ríos. Es indudable también en este tema que la intervención judicial ha servido para apuntalar la acción social y política de numerosas organizaciones que de alguna manera intentan compensar, por las vías institucionales disponibles, la falta de equilibrios y debates en las legislaturas e instancias políticas.

Las acciones judiciales de los pueblos indígenas tendientes a lograr mecanismos de consulta y participación en la toma de decisiones concernientes a sus tierras culturales, como la explotación de recursos minerales o forestales, se encuadran también en esta modalidad de estrategias legales. En algunos países de la región como Bolivia o Ecuador esta temática está en el centro del debate político.

En el plano de los derechos civiles y políticos también el reclamo de información pública es un mecanismo adecuado para la fiscalización de las políticas del Estado. Así en el caso *Tiscornia* se logró que el poder judicial obligara a la Policía Federal argentina a proveer información estadística sobre detenciones por averiguación de identidad, que era básica para el control de los abusos policiales en la utilización de este mecanismo.²³

En otros casos recientes se reclamó invocando el derecho a la información el acceso a declaraciones juradas de los jueces federales y de la Corte Suprema,²⁴ así como el acceso a la nómina de asesores del Senado de la Nación.²⁵ En ambos casos los pedidos de información son parte de una estrategia más amplia de control de la independencia judicial y del funcionamiento y prácticas legislativas.

Dentro de las acciones legales que podrían desarrollarse en el marco de estas estrategias legales indirectas o “procedimentales”, las que procuran el acceso y la producción de información pública tienen un lugar relevante.²⁶ El derecho a la información constituye



²³ Ver fallo *Tiscornia, Sofía c. Policía Federal s. Amparo*, Sala III, Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal del 17 de diciembre de 1997.

²⁴ Acción de amparo iniciada por Poder Ciudadano y CELS. Ver este caso y otras acciones sobre acceso a la información en: *La información como herramienta para la protección de los derechos humanos*. CELS, 2004, p. 22.

²⁵ Reclamos administrativos iniciados por CIPPEC y Poder Ciudadano.

²⁶ La información es relevante como instrumento de protección de derechos civiles y políticos, así como de derechos económicos, sociales y culturales. En algunas materias –tales como el derecho a la vivienda adecuada– se reconoce expresamente la obligación del Estado de implementar en forma inmediata una vigilancia eficaz de la situación de la vivienda en su jurisdicción, para lo cual debe realizar un relevamiento del problema y de los grupos que se encuentran en situación vulnerable o desventajosa, personas sin hogar y sus familias, personas alojadas inadecuadamente, personas que no tienen acceso a instalaciones básicas, personas que viven en asentamientos ilegales, personas sujetas a desahucios forzados y grupos de bajos ingresos (OG N° 4, punto 13). En relación con el derecho a la educación primaria obligatoria y gratuita, aquellos Estados que no la hubieran implementado al momento de la ratificación asumen el compromiso de elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción para su implementación progresiva (PIDESC, art. 14). Estas obligaciones de vigilancia, reunión de información y preparación de un plan de acción para la implementación progresiva son extensibles, como medidas inmediatas, al resto de los derechos consagrados en el Pacto (OG N° 1, puntos 3 y 4).

una herramienta imprescindible para hacer efectivo el control ciudadano de las políticas públicas, al tiempo que contribuye a la vigilancia por parte del propio Estado del grado de efectividad de esas políticas y la eventual afectación de derechos de los ciudadanos.

El Estado debe disponer los medios necesarios para garantizar el acceso en condiciones de igualdad a la información pública. Específicamente, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, el Estado debe producir y poner a disposición de los ciudadanos, como mínimo, información sobre: a) el estado de la situación de las diferentes áreas concernidas, en especial cuando su descripción requiera de mediciones expresadas mediante indicadores, y b) el contenido de las políticas públicas desarrolladas o proyectadas, con expresa mención de sus fundamentos, objetivos, plazos de realización y recursos involucrados.

Las acciones de acceso a la información suelen actuar como vías legales que sostienen el trabajo de monitoreo de políticas sociales y la documentación de violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales.²⁷

Cuando la administración dispone de espacios de participación cívica para la discusión o el análisis de ciertas medidas o políticas (audiencias públicas en el Parlamento o en órganos administrativos, mecanismos de elaboración participada de normas, presupuesto participativo, consejos de planificación estratégica en las ciudades), las acciones pueden dirigirse a discutir las condiciones de admisión, así como los procedimientos de debate y diálogo a fin de garantizar reglas básicas de procedimiento.

En estos supuestos si bien se discute formalmente un *derecho de participación cívica o ciudadana*, los derechos sociales, civiles o políticos en juego pueden determinar el alcance de esa participación, por ejemplo, al configurar el colectivo afectado o el sector que debería merecer atención prioritaria del Estado y que, por lo tanto, debería ser escuchado o contar con un espacio institucional de participación con anterioridad a que una decisión de política social pudiera adoptarse, ya sea en su perjuicio o en su provecho.



²⁷ Cfr. Abramovich, V. y Courtis, C. "El acceso a la información como derecho". En: Duhalde, E.L. (ed.). *Anuario de derecho a la información*. Buenos Aires-Madrid; 2000.

Pensemos, por ejemplo, en los debates abiertos sobre la participación de entidades en los consejos de supervisión de planes sociales, entre organizaciones sindicales sobre la participación en el Consejo Asesor del Salario Mínimo, entre sociedades de usuarios sobre su derecho a participar de los entes reguladores de servicios públicos, en los espacios institucionales de renegociación de contratos con las empresas privatizadas o posibles discusiones sobre el alcance de la participación en foros de seguridad ciudadana o en entes de control electoral.

Así, por ejemplo, en el caso de la Federación Independiente del Pueblo Suhar de Ecuador contra la empresa petrolera Arco, se logró, por la vía de un amparo judicial, que se prohibiera a la compañía negociar con comunidades de base su entrada a territorio indígena para realizar actividades de exploración, excluyendo a las legítimas autoridades políticas del pueblo indígena. Este caso, similar a los tradicionales conflictos de encuadre sindical y legitimación de sindicatos en los procesos de negociación colectiva, pretendió resguardar las reglas de un proceso de negociación fijando a los actores legitimados para desarrollarlo.²⁸

En ocasiones la intervención judicial puede requerirse al solo efecto de hacer efectivo un acuerdo alcanzado como fruto de una negociación con el Estado. Aquí la justicia interviene para implementar pactos que muchas veces son el resultado de complejas negociaciones entre actores sociales y autoridades políticas.

Ejemplo, un acuerdo de relocalización de un grupo de personas sujeto a un desalojo compulsivo. Si bien en estos casos se trata de ejecutar decisiones asumidas por el Estado, las características de los derechos en juego, como el derecho a la vivienda, en este caso, van a fijar los márgenes de actuación de la justicia y la interpretación del alcance mismo de las obligaciones que emanan de estos acuerdos.²⁹



²⁸ Ver *Tarimat. Firms en nuestro territorio. FIPSE Vs. Arco*. Quito: CDES, 2001.

²⁹ En un caso relativo a un acuerdo entre familias desalojadas y al gobierno de la ciudad de Buenos Aires, se demandó judicialmente el cumplimiento de las obligaciones estatales allí establecidas, que consistían en la construcción de viviendas en un terreno fiscal y la solución transitoria de las necesidades habitacionales del grupo, mientras se ejecutaban las obras. En esa acción, que era fundamentalmente de ejecución del convenio, se utilizaron los estándares constitucionales e internacionales sobre derecho a la vivienda para interpretar el alcance de la obligación del gobierno de dar una vivienda temporaria bajo determinadas características, lo que fue solicitado como medida cautelar. El juzgado dio lugar al pedido y ordenó alojar a las familias en hoteles de la ciudad bajo determinados requisitos de habitabilidad. Si bien el acuerdo fue el resultado de la negociación y la presión política sobre el gobierno, el litigio apuntó

Lo que caracteriza a estas acciones indirectas o complementarias es que las vías judiciales están lejos de ser el centro de la estrategia de exigibilidad de los derechos, pero sirven para apuntalar el resto de las causas políticas que se emprenden con el fin de canalizar las demandas de derechos en el marco de un conflicto colectivo, ya sea que se trate de reclamos directos a la administración, del desarrollo de vías de negociación o incluso de cabildeo sobre los funcionarios, el Congreso o empresas privadas. El proceso judicial sirve de punto de apoyo para la acción de incidencia de los actores de procesos sociales o políticos más amplios y complejos.

a hacerlo efectivo y fijar el alcance legal de las obligaciones asumidas por el Estado. Ver *Aguero, Aurelio Eduvigio y otros c/GCBA s/amparo* (CCABA, art. 14), Exp. 4437/0. Resolución del 26 de febrero del 2002.