

Activismo Judicial y Participación en la Construcción de lãs Políticas Públicas

(Judicial activism and participation in implementing public policies)

Roberto Omar Berizonce

Professor Emeritus at the *Universidad Nacional de La Plata*, Argentina. Honorary President of the *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal* and member of the International Association of Procedural Law.

“... el fundamental carácter político que desempeñan -ahora con notable voltaje operativo- los más altos órganos (judiciales)... los coloca en el registro más delicado, sensible y trascendente en el tablero del Gobierno y en el ensamblado engranaje de sus instituciones... Solo con ellos existe una sociedad libre y abierta y una república cabal asentada en el Estado de Derecho que lleva su andar hacia el próximo Estado de Justicia.” A. M. Morello, *La Corte Suprema en el sistema político*, LEP/Lexis Nexis, La Plata/Bs. As., 2005, pp. 15-16.

Abstract: The article deals with the question of the role of the Judiciary in implementing public policies, its limits and possibilities, exploring subjects such as participation, legitimacy and “institutional dialogs”.

Keywords: Judicial activism. Public policies. Role of the Judiciary.

Sumario: I. La misión de los jueces en un contexto de creciente fragilidad normativa y laxitud de las relaciones intersubjetivas. II. El fenómeno de la judicialización de los conflictos. III. El activismo judicial. 1. Expresión (y respuesta) a una más acentuada participación social. 2. Visión actualizada y progresista de los valores comunitarios. IV. La participación judicial en las políticas públicas. 1. El proceso de interpretación-creación del derecho y sus fundamentos racionales. 2. Deslinde entre las atribuciones judiciales y el ámbito reservado a los demás poderes. 3. “Diálogo” interinstitucional y tensiones entre poderes. 4. Políticas públicas, “mínimo existencial” y “reserva de lo posible”. 4.1. Límites a la intervención judicial. 4.2. Aseguramiento del “mínimo existencial”. 5. Visión sociológico-política: declinación del sistema democrático representativo y judicialización de la política. V. Conflictos de interés público o estratégicos. 1. Características típicas. 2. El tratamiento de los conflictos de interés público en la CSN. 3. El activismo procedimental y sus proyecciones. VI. Los desafíos que plantea el creciente activismo judicial y la intervención en las políticas públicas.

I. La misión de los jueces en un contexto de creciente fragilidad normativa y laxitud de las relaciones subjetivas.

En las actuales circunstancias resulta notorio que afloran fenómenos paralelos, complicados y recíprocamente influidos, cuales son la creciente judicialización de los conflictos, el activismo judicial y con ello el empeño de participar en el “gobierno” a través de la incidencia en las políticas públicas. Todos ellos tienen su explicación en una serie de factores concurrentes, intrínsecamente dinámicos y por ello mutantes, que pueden resumirse en: *i.) la presión por el acceso efectivo a la jurisdicción; i.i.) creciente “inflación” legislativa; i.i.i.) novedosas y cambiantes funciones atribuidas al juez; i.i.i.i.) “explosión” de nuevas conflictividades; i.i.i.i.i.) el impacto de la “globalización” y de los sistemas de protección transnacionales.*

En primer lugar, el mayor conocimiento de los propios derechos tanto como la disponibilidad de asesoramiento jurídico e información facilitada por los modernos medios de comunicación masivos, han influido para generar en muchos sectores conciencia individual y colectiva acerca de la pertenencia, y consiguiente “apropiación” de los derechos individuales y de grupo. Singularmente positivo, éste fenómeno permite canalizar la defensa de los tradicionales derechos subjetivos, tanto como las nuevas prerrogativas derivadas en los derechos de incidencia colectiva en general, posibilitando la participación de los ciudadanos en la justicia. Como contracara, el mayor acceso a la jurisdicción y la insuficiencia de las previsiones normativas para canalizarlo, genera presiones adicionales a los jueces sea por el desborde cuantitativo de los reclamos, cuanto por la exigencia de resolver cuestiones complejas arbitrando a menudo el instrumental procedimental adecuado.

Por otro lado, la “inflación legislativa” y consecuente desvalorización del marco normativo ha incidido cualitativa y cuantitativamente en la misión judicial. En todo el mundo en las últimas décadas se ha operado un cambio trascendente en el rol del juez y en el entendimiento de sus funciones, producto de un conjunto de circunstancias confluyentes en cada situación contextual. La creciente “esfumación” de la ley, por la recurrencia a preceptos “abiertos”, flexibles, conceptos indeterminados, sus contrastes y “lagunas”, tanto como el inmovilismo del legislador, terminan trasladando a los jueces funciones que son más propias de aquél, debiendo asumir tareas

integrativas y de “suplencia judicial”¹. Se ven forzados a atender una demanda de justicia amplificada y cualitativamente más compleja ante requerimientos perentorios de efectividad de las garantías. Un creciente “activismo” judicial sustantivo es su consecuencia.

En ese cuadro, los jueces deben asumir progresivamente, junto al clásico rol del decisor de los conflictos, *nuevas funciones no tradicionales*. En el *proceso civil* se dibuja un modelo de juez “administrador”, “gestor”, “arbitrador” o “componedor económico o social”. No solo en los procesos contenciosos de toda clase sino también extracontenciosos (jurisdicción voluntaria), v.gr., autorizaciones judiciales para actos personalísimos, como transplantes de órganos, internaciones y tratamientos médicos, abortos; o en los procesos de familia y de minoridad, donde actúa como “acompañante” y “componedor” social para arbitrar las soluciones más acordes al interés superior familiar o de los menores; o en los procesos cautelares en general, en la tutela preventiva de daños.

En paralelo, la explosión de la conflictividad colectiva en sectores tan diversos como los que se relacionan con la defensa del medio ambiente, el patrimonio común histórico o artístico y paisajístico, la salud pública y las relaciones de consumo en general, entre otros, requiere de un instrumental procesal adecuado, novedoso y apto para tutelar los específicos derechos e intereses “difusos” y “colectivos” o “fragmentarios” y superar las congénitas dificultades procedimentales que plantean tales acciones, lo que ha implicado un denodado esfuerzo creativo de la propia magistratura.

Las mismas exigencias presionan a los jueces ante el generalizado clamor por la excesiva duración de los conflictos, lo que ha derivado en el reconocimiento de específicas garantías sustentadas en los preceptos constitucionales y los tratados internacionales, tendiente a asegurar el dictado de las decisiones *en tiempo razonable*, como presupuesto sustantivo de la efectiva prestación de justicia y de las garantías de la defensa.

Todavía, el fenómeno de la “globalización” del sistema de derecho y de enjuiciamiento, con base en el *derecho internacional de los derechos humanos*, ha incorporado una nota decisiva con incidencia directa en los sistemas internos nacionales, en los niveles constitucionales, legales y

¹ PICARDI N., *I mutamenti del ruolo del giudice nei nostri tempi*, en *Derecho Procesal en vísperas del siglo XXI. Temas actuales en memoria de los Profs. I. Eisner y J.A. Salgado*, coord. R. Arazi, Ediar, Bs. As., 1997, pp.398-401. La “inestabilidad” de la ley no es sino una consecuencia de las aceleradas mutaciones colectivas, lo que no constituye en sí mismo un suceso negativo como suele afirmarse desde posiciones escépticas, que descreen del parlamentarismo.

reglamentarios². La Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) de 1969 contiene un cuerpo amplio de derechos y libertades que los Estados partes se comprometen a respetar, y su operatividad en concreto demanda de los jueces la afinación del sentido jurídico, en ámbitos en que la función de “suplencia” legislativa se torna imprescindible.

II. El fenómeno de la judicialización de los conflictos.

Los cambios incesantes que se producen en la sociedad por la irrupción de nuevos valores y creencias, que derivan en una mayor complejidad de las relaciones de todo tipo, personales, familiares, contractuales, situaciones fácticas novedosas, alientan la conflictividad en la vida de relación y al mismo tiempo ponen al desnudo la insuficiencia de los tradicionales remedios jurídicos materiales e instrumentales. La mayor conflictividad real o azuzada, necesariamente va a desembocar en la jurisdicción que ahora debe afrontar, además, nuevas y cada vez más complejas demandas de justicia. La judicialización es, en este sentido, inevitable como derivación de los vaivenes que sacuden la situación económica, social, cultural en un tiempo dado.

Hay, sin embargo, otras diversas causas, también endógenas al sistema judicial, de singular peso, que contribuyen al fenómeno de la expansión de la jurisdicción: la “inflación” legislativa, a que ya hemos aludido, tanto como el denominado proceso de “desconstitucionalización”³, producto de la inercia de los órganos políticos que omiten cumplir los mandatos de la Ley Fundamental, de ese modo desatendidos. Con lo que se genera un vacío normativo que a menudo termina transfiriendo a la decisión de los jueces no solo los conflictos individuales sino, a través de tales pronunciamientos, el diseño en todo o en parte de las propias políticas públicas. La omisión legislativa, por razones múltiples que incluyen inoperancia, desidia, incapacidad lisa y llana, y aún la elusión implícita de la solución de los problemas, deriva en un desplazamiento de responsabilidades en flagrante menoscabo de la institucionalidad que compromete la misión jurisdiccional, porque los jueces no están naturalmente preparados para la función de gobierno. Y de ahí que, a menudo, queden inopinadamente embretados en las oscuras tramas del juego político, en un terreno que no siempre les resulta propicio.

Así, los jueces fueron llamados a decidir, por ejemplo, cuestiones más propias de la política

² HITTERS J.C., *Derecho internacional de los derechos humanos. Influencia de los tratados en el derecho interno. Responsabilidad de los jueces*, Instituto de Estudios Judiciales SCBA, La Plata, 2009, *passim*.

³ SAGÜÉS N.P., *El concepto de “desconstitucionalización”*, La Ley, 2007-B, pp. 1268 y ss.

sanitaria y de la competencia del Ministerio de Salud, generalmente en vía de amparos colectivos, cuando numerosos médicos de hospitales públicos reclamaron el dictado de medidas de urgencia por el estado de abandono o carencias extremas en servicios hospitalarios públicos, que obligó a los magistrados a imponer la designación de profesionales médicos especializados y personal asistencial de apoyo suficiente⁴; en el caso de un hospital neuropsiquiátrico de la capital⁵. O tópicos propios de la política social y de bienestar y seguridad de las personas, tales los relativos a la urgente protección y resguardo de niños y adolescentes en situación de calle, viviendo en los espacios públicos, lo que derivara en órdenes judiciales para que se destinaran “todos los esfuerzos humanos y presupuestarios” para paliar tan crítica situación⁶. O en lo referente a las condiciones de seguridad de los usuarios que utilizan el servicio ferroviario, por su estado extremadamente inseguro y defectuoso que llevó, en el marco de un amparo colectivo promovido por el Defensor del Pueblo de la Nación en 2005, a ordenar al Estado Nacional y a la empresa oficial la implementación de un programa de obras necesarias y la inclusión de su costo en el presupuesto general de la Nación; y otras medidas complementarias⁷. O cuando a instancia de una ONG que demandó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires mediante un amparo colectivo, alegando la violación de derechos fundamentales a la educación, propios de la política educacional, en julio de 2006 se ordenó judicialmente el urgente reemplazo de los módulos contenedores en que se dictaban las clases en algunos establecimientos públicos y la provisión de aulas dignas; o cuando ante la falta de vacantes en el nivel educativo inicial se judicializó el reclamo de apertura de los jardines de infantes.

La conclusión es rotunda: las omisiones, casi siempre groseras, de las autoridades de la administración o legislativas, desembocan inexorablemente en manos de los jueces quienes se ven impelidos a resolverlas, a menudo en la vía expeditiva de las medidas de urgencia y arbitrando después procedimientos diversos para impulsar a los poderes remisos al cumplimiento de sus deberes. Con suerte muy variada, como se deriva de los resultados a menudo, infructuosos.

En definitiva, cuando se trata de resolver no cuestiones de política menuda, sino los grandes temas institucionales, de gravedad institucional o de interés general, la delegación

⁴ CSN, 31-10-06, La Ley, 2006-F, p. 507; Juzg. Cont. Adm n°1, La Plata, 29-5-08, La Ley, Bs. As., 2009, pp. 38 y ss..

⁵ Cam. Contenc. adm. y Trib., CABA, Sala I, 23-12-2008, Supl. La Ley Administrativo, feb. 2010, p. 16. En el mismo sentido, 25-6-2007, en La Ley, 2007-E, p. 100, con nota de I.A. D'ARGENIO.

⁶ Juzg. Cont. Adm, La Plata, 10-11-2008, Abeledo-Perrot Bs. As., marzo 2009, pp. 330 y ss.

⁷ Cam. Nac. Contenc. Adm. Fed., mayo 2006.

implícita que habilita el ejercicio de la “suplencia” por omisión de los poderes políticos, brinda una mejorable oportunidad a los altos tribunales⁸, y a veces a los jueces comunes, para participar en la configuración de las políticas públicas, a través de un saludable y necesario activismo sustantivo⁹. No se trata de ejercer el “poder control” sino un poder de suplencia legislativa¹⁰, directamente operativo de la Constitución para tutelar los derechos fundamentales.

III. El activismo judicial.

1. Expresión (y respuesta) a una más acentuada participación social.

Existe un dato de la realidad que debe apreciarse debidamente. El mayor protagonismo que la comunidad espera de los jueces -y la correlativa responsabilidad que les reclama- se sustentan no sólo en la paralela expansión de las otras “ramas” del gobierno, a partir del encumbramiento del Estado de bienestar, con el consiguiente reconocimiento de nuevos derechos sociales, económicos y culturales, y como modo de lograr un renovado equilibrio en las funciones públicas (*checks and balances*), sino además -y no menos principalmente- en la cada vez mayor *participación social*, derivada de la directa injerencia de los diversos grupos en el diseño y aún en la toma de decisiones que interesan a la comunidad. Porque los resultados de la actividad jurisdiccional -su eficacia global- no les resulta indiferente.

Esta última idea -no siempre debidamente destacada- deviene fundamental para explicar lo que puede considerarse el *auge del protagonismo de los “hombres de la justicia”* en las sociedades contemporáneas. Porque, por un lado, esa más pronunciada injerencia no debería verse como una consecuencia tan sólo del ensanchamiento de las misiones que asume en general el Estado “benefactor” o “promocional”, que persigue la “procura existencial” -aún en tiempos de crisis de tal modelo, como los actuales-; sino que se sustenta más bien en un profundo cambio operado en el seno mismo de la sociedad, que la ha impulsado a tomar una plaza más activa en la satisfacción del bien común. Misión que modernamente comparte y disputa al Estado como consecuencia, precisamente, del deformante fenómeno de su “gigantismo” que conlleva a la

⁸ MORELLO A.M., *La Corte Suprema en el sistema político*, ob. cit., pp. 74-77. La CS puede todo o casi todo: cuenta con poderes expresos, implícito, inherentes, discrecionales y zona propia de reserva... Se balancea entre la autolimitación (*self restraint*) y un activismo de diversos registros o grados de intensidad.

⁹ CAMBI E., *Neoconstitucionalismo e neoprocesualismo en Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira*, L.M. Fux y ot., coord., Ed dos Tribunais, São Paulo, 2006, p. 667-669.

¹⁰ SAGÜÉS N.P., ob. cit..

“fuga” y abandono de muchas de sus potestades- Estado “ausente”-.

Por otro lado, la idea de que el impulso al ensanchado protagonismo judicial proviene principalmente de la sociedad, de las más diversas e incontables instituciones, asociaciones y grupos que se desarrollan en su seno¹¹, conduce a reconocer, al menos indirectamente, el mérito que a tales instituciones les corresponde en la transformación y avance de las ideas cuando son, al cabo, consagradas por los jueces. Y, también, el merecimiento singular -casi nunca enfatizado- que habrá que reconocer a los otros “operadores” del sistema de justicia, que son los abogados prácticos y los doctrinarios. Que no deberían ser vistos exclusivamente como técnicos, sino más bien como impulsores deliberados de las ideas y necesidades que subyacen en los grupos sociales, cuya defensa, cuando tiene acogida, constituye muchas veces, el “proyecto” de la mutación judicial.

2. Visión actualizada y progresista de los valores comunitarios.

Conviene, a esta altura, precisar ciertos calificativos de los que se derivan valoraciones respecto de la misión de los jueces. A la figura clásica de un juez “pasivo”, se opone otra de juez “activo” y una todavía diversa de juez “activista”. La cuestión reside en diferenciar éstas dos últimas y especialmente caracterizar al “activista”.

“Activista”, denota no una cualidad puramente mecanicista o física, cual sería la aceleración o la diligencia, sino un sentido mucho más profundo que deriva del actuar activo pero, además, enderezado a la obtención de una finalidad en la que predominan los valores fundamentales¹². El juez que pronuncia sus decisiones y cumple sus deberes funcionales diligentemente dentro de los plazos legales, podrá ser considerado activo; será “activista” si, además, a partir de una visión progresista, evolutiva, reformadora, sabe interpretar la realidad de su época y le confiere a sus decisiones un sentido constructivo y modernizador, orientándolas a la

¹¹ Se ha de subrayar la potencialidad institucional del Poder Judicial que, una vez impelido, se torna un espacio privilegiado para el discurso democrático, un “motor de democracia” participativa (ZANETTI JUNIOR H., *Proceso constitucional: O modelo constitucional do Processo Civil Brasileiro*, ed. Lumen Juris, R. de Janeiro, 2007, p. 46). Como sostiene FERRAJOLI, el progreso de la democracia se mide por la expansión y justiciabilidad de los derechos (*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, 2ª. ed., Madrid, 1997, trad. P.A. Ibañez, p. 918).

¹² El activismo, enseña MORELLO, refiere a una actitud en la práctica de los tribunales en general que coloca el acento en la participación directa, intensa y continuada que impulsa y guía, innovadoramente, el accionar del gobierno, en el ámbito del área de la justicia. Tal activismo, horizontalmente gana espacio porque la Corte ingresa con osadía en la composición o respuesta de fondo de las controversias (MORELLO A.M. *La Corte Suprema en acción*, Lexis Nexis, Bs. As., 2007, 2ª. ed., pp. 134 y ss.).

consagración de los *valores esenciales* en vigor¹³. El “activismo” se verifica principalmente, aunque no con exclusividad, a través de la sentencia en cuanto a las reglas jurídicas materiales; pero también en la conducción del procedimiento. En uno y otro campo reconoce, naturalmente, precisas limitaciones.

Podría afirmarse que todos los jueces son “activistas”, de uno u otro signo. Porque la politicidad es rasgo consustancial a la misión jurisdiccional y la sentencia constituye un propio acto político y de imperio, en tanto se dicta en nombre del Estado, además de contener una decisión que escoge entre varias alternativas, lo que la erige en un acto de gobierno que, por añadidura, implica una programación del comportamiento social. Empero, naturalmente, politicidad no significa partidismo y sectorialización. Más aún, el Poder Judicial integrado por todos los jueces¹⁴ es, igualmente, un poder político, al menos en cuanto órgano del Estado y también por las funciones que le están asignadas.

IV. La participación judicial en las políticas públicas.

1. El proceso de interpretación-creación del derecho y sus fundamentos racionales.

La tradicional función judicial de control de constitucionalidad (y ahora también de convencionalidad¹⁵ de los actos emanados de los restantes poderes del Estado, se sustenta en la interpretación creativa de los preceptos de la Constitución. La función de control supone, por definición, un pronunciamiento declarativo de confrontación de las normas legales o reglamentarias con aquellas de la Constitución o de los tratados y convenciones, que tiene por objeto asegurar la supremacía de estas últimas. La declaración que se expide resuelve el caso concreto con virtualidad, por regla, exclusiva para las partes intervinientes. Tales notas típicas de la función o modelo de control, la diferencian de la denominada función *remedial* de los tribunales que hemos de analizar *infra* § V.

¹³ Así, es doctrina de la CSN que el orden público debe considerarse con un criterio de actualidad dado la mutabilidad connatural a las circunstancias en que se asienta. De ahí que en virtud del criterio de actualidad del orden público internacional, después de sancionada la ley 23.515 que estableciera el divorcio vincular, el orden jurídico argentino carece de interés actual en reaccionar frente a un matrimonio celebrado en el extranjero que es invocado en el foro en virtud de los derechos sucesorios reclamados por la cónyuge supérstite (Fallos, 319:2779). Es que la referida ley adoptó nuevos criterios de valoración sustancial al admitir la disolución del vínculo por divorcio para los matrimonios (consid. 8º).

¹⁴ Desde antiguo pregonaba la CSN que los jueces han de poseer “sensibilidad política” y deben recurrir a ella, sobre todo cuando analizan las bases de la organización del Estado democrático (Fallos, 247:646).

¹⁵ HITTERS J.C., *Control de convencionalidad y control de constitucionalidad. Comparación*, La Ley, 2009-D, p. 1205.

La interpretación constitucional se legitima a partir del fundamento racional en que se sustenta, que reconoce ciertos presupuestos materiales y metodológicos que acotan el ámbito de la discrecionalidad y excluyen todo voluntarismo o subjetivismo, que conduciría a una descalificable arbitrariedad¹⁶. Para afirmar la inadecuación o incompatibilidad de una norma legal confrontada con una garantía fundamental, el juez debe demostrar mediante una argumentación adecuada y convictiva que aquella menoscaba la sustancia misma del precepto constitucional. Si la ley –como expresa ALEX- constituye la concreción de la “representación política”, solo puede ser sustituida por una “representación argumentativa” judicial, en tanto ésta tenga suficiente poder suasorio sobre la prevalencia del derecho fundamental. Es que la democracia tiene una dimensión discursiva, que no es exclusiva del parlamento, sino que es también propia del quehacer judicial, cuando se ejerce mediante la “representación argumentativa”; una y otra no aparecen como contrapuestas sino en todo caso como complementarias, en la base de la convivencia política legítima, como instrumento para la producción de decisiones públicas¹⁷.

Por otra parte, el análisis de las previsibles consecuencias de la decisión – “consecuencialismo”- constituye otro presupuesto esencial del pronunciamiento judicial, consistente en la verificación de los resultados a que la exégesis conduzca en el caso concreto¹⁸, a menudo vinculado con el análisis económico del derecho¹⁹.

La motivación persuasiva, en definitiva, es una condición esencial de su validez, que entronca con los principios democráticos y republicanos, tanto más exigible cuanto mayor “activismo” se despliega. Y por sobre todo ello, como se afirma en la doctrina de la CSN, el juez debe buscar siempre una interpretación valiosa de lo que las normas han querido mandar, desde

¹⁶ Fallos, 234:82; 249:425; 244:523, entre otros.

¹⁷ MARINONI L.G., *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional* en Rev. Peruana de Der. Proc., Lima, 2008, v. XI, pp. 264-265.

¹⁸ El “consecuencialismo” alude a los efectos jurídicos externos de la decisión, que exigen una prognosis (son futuros) empírico social. Se habla de “juicio práctico-sistemático”, ya que el análisis de los efectos externos de una decisión, comparado con las valoraciones que provee el sistema jurídico, cumple una función de alarma en cuanto a la justeza del pronunciamiento que los provoca (LORENZETTI R.L., *El juez y las sentencias difíciles*, La Ley, 1998-A, pp. 1039-1040).

¹⁹ Sobre los orígenes en los EE.UU. del análisis económico del derecho, su inspiración en el individualismo y su divisa “el derecho como eficiencia” (FISS O., *El derecho como razón pública*, Marcial Pons., Madrid-Barcelona-Bs. As., 2007, trad. E. Restrepo Saldarriaga, pp. 249-251; 252-258). Acerca de los postulados de las diversas escuelas, la de Chicago, de la New Haven, y las críticas que suscita (ob. cit., pp. 257-258). Entre nosotros, la CSN mediante Acordada Nº 36/2008 creó la Unidad de Análisis Económico. Sobre su virtualidad en relación a los derechos sociales: DUARTE D., *Los derechos sociales y el análisis económico del derecho*, La Ley, 2010-A, supl. 17-2-2010.

que no cabe renunciar al valor ético de lo justo²⁰.

2. El deslinde entre las atribuciones judiciales y el ámbito reservado a los demás poderes.

El activismo desemboca a menudo en la participación del juez –especialmente de los Tribunales Superiores, pero aún también de la magistratura común- en la construcción de las políticas públicas. Y ello conduce a la tan delicada cuestión del deslinde entre las atribuciones judiciales y el ámbito reservado a los demás poderes.

Como se ha sostenido, no cabe objetar que el Parlamento es quien debe decidir acerca de las políticas económicas y sociales, por consiguiente quien debe elegir los medios adecuados²¹. Empero, el ejercicio de esas atribuciones no goza de excepción con respecto al principio de supremacía de la Constitución, ni en relación con el carácter jurídico y vinculatoriedad de las disposiciones que tipifican los derechos sociales. El amplio margen de acción del legislador no despoja a los derechos sociales de su fuerza vinculante. El problema reside entonces en encontrar un modo razonable para articular esa tensión en las potestades del legislador y los poderes de los jueces²². Y está claro que el debate en torno de la legitimidad del control judicial de constitucionalidad se funda en el problema de la legitimidad del juez para controlar la decisión de la mayoría parlamentaria²³, por la objeción del carácter contramayoritario del Poder Judicial, en tanto dicho control se ejercita no en nombre de la mayoría prevaleciente, sino contra ella. Frente a ello, para sustentar la legitimidad de la decisión, se han elaborado diversas teorías que pueden ser comprendidas en *textualistas*, que sujetan la legitimidad de la jurisdicción a la literalidad de las normas constitucionales (SCALIA A.); *procedimentalistas*, que descartan la existencia de valores fundamentales y ante la naturaleza abierta de los preceptos constitucionales, admiten con diversos matices la legitimidad de la jurisdicción por su papel de refuerzo del proceso democrático de elaboración de la ley para eventualmente corregir los desvíos del proceso de representación popular (HABERMAS, HART, ELY, FAZZALARI); y *sustancialistas*, que encuentran la legitimidad en el

²⁰ Fallos, 234:484, entre otros.

²¹ No cabe duda 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 suplir la inactividad de aquellos (ABRAMOVICH V., *Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política en La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Homenaje argentino...*, ob. cit., v. II, pp. 448).

²² BERNAL PULIDO C., *El derecho de los derechos*, Univ. Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 306-307.

²³ GARGARELLA R., *La Justicia frente al gobierno (sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial)*, Ariel, Barcelona, 1996, *passim*.

contenido sustancial de los derechos fundamentales, desde que el fin de la jurisdicción es precisamente la concreción de los valores contenidos en la Constitución, que constituyen mandamientos de tutela, que imponen al juez el deber de suplir toda omisión o insuficiencia de la protección debida por el legislador (DWORKIN, TRIBE)²⁴.

Más allá de las inacabadas disquisiciones que pueden elaborarse al respecto, parece razonable seguir en esta exposición los principios sentados por nuestro más Alto Tribunal. Así, - ha sostenido- por vía de principio, ha de considerarse que el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado se funda en la premisa que corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia (sin que ello constituya) una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos pueden estar lesionados²⁵.

A su vez, en el ejercicio del aludido control los jueces están obligados a tomar un rol activo y a desplegar particular energía para hacer efectivo el mandato constitucional dirigido a la protección de los derechos fundamentales²⁶.

Claro que no les compete a los jueces resolver cuestiones de política económica, que son privativas de los otros poderes del Estado²⁷, ni imponerles su criterio de conveniencia o eficacia económica o social²⁸, ni pronunciarse sobre el acierto o el error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas²⁹, por lo que no les corresponde revisar actos normativos que aunque obedecen a un criterio opinable, no exceden lo que es propio de la función legislativa³⁰.

²⁴ MARINONI L.G., ob. cit., pp. 239 y ss.

²⁵ CSN, L.733. XLII, 13-2-07, "Lavado c. Prov. de Mendoza". En el mismo sentido, D. 587.XLIII, 18-9-07, "Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional y Prov. de Chaco".

²⁶ Por caso, tratándose de la tutela del medio ambiente, que constituye un bien colectivo perteneciente a la esfera social y transindividual (20-6-2006, "Mendoza Beatriz S. y ot. c. Estado Nacional y ot.", La Ley, 2006-D, p. 86, consid. 18). O estando en cuestión la seguridad de una represa, lo que convirtió en un imperativo la garantía de la seguridad de las personas y de los bienes (3-3-2009, "Rozniatowski R.C. c. EN-Secretaría de Energía de la Nación", La Ley, 2009-C, p. 272).

²⁷ Fallos, 315:1820, consid. 8º y su cita.

²⁸ Fallos, 311:1565.

²⁹ Fallos, 314:424.

³⁰ Fallos, 260:102 y sus citas; 298:286; 311:1565; 315:839, entre otros. Así, cuando se invocaba la disparidad de trato entre deudores morosos y en cumplimiento normal de sus obligaciones, según el régimen de excepción previsto por el art. 39 del dec. 1387/01 y normas complementarias. Máxime que la actividad de las entidades bancarias -la intermediación entre la oferta y demanda de recursos financieros- afecta en forma directa e inmediata todo el

En un caso paradigmático sobre el deslinde y ensamble de las respectivas competencias *–in re “Badaro”*³¹-, sostuvo la Corte que estando en cuestión la movilidad de los haberes jubilatorios y desde que se trata de una previsión con profundo contenido social, el precepto constitucional del art. 14 bis se dirige primordialmente al legislador, que es quien tiene la facultad de establecer los criterios que estime adecuados a la realidad, mediante una reglamentación que presenta indudable limitación, ya que no puede alterarla (art. 28). Pero si por el cambio de las circunstancias la solución legal, correcta en su comienzo, se torna irrazonable, el cumplimiento de la garantía en juego atañe también a los restantes poderes públicos que deberán, dentro de la órbita de su competencia, hacer prevalecer el espíritu protector que anima a l precepto contenido en el art. 14 bis CN, dentro del marco que exigen las diversas formas de justicia. En consecuencia, sin fijar una pauta mínima para la actualización, cabe instar al P.E., y al Congreso a que “en un plazo razonable” adopten las medidas pertinentes.

Es que la misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes ni suplir las decisiones que deben adoptar para solucionar el problema y dar acabado cumplimiento a las disposiciones del art. 14 bis de la C.N., todo ello sin perjuicio del ejercicio a *posteriori* del control destinado a asegurar la razonabilidad de esos actos y a impedir que se frustren derechos cuya salvaguarda es deber indeclinable del Tribunal³².

Y en pronunciamiento posterior de 2007, en la misma causa, subrayó que no es propio del cometido fijado al Poder Judicial en el art. 116 CN dictar una sentencia con el carácter de norma general derogatoria de las disposiciones cuestionadas, pues ello implicaría sustituirse al Congreso... (y) en este entendimiento esta Corte considera que contribuiría a dar mayor seguridad

espectro de la política monetaria y crediticia en que se hayan involucrados vastos intereses económicos y sociales (Fallos, 303:1776). (CSN, 12-5-2009, “Coronel Jorge F. c. Estado Nacional y ot. s/amparo”, La Ley, 2009, fallo 113.580).

³¹ CSN, “Badaro c. ANSES”, consid. 15 y 16, Fallos, 329:3089; LL, 2006-D, p. 801.

³² CSN, 27-11-2007, “Badaro II”, B. 675. XLI, IMP 2008-1, 95. En un pronunciamiento clarificador se sostuvo que si bien la determinación de las políticas de gobierno es propia de los poderes legislativo y ejecutivo, al igual que la decisión en torno a los cursos de acción que resultan idóneos para hacer efectivos los derechos; sin embargo, corresponde al órgano jurisdiccional corroborar, en primer lugar, si el órgano político cumplió con su deber constitucional de reconocer los derechos y, a tal efecto, diseñar políticas públicas tendientes a asegurar su efectiva vigencia. En segundo término, corresponde al juzgador determinar si la política o el programa a tal efecto creados son razonables, es decir, si se ajustan a los estándares constitucionales y, asimismo, si resultan adecuados para satisfacer los derechos. Si los mencionados programas cumplen con tales presupuestos, ninguna consideración corresponde hacer a los jueces sobre políticas alternativas. Finalmente, y en tercer lugar, es necesario que el magistrado compruebe si, una vez delineadas las políticas y creados los programas respectivos, éstos efectivamente se cumplen (Cam. Cont.-adm. y Trib., CABA, Sala I, 23-12-08, Supl. La Ley Administrativo, febrero 2010, p. 16, con nota de F.G. Thea, *Hacia nuevas formas de justicia administrativa...*).

jurídica el dictado de una ley que estableciera pautas de aplicación permanentes que aseguren el objetivo constitucional.

3. “Diálogo” interinstitucional y tensiones entre poderes.

Como conclusión puede verse que a instancia de la propia Corte, ha operado de ese modo un fructífero “diálogo” interinstitucional en procura del ensamble y armonización del actuar de los poderes del Estado, en un marco respetuoso de las prerrogativas de cada uno. La gradualidad progresiva en la satisfacción de los derechos fundamentales en juego, y el escalonamiento de las decisiones³³, supone el reconocimiento de la imprescindible búsqueda de soluciones consensuadas con los poderes políticos. Tanto como la admisión, al cabo, de que aún la satisfacción de los derechos fundamentales económicos y sociales (DESC), ha de asociarse al establecimiento de las necesarias prioridades presupuestarias. Con lo que la puja entre los poderes se traslada a este escenario. En último análisis, de la adjudicación de los fondos por el Congreso o el PE depende la satisfacción de los derechos conculcados³⁴. De ahí que la cuestión esencial, a esa altura, sea hasta dónde puede llegar la presión de los jueces para obligar a los poderes políticos al cumplimiento de deberes que emanan de la Constitución.

4. Políticas públicas, “mínimo existencial” y “reserva de lo posible”.

Llegado a este punto cabe preguntarse si es posible avanzar, a partir de los poderes de los jueces, y principalmente desde el rango institucional y la jerarquía de la CSN, en el camino de

³³ Así, por caso, cuando sin interferir las decisiones políticas públicas de los otros poderes, al tiempo que se reafirman las potestades judiciales, se escalonan los requerimientos que habitualmente en las primeras etapas están referidas al suministro de la información necesaria. Buen ejemplo de ello lo constituye el caso en que en el marco del amparo tendiente a que se condene al Estado Nacional a ejecutar las obras necesarias para elevar la capacidad de una presa, donde quedó demostrado que aumentaría la probabilidad del daño a propósito de un incremento de la crecida del río Neuquén, sostuvo el Tribunal que no cabe desconocer la atribución de Poder Judicial para intimar al Estado Nacional para que dentro de los ciento veinte días hábiles informe sobre las características de la obra a realizar y sobre el plazo de ejecución. Es que más allá del debate acerca de los criterios de evaluación técnica, el hecho de que estaba en cuestión la seguridad de la represa, convirtió en un imperativo la garantía de la seguridad de personas y bienes, con el objeto de conjurar la afectación de la esfera social y transindividual mediante las obras pertinentes (CSN, 3-3-2009, “Rozniatowski R.C. c. EN-Secretaría de Energía de la Nación”, cit.).

³⁴ Un procedimiento apropiado tratándose de obligaciones dinerarias es el establecido por la ley 23.982, de consolidación de deudas, que impuso el P.E. el deber de comunicar al Congreso de la Nación todos los reconocimientos administrativos o judiciales firmes... que carezcan de créditos presupuestarios para su cancelación en la ley de presupuesto del año siguiente al del reconocimiento, habilitando la ejecución judicial en caso contrario (art. 22).

efectivizar en concreto los derechos fundamentales, sin desmedro de las atribuciones que son propias de las restantes poderes. Está claro que el diseño, concepción, implementación y ejecución de las políticas, en todos sus segmentos –de salud, seguridad, educación, etc.–, pertenecen a la esfera de la legislación y la administración, pero ¿estará habilitado y, en ese caso, bajo cuáles circunstancias, el Poder Judicial puede intervenir en ellas? Y si la respuesta es positiva, ¿de qué modo puede hacérselo sin desmedro de aquella regla?

Naturalmente que las respuestas son complejas y ninguna pretensión podría abrigarse en cuanto a brindar conclusiones que, en todo caso, tendrían tan solo valor teórico o virtual. Porque la puja entre los poderes se juega en la realidad con una pulseada en la que se enfrentan, a menudo subrepticamente, las posturas contrapuestas de unos y otros.

4.1. Límites a la intervención judicial.

El primer interrogante, a propósito de la intervención y sus límites, de los jueces en las políticas públicas, ha de responderse afirmando que sin perjuicio de las potestades que indisputadamente corresponden a los poderes políticos, y a condición de respetarlas, pueden supletoriamente asumir una función auxiliar, coadyuvante al logro de las finalidades perseguidas a través de tales políticas³⁵.

La cuestión de los límites de la participación del Poder Judicial en las políticas públicas se plantea habitualmente en torno de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), a partir del debate relativo a su naturaleza típica y el carácter puramente programático que suele adjudicárseles. De todos modos, como ha sostenido FAYT³⁶, el reconocimiento de la condición de derechos fundamentales atribuido a los derechos sociales, económicos y culturales, ha tornado anacrónico el criterio que condicionaba su operatividad a la discrecionalidad del legislador y las previsiones presupuestarias. De ahí que tales derechos no

³⁵ Los jueces, como señalara NINO, no es que deban abstenerse de toda consideración acerca de las políticas públicas, sino que deben tener en cuenta en sus decisiones que tales políticas deben ser necesariamente inferidas de las finalidades perseguidas por los otros poderes del Estado al dictar las normas del sistema (NINO C., *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, 1980, 2a. ed., p. 432). Desde que los derechos fundamentales imponen al Estado el deber de protegerlos, la omisión o insuficiencia de tutela, al verificarse en el proceso judicial, obliga al juez a suplirla. Pero la acción del juez no tiene la misma amplitud que la del legislador. MARINONI L.G., *Da teoria de relação jurídica...*, ob. cit., p. 256.

³⁶ FAYT C.S., ob. cit., p. 780-781. LOIANO A., *Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución de la Ciudad Autónoma*, La Ley, 2006-F, 1057.

deban estar a merced de la economía. Más aún, si hemos de convenir que el nivel de atención que el Estado preste a las contingencias de la salud, la ancianidad y las necesidades básicas de las personas y la familia, es un indicador del grado del desarrollo moral del país³⁷. Es que los gastos públicos que son necesarios para garantizar los derechos sociales –como afirma FERRAJOLI³⁸– no deben ser concebidos como un pasivo relevante en los balances públicos, sino como la forma de inversión pública más productiva.

Sin embargo, no puede desconocerse que los tratados de Derechos Humanos establecen el compromiso de los Estados de hacerlos efectivos tan solo “en la medida de los recursos disponibles” (art. 26, Convención Americana)³⁹ o “hasta el máximo de los recursos de que dispongan” (art. 2, Pacto Internacional de DESC), bien que progresivamente⁴⁰ y de acuerdo con la legislación interna; y que la efectiva operatividad de tales derechos es responsabilidad primaria de los poderes políticos. Con lo cual, en definitiva, volvemos al punto de partida.

4.2. Aseguramiento del “mínimo existencial”.

Ahora bien, el mandato convencional que liga al Estado para hacer efectivos los DESC, debe ser articulado con la manda constitucional que impone a aquél acciones positivas que garanticen el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas discapacitadas (art. 75, inc. 23), en relación a quienes asegura una *tutela diferenciada*, sustantiva y procesal. Precisamente del principio de progresividad que refleja el ingrediente de equidad social, deriva el aseguramiento de un contenido mínimo, un núcleo intangible e indisponible –el “mínimo existencial”– de los derechos tanto individuales como colectivos, económicos, sociales y culturales⁴¹.

Ese “mínimo existencial” carece de sentido aisladamente, si no se vincula con otro deber del Estado que es el de proveer las expensas presupuestarias necesarias para acordarle

³⁷ GELLI M.A., *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, La Ley Bs. As., 2003, pp. 126-127.

³⁸ FERRAJOLI L., *Democracia y derechos fundamentales frente al desafío de la globalización*, La Ley., 2005-F, p- 1204.

³⁹ COURTIS C., *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos* en *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Homenaje argentino a H. Fix. Zamudio...*, Rubinzal-Culzoni-UNAM, Bs. As., 2009, v. III, pp. 211 y ss.

⁴⁰ CSN, 4-9-2007, “Reyes Aguilera D. c. Estado Nacional”.

⁴¹ BAZAN V., *Vías de maximización protectiva de los derechos económicos, sociales y culturales*, La Ley, 2007-D, pp. 1139, 1148. Asimismo, COURTIS C., *La protección...* ob. cit., pp. 265-267.

efectividad, siquiera sea en el marco de la medida de los recursos disponibles⁴². Los poderes políticos solo cumplen con el mandato constitucional en tanto arbitren los medios económicos suficientes para asegurar el “mínimo existencial”⁴³. Ello supone que al confeccionar el presupuesto de gastos se otorgue prioridad a dicho *ítem* y que recién abastecida la provisión destinada a asegurar aquel “mínimo existencial”, puedan provisionarse los restantes requerimientos. Claro que la sola aprobación del crédito presupuestario no es suficiente, se requiere además su cumplimiento a través de la ejecución de las partidas correspondientes. Pero, la omisión de la previsión en el presupuesto no constituye argumento válido que obste a la imposición judicial⁴⁴.

En el raciocinio del juez debe afrontarse sucesivamente el análisis del deber de protección y, al cabo, la prohibición de insuficiencia. Se trata de dos recorridos argumentativos distintos: en primer lugar, ha de verificarse si existe un deber de protección y, después, en qué términos debe ser éste realizado por el derecho infraconstitucional sin descender por debajo del mínimo de protección jurídica constitucionalmente exigido⁴⁵. En el control de insuficiencia se trata, por consiguiente, de garantizar que la protección satisfaga las exigencias mínimas en su eficiencia. Al juez corresponde, en principio, tan solo el control de insuficiencia, sin que pueda ir más allá inmiscuyéndose en la imposición de medidas concretas.

Los jueces han de verificar la racionalidad de la prestación requerida en el marco de la

⁴² COURTIS C., *La protección...* ob. cit., p. 264 y ss. El concepto de “reserva de lo posible” pretende resolver las colisiones entre derechos fundamentales –p.e., proveer el mínimo de educación y de salud, al mismo tiempo, con un solo presupuesto insuficiente-. Expresión acuñada por el Tribunal Constitucional alemán, que sostuvo que los derechos sociales están sometidos a la reserva de lo posible, “en el sentido de lo que el individuo de manera razonable puede pretender de la sociedad”. A su vez, el derecho al no retroceso social debe considerarse únicamente como una posición jurídica *prima facie*, que en ocasiones puede ser restringida en razón de otros bienes constitucionales que tengan prioridad en el caso concreto (BERNAL PULIDO C., ob. cit., p. 320- 321). Como ha sostenido ALEXYY, los enunciados de los derechos fundamentales deben concretarse en posiciones *prima facie*, que admiten restricciones legislativas, siempre y cuando sean proporcionadas. El principio de proporcionalidad actúa como criterio definitorio de la vinculación que emana de los derechos sociales (*Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 494).

⁴³ COURTIS C., *La protección...*, ob. cit., p. 268, sostiene con acierto que aún en casos de crisis económica y de carencia de recursos, el Estado tiene la obligación de destinar los recursos escasos a los grupos vulnerables de la sociedad. Sobre una crítica a la doctrina sentada por la Corte Interamericana en el caso “Cinco Pensionistas c. Perú”, p. 269 y ss. GLOBEKNE O.A., *A tutela jurisdiccional dos direitos fundamentais sociais atraves do instrumento das ações individuais*, RePro, nº 170, 2009, pp. 137-139.

⁴⁴ De ahí que el argumento de la afectación de recursos, por el mandato judicial, sin que exista previsión de presupuestaria resulta desechable en un contexto de derechos fundamentales largamente postergados, en perjuicio de sectores particularmente vulnerables de la población, en áreas de inversión pública prioritaria como es la salud por mandato constitucional –art. 20, Const. Cdad. Aut. Bs. As.- (Cam. Cont.-adm. y Trib., CABA, Sala I, 25-6-2007, La Ley, 2007-E, p. 100, con nota de I.A. D’Argenio, *La imposibilidad de excusar la lesión de derechos humanos sobre la base de consideraciones de índole presupuestaria...*).

⁴⁵ MARINONI ejemplifica con la Constitución brasileña de 1988 que garantiza a los dependientes remuneración de las horas –extra, en lo mínimo, del cincuenta por ciento del normal (art. 7º, XVI). Ob. cit., p. 256, nota 54.

realidad económica y social del país, al igual que la propia situación personal del peticionante o de la clase social involucrada. El primer aspecto, la racionalidad de la exigencia, involucra la consideración del mínimo imprescindible, que apunta hacia el núcleo esencial del derecho fundamental invocado, su contenido sustancial. El juez debe argumentar de modo racional para legitimar su decisión, que ha de estar fundada en criterios objetivos y con suficiente fuerza convictiva en función de los valores en juego⁴⁶.

Los jueces ordinarios o constitucionales deben asumir un *rol equilibradamente activista*, sin invadir esferas de atribuciones propias de los otros poderes del Estado, pero también sin consentir –como se ha expresado con galanura⁴⁷– que la progresividad de los DESC sea leída por las autoridades gubernamentales desde un “prisma de inacción deferente”, como latencia o inocuidad *sine die* de las normas que los consagran. El control de razonabilidad sobre los actos que ponen en crisis las garantías constitucionales de la igualdad y del debido proceso constituye la llave para asegurar su operatividad en concreto.

A conclusiones similares ha arribado recientemente el Supremo Tribunal Federal de Brasil, que ha sostenido que si bien es cierto que, de ordinario, no se incluye en el ámbito de las funciones institucionales del Poder Judicial la atribución de formular e implementar políticas públicas, excepcionalmente corresponde a aquél toda vez que los órganos estatales competentes, por incumplir los encargos políticos-jurídicos, vinieran a comprometer, con tal comportamiento, la eficacia o integridad de los derechos individuales o colectivos impregnados de jerarquía constitucional, aunque derivados de cláusulas de contenido programático. En la doctrina del Tribunal, el aseguramiento de la dignidad del hombre incluye las condiciones materiales mínimas de existencia (el “mínimo existencial”); y ello constituye el eje prioritario de los gastos públicos. Si los poderes de gobierno actuaren de modo irrazonable afectando aquel núcleo intangible necesario para asegurar el mínimo existencial”, se justificaría la intervención del Poder Judicial⁴⁸.

En Alemania el Tribunal Constitucional acuñó el concepto de “prohibición de protección deficiente” cuya estructura es muy similar al del principio de proporcionalidad. Las prescripciones que el legislador expida deben ofrecer una protección adecuada y efectiva y han de fundamentarse en cuidadosas investigaciones fácticas y en apreciaciones plausibles. En particular,

⁴⁶ MARINONI, L.G., ob. cit., pp. 257-259.

⁴⁷ BAZAN V., ob. cit., pp. 1139, 1148

⁴⁸ PELLEGRINI GRINOVER A., *O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário* en RePro, nº 164, octubre 2008, pp. 9 y ss., especialmente pp.13-15.

la prohibición de protección deficiente se concreta a través del control de constitucionalidad de las omisiones legislativas o administrativas absolutas o parciales. Tales omisiones son inconstitucionales, salvo que estén justificadas por la necesidad de atender a otros fines legítimos, o si existe otra medida legal alternativa que favorezca la realización del fin del legislador por lo menos con la misma intensidad, o cuando el beneficio para el fin legislativo sea superior al grado en que no se realiza el derecho social. Lo que, naturalmente, no elimina los márgenes estructurales de acción del legislador y de la administración⁴⁹.

En último análisis, el fundamento decisivo que sustenta la judicialización y el activismo de los jueces y su participación en la configuración de las políticas públicas reside en el imperativo ético que implica el necesario aseguramiento de la satisfacción plena y efectiva de los derechos fundamentales sociales, económicos y culturales⁵⁰.

5. Visión sociológica-política: declinación del sistema democrático representativo y judicialización de la política.

En realidad – como se ha sostenido⁵¹ - existe un estrecho vínculo entre el rol y los espacios de poder atribuidos a los jueces en un sistema determinado, en puja con los que son propios de los otros poderes políticos, y la propia concepción del Estado contemporáneo en su evolución para adecuarse a las exigencias de la sociedad.

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

⁴⁹ BERNAL PULIDO C., ob. cit., pp. 322-326.

⁵⁰ GELLI M.A., *Constitución de la Nación Argentina*, ob. cit., p. 126. FERRAJOLI, ob. cit., p. 1204

⁵¹ DE SOUSA SANTOS B., *Sociología jurídica crítica*, ILSA, Bogotá, 2009, pp. 422 y ss.

a los beneficiarios contra los abusos de los terceros prestadores.

Esa doble defección del Estado, para algunos, ha inducido un hecho excepcional, una suerte de desplazamiento del núcleo de legitimidad del Estado, del Poder Legislativo y del Ejecutivo hacia el Poder Judicial, ahora dotado de legitimación democrática, lo que enfatiza más que nunca la necesidad de su independencia funcional, como condición necesaria para el desempeño cabal de sus roles. Este fenómeno –sostiene el prestigioso sociólogo lusitano Boaventura DE SOUSA SANTOS⁵² si bien puede ser transitorio, apunta de todos modos a una nueva forma de Estado, superadora del Estado de bienestar. Se trata de una tendencia prácticamente universal, que se viene experimentando, claro que con distintas dimensiones y bajo sistemas diferentes de control de constitucionalidad, en los países centrales -EE.UU., Europa- al igual que en los que se encuentran en desarrollo –como los Latinoamericanos- y aún en los periféricos. Se alerta, sin embargo, que la *judicialización de la política* puede derivar en una verdadera trampa para la justicia, atrapada en el dilema de tener toda la potencialidad para actuar, pero un muy menguado poder para imponer a los poderes políticos que se cumplan sus decisiones, de modo que las expectativas del activismo judicial pueden prontamente erosionarse, por exceder en mucho aquello que los tribunales pueden conseguir realmente⁵³.

Sea como fuere, parece irrefutable que las renovadas misiones y compromisos que asumen los jueces en nuestra época, en paralelo y como respuesta a los crecientes reclamos de la sociedad⁵⁴, están contribuyendo de modo decisivo a la configuración, todavía embrionaria y diferenciada, de un nuevo paradigma de Estado con una estructura institucional diferenciada en la que la rama que HAMILTON consideró la “menos peligrosa”, queda emplazada finalmente como árbitro y garante último de los derechos de los individuos.

⁵² Ob. cit., pp. 425-426.

⁵³ Ob. cit., pp. 426-428. Si algo evidencia el paradigmático caso de la SC norteamericana “*Brown vs. Board of Education*” es que hasta el tribunal más poderoso puede mostrarse relativamente impotente para alterar en concreto los patrones que rigen la vida de la sociedad (BARBOSA MOREIRA J.C., *O poder da Suprema Corte...*, en RePro, nº 155, 2008, pp. 123-124); o, si se quiere, las políticas públicas fijadas por los poderes políticos.

⁵⁴ A través de la instancia judicial 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 (ABRAMOVICH V., ob. cit., v. II, pp. 443-444).

V. Conflictos de interés público o estratégicos

Puede afirmarse que los tres vértices que venimos analizando –el fenómeno de la judicialización, el activismo de los jueces y su involucramiento en las políticas públicas- confluyen en los denominados *conflictos de interés públicos o estratégicos* que son aquellos que atañen a los derechos colectivos en general, y especialmente a las cuestiones institucionales⁵⁵.

Claro que los derechos colectivos gozan de instrumentos procesales específicos de protección –amparo colectivo, *habeas corpus* colectivo, etc.- pero es cierto también que por intermedio de acciones individuales⁵⁶, a instancia del “afectado”⁵⁷ pueden ser protegidos derechos e intereses colectivos *lato sensu*⁵⁸, dado el carácter expansivo de la cosa juzgada que recae. Baste pensar en la demanda individual que reclamaba la validación de cursos de ingreso universitario, que al ser acogida, la sentencia extendió sus efectos a terceros, a fin de no causarles perjuicios, aun cuando “se hallaban ajenos al conflicto”⁵⁹, o en aquella que perseguía la declaración de inconstitucionalidad de la ley 25.873, al autorizar la intervención de las comunicaciones telefónicas⁶⁰; o en supuestos similares en que están en juego derechos fundamentales institucionales de la esfera no patrimonial, que encajan en la categoría de

⁵⁵ El modelo de proceso de reforma estructural surgió en los EE.UU. de la experiencia de los conflictos sobre discriminación en las escuelas en los años 50’ y 60’ y los más recientes en materia carcelaria. Se funda en la noción de que la amenaza primaria a los valores constitucionales en la sociedad contemporánea deriva de la operación de las organizaciones burocráticas y confía al juez el poder de dirimir la reconstrucción de las mismas, ejercitando la razón pública (FISS O., ob. cit., p. 18, 23, 38 y ss.). Sobre las dificultades y obstáculos que debió afrontar la SC a la hora de ejecutar sus decisiones: BARBOSA MOREIRA J.C., ob. cit., pp. 117 y ss.. Un conflicto de interés público reciente ha sido el que decidió la Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York en 2003, donde se reclamaba por la exigüidad del presupuesto asignado a las escuelas públicas, que no alcanzaba para garantizar el derecho a la educación básica establecida por la Constitución estatal (ABRAMOVICH V., ob. cit., p. 456, nota 15).

⁵⁶ Los derechos fundamentales sociales pueden asumir las características de los derechos colectivos, como también los de los derechos individuales, sea los puramente individuales, ya los que por su origen común constituyen derechos individuales homogéneos. De ahí que resulta importante distinguir la tutela de derechos colectivos de la tutela colectiva de derechos GLOBEKNE O.A., *A tutela jurisdiccional dos direitos fundamentais...*, ob. cit., pp. 123-124). Asimismo, ABRAMOVICH V., ob. cit., pp. 446 y ss., quien enumera casos individuales por violaciones de derechos civiles en los que se cuestionaban prácticas generalizadas del Estado, que alimentaron el debate público y político, originando presiones sobre las autoridades para avanzar en modificaciones de prácticas y legislaciones.

⁵⁷ En Brasil, donde el Ministerio Público asume habitualmente el impulso de las acciones colectivas, se propicia su participación igualmente como agente político, productor social y propiciador de políticas públicas. Conf.: CAMBI E., y GONÇALVES L.A., *Ministerio Público social*, RePro, nº 177, 2009, pp. 209 y ss.

⁵⁸ Distinto es el supuesto de la aprehensión del debate de demandas colectivas por acciones individuales, que supone una desnaturalización del proceso colectivo. Sobre la experiencia brasileña reciente y su crítica: THEODORO JR. H, NUNES D. y BAHIA A., *Litigiosidade em massa...* en RePro nº177, 2009, pp. 20-22.

⁵⁹ CSN, 26-12-96, “Monges A.M., c. UBA”, Fallos, 319:3148. BERIZONCE R.O., *Sobrecarga, misión institucional de los tribunales...* en *El proceso civil en transformación*, LEP, La Plata, 2008, pp. 460-468.

⁶⁰ CSN, 24-2-2009, “Halabi Ernesto c. PEN”.



derechos individuales homogéneos⁶¹. Y aún en las demandas individuales planteadas ante los jueces ordinarios que se sustentan en la doctrina de la CSN consagrada en el caso “Badaro” por la virtualidad de las cautelares anticipatorias⁶².

1. Características típicas.

Los conflictos de interés público⁶³ presentan notas singulares al menos en cuanto:

a) la ordenación e instrucción de la causa, caracterizada por el *activismo procedimental* y la *ampliación de los poderes del juez*, y especialmente por la posibilidad del dictado de medidas de urgencia⁶⁴, en consonancia todo ello con la tutela procesal diferenciada que corresponde a los derechos fundamentales en juego.

b) el *método dialogal* impulsado por el tribunal⁶⁵ en un marco de mayor publicidad y transparencia del procedimiento en general, que “expone” a las partes y las compromete en la búsqueda de soluciones consensuadas al diferendo y, por otro, reserva a aquel la función arbitratriz entre los intereses en conflicto. El *diálogo público* entre las partes, se alienta con la esperanza que sea fructífero, especialmente por la participación habitual de organismos administrativos o grandes corporaciones públicas o privadas; y se enriquece con la intervención de terceros, *amicus curiae*, que expresan sus aportes con mira a la salvaguarda del interés general de la comunidad. Se trata –como se ha señalado⁶⁶– de un modelo normativo basado en la institucionalización de procedimientos democráticos, un verdadero paradigma cooperativo de

⁶¹ Sobre la significación de la judicialización de esta categoría de derechos y el control de las políticas públicas: PELLEGRINI GRINOVER A., ob. cit., pp. 25-27. Asimismo ABRAMOVICH V., ob. cit., p. 446 y ss.

⁶² C. Fed. Seg. Soc., Sala II, 18-12-09, “Rosso Raúl René c. ANSES y otro”.

⁶³ BERGALLO P., *Justicia y experimentalismo: la función remedial del Poder Judicial en el litigio de derecho público en Argentina* en <http://islandia.law.yale.edu/sela>, Sela 2005 Panel 4: El papel de los abogados. ABRAMOVICH V., ob. cit., pp. 443 y ss.. D’ARGENIO I., *Trascendencia institucional del litigio de derecho público* en www.adaciudad.org.ar. THEA F.G., *Hacia nuevas formas de justicia administrativa. Apuntes sobre el “litigio estructural” en la Ciudad de Buenos Aires*, supl. La Ley Administrativo, febrero 2010, pp. 16 y ss.. Asimismo, obs. cit., *infra* nota. 65.

⁶⁴ En el modelo estructural, el principal instrumento de que se valen los jueces son los *mandamus* o *injuctions*; y, por otro lado, se replantea la estructura de las partes y de la legitimación en los procesos colectivos, basada principalmente en los grupos sociales (FISS O., ob. cit., pp. 40-42, 46-47). BERGALLO P., ob. cit..

⁶⁵ SAGÜÉS N.P., *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, Lexis Nexis, Bs.As., 2005, especialmente cap. XXIV. COURTIS C., *Tutela judicial efectiva y afectaciones colectivas de derechos humanos*, J-A., 2006-II, pp. 1215 y ss- UCÍN M.C., *El rol de la Corte Suprema ante los procesos colectivos*, RDP, 2009-1, pp. 329 y ss.; *id.*, *La necesaria tutela diferenciada de los derechos económicos, sociales y culturales...* en XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Fac. Der. UBA-AADP, Bs. As., 2009, pp. 139 y ss., con sus remisiones. VERBIC F., *Los procesos colectivos. Necesidad de su regulación*, La Ley, 2010-A, supl. 22-12-09. *id.*, *Algunas ideas para intentar justificar la tutela procesal diferenciada...* en XXV Congreso..., ob. cit., pp. 180 y ss.

⁶⁶ ZANETI JUNIOR H., *Proceso constitucional...*, ob. cit., pp. 60-61, 264.

administración de justicia.

c) la decisión judicial no se agota en un “*trancher*” que dirima el conflicto hacia el pasado, sino que comúnmente se proyecta hacia el futuro y a menudo tiende a incidir en las políticas públicas del sector involucrado. Sea para proponer nuevas o diferentes prácticas institucionales, o modificaciones en las estructuras burocráticas, que van mucho más allá del caso sometido a decisión. En ese sentido la jurisdicción, se sostiene⁶⁷, asume una *función remedial*, porque la decisión está encaminada más hacia la búsqueda de “remedios” para la situación compleja que involucra fuertes intereses encontrados, de cara al futuro, que a dirimir el conflicto de base con criterios tradicionales: más que a la subsunción apunta a la ponderación de los principios y valores en disputa.

d) el “diálogo”, al cabo de la sentencia, pervive y se profundiza para facilitar el *cumplimiento* o la *ejecución* de lo decidido, mientras el tribunal escalona sus pronunciamientos con ese objetivo⁶⁸.

Como se ha señalado⁶⁹, la actuación judicial en la etapa de ejecución de sentencia no habrá de consistir en la imposición compulsiva de una condena, entendida como una orden detallada y autosuficiente, sino en el seguimiento de una instrucción fijada en términos más o menos generales, cuyo contenido concreto habrá de ser construido a partir del diálogo que necesariamente se producirá entre las partes, incluyendo a la autoridad pública, y el tribunal. En consecuencia, en la etapa de ejecución corresponderá a la autoridad pública demandada (y vencida) determinar el modo más adecuado de cumplir con la sentencia de condena y, por su parte, el tribunal actuante controlará la adecuación de las medidas concretas a la orden que ha impartido.

⁶⁷ BERGALLO P., ob. cit.. COURTIS C., *Tutela judicial efectiva...*, ob. cit., pp. 1225 y ss. UCIN M.C., *La necesaria tutela diferenciada...*, ob. cit., pp. 143 y ss.

⁶⁸ Como afirma O. FISS, en el litigio estructural la etapa de los “remedios” prácticamente no finaliza hasta que el objetivo final sea alcanzado. Dicha etapa implica una larga y continua relación entre el juez y las partes durante la cual se van creando y diseñando los medios para renovar las condiciones que amenazan los valores constitucionales. El diseño del remedio determina nada menos que el tribunal resulte involucrado en la reorganización de la institución o servicio en funcionamiento, a través de una intervención constante y persistente (ob. cit., p. 47-49). La ejecución pasa a constituirse en una etapa de continua relación entre el juez y las partes, un vínculo de supervisión a largo plazo que perdura hasta la satisfacción efectiva de los derechos reconocidos en la sentencia. El juez participa, de ese modo, en un “diálogo” con los otros poderes del Estado para la concreción del programa jurídico-político de la Constitución (ABRAMOVICH V., ob. cit., pp. 449-450).

⁶⁹ Cam. Cont. adm. y Trib., CABA, Sala I, 23-12-08, supl. La Ley Administrativo, febrero 2010, con nota de F.G. THEA, cit..

En la doctrina constitucional se alude corrientemente, para clasificar los diversos tipos de intervenciones, a categorías tales como sentencias exhortativas, “apelativas” o “con aviso”, aditivas o intermedias⁷⁰.

Desde otra perspectiva, aunque con consecrarios en buena medida similares, ABRAMOVICH⁷¹ elabora una tipología de las distintas situaciones en que el Poder Judicial ha asumido la tarea de verificar el cumplimiento de estándares jurídicos en el diseño y ejecución de políticas que comprendería las siguientes categorías: 1. intervenciones que tienden a transformar medidas de política pública discrecionales asumidas por el Estado, en obligaciones legales (v.gr., en el caso “Viceconte”, CN Apel. En la Cont. Adm.Fed., sala IV, 2-6-98, J.A., 1999-I, p. 485, referido a la fabricación de una vacuna contra una enfermedad endémica). 2. intervenciones en las cuales el tribunal examina la compatibilidad de la política pública con el estándar jurídico (razonabilidad, adecuación, no discriminación, progresividad, transparencia, etc.) aplicable y, por ende, su idoneidad para satisfacer el derecho en cuestión; si el tribunal considera que existe incompatibilidad, reenvía la cuestión a los poderes correspondientes para que la reformulen, sin sustituirse en la elección de los medios, en base a una instrucción judicial fijada en términos generales⁷² (v.gr., en los casos “Ramallo B.”, Cam. Cont.-adm. y Trib., CABA, Sala II, 12-3-2002; id., “Comisión Municipal de la Vivienda c. Saavedra F.A. y ot.”, 9-4-2002; “Mignone”, CSN, 9-4-2002; “Badaro”, CSN, 8-8-2006, cit.; “Verbitsky”, 3-5-2005, cit.; “Mendoza B.”, 20-6-2006, cit.). 3. intervenciones en las que los jueces, excepcionalmente, se ven forzados a determinar por sí el tipo de medida a adoptar ante la pasividad de los poderes políticos, al verificar la existencia de una única medida de política pública adecuada (v.gr., el caso “Campodónico de Beviacqua”, CSN, 24-10-2000). 4. intervenciones en las que el tribunal se limita a declarar que la omisión del Estado es inconstitucional e ilegítima, sin disponer medida alguna de reparación, pero que pueden tener indiscutido efecto ante la opinión pública y los poderes políticos.

2. El tratamiento de los conflictos de interés público en la CSN.

El Alto Tribunal paulatinamente ha venido diseñando un conjunto de técnicas y

⁷⁰ SAGÜÉS N.P., *Las sentencias constitucionales exhortativas (“apelativas” o “con aviso”), y su recepción en Argentina*, La Ley, 2005-F, p.1461 y ss., entre otros autores.

⁷¹ ABRAMOVICH V., ob. cit., pp. 450-464.

⁷² Se trata de los denominados pronunciamientos constitucionales “exhortativos” (SAGÜÉS N.P., ob. cit.).

procedimientos de aplicación a los conflictos de interés público. Lo ha hecho en ejercicio de potestades reglamentarias, por medio de acordadas generales –así, el régimen de audiencias públicas (acordada 30/2007) y la intervención de los “amigos del tribunal”⁷³, en los conflictos en que se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o interés general⁷⁴, con la finalidad de ampliar el debate judicial habilitando nuevos espacios de participación social, lo que contribuye a legitimar la actuación de los jueces⁷⁵. También, en los casos singulares, por medio de creación pretoriana, particularmente en ejercicio de las potestades de conducción y ordenación de las causas, tanto como de su instrucción probatoria, con especial énfasis en la búsqueda de soluciones concertadas e igualmente al tiempo del cumplimiento de sus pronunciamientos.

3. El activismo procedimental y sus proyecciones.

Con la plataforma reglada de las audiencias públicas y la participación de los “amigos del tribunal”, la Corte ha modelado por su propia creación diversas técnicas y procedimientos adecuados a la naturaleza y características de los conflictos de interés público o institucional, con la finalidad última de posibilitar el ejercicio de su poder supremo. Claro que lo propio cabe, por regla aunque con las salvedades del caso, a los jueces comunes cuando semejantes conflictos se radican bajo su competencia⁷⁶.

En el conocido caso “Beatriz Mendoza”, el tribunal utilizó libremente sus potestades ordenatorias e instructorias, flexibilizando el principio preclusivo; requirió a los Estados involucrados la presentación en plazos perentorios de un plan integrado y completo basado en el principio de progresividad, para el logro de objetivos en forma gradual a través de metas

⁷³ Sobre los antecedentes de la figura del *amicus curiae*: CUETO RUA J.C., *Acerca del “amicus curiae”*, La Ley 1998-D, p. 721. Está prevista igualmente en el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: BAZAN V., *El amicus curiae...* J.A., 2003-II, p. 997 y ss.. En relación al derecho brasileño: MARINONI L.G., *Da teoria da relação jurídica...*, ob. cit., pp. 260-261.

⁷⁴ La CSN rechazó la intervención de diversas instituciones y profesionales a título personal en la causa en que se discutía la aplicación del ajuste por inflación por el pago del impuesto a las ganancias, en tanto la presentación tenía por objeto que la causa fuera resuelta en un determinado sentido, en coincidencia con el interés pecuniario particular de los presentantes, que resulta incompatible con la imparcialidad que se requiere (Fallos, 329:4590; La Ley, 2006-F, p. 749).

⁷⁵ TRIONFETTI V., *El enriquecimiento del debate judicial a través de la figura del amicus curiae*, La Ley, Supl. Constitucional 2003-F, p. 68 y ss. GELLI M.A., *Las fuentes del “poder” de la Corte Suprema*, La Ley, 2003-E, p. 1317. VERBIC F., *Propuesta para regular la figura del amicus curiae...*, La Ley Actualidad, 17-3-2009.

⁷⁶ Algunos tribunales aplican principios típicos de los litigios de interés público: Cam. Cont.-adm. y Trib., CABA, Sala I, sentencias del 25-6-2007, 23-12-2008, cit.. Juzg. Cont.-adm. Nº 1, La Plata, 10-11-2008, cit., entre otros.



proyectadas en un cronograma⁷⁷. Todo lo cual fue expuesto y recibido en audiencias públicas. Mediante la decisión del 8 de julio de 2008 resolvió de modo definitivo la pretensión de recomposición y prevención del daño ambiental, destacando que el objeto decisorio se orienta hacia el futuro y fija los criterios generales para que se cumpla efectivamente con las finalidades perseguidas, pero respetando el modo en que se concreta, lo que –aclaró– corresponde al ámbito de discrecionalidad de la administración⁷⁸. En cuanto a la ejecución, ha previsto la participación ciudadana en el control del cumplimiento del plan de saneamiento y de programa fijado, encomendando al Defensor del Pueblo de la Nación coordinar tal participación, mediante la conformación de un cuerpo colegiado integrado por las organizaciones no gubernamentales intervinientes en la causa. Se abrió de ese modo un espacio para la revisión y reconstrucción de las políticas públicas cuestionadas con la debida participación de los afectados y de los sectores responsables, tanto estatales como privados⁷⁹.

En otro caso emblemático, el Alto Tribunal en el amparo colectivo deducido por el CELS para que se brinde solución de acuerdo a los convenios internacionales a la situación de las personas detenidas en los establecimiento penitenciarios y policiales de la Provincia de Buenos Aires, en situación de superpoblación carcelaria atentatoria de derechos humanos fundamentales, así como para el diseño de políticas públicas necesarias para impedir la reproducción de tales situaciones en el futuro⁸⁰, dispuso una serie de medidas tendientes a impulsar el diálogo entre las propias partes a fin de la búsqueda de soluciones efectivas, incluyendo la adecuación de la legislación procesal y de ejecución penal y, por ende, modificación de las políticas de seguridad en los establecimientos penitenciarios. La Corte sostuvo que “las políticas públicas eficaces requieren

⁷⁷ MORELLO A.M., *Aperturas y contenciones de la Corte Suprema... en Nuevos enfoques sobre el derecho civil, comercial y procesal. Liber amicorum*, ed. UN Sur, 2007, pp. 21 y ss.; id., *La CS argentina y el derecho ambiental en La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Homenaje argentino...*, ob. cit., v. I, pp. 115 y ss.

⁷⁸ Al cumplirse un año del pronunciamiento de la CSN, mientras la ACUMAR afirmaba que “empezamos a saldar una deuda histórica ambiental”, destacando en solicitada pública las distintas acciones hasta entonces cumplidas, de acuerdo al plan integral de saneamiento ambiental, desde diversos espacios de la sociedad civil se afirmaba que, en realidad, han sido muy pocos los avances tangibles. De hecho, el juez federal a cargo de la ejecución intimó a la Autoridad de la Cuenca –ACUMAR– para que presente en diez días un cronograma oficial para las obras de saneamiento cloacal; tampoco ha estado activo el cuerpo colegiado civil, al punto que el propio magistrado estableció que debían mantenerse reuniones con la Autoridad cada quince días (“La Nación”, 8-7-09). Un informe del Cuerpo Colegiado independiente de febrero de 2010 reveló que a ese entonces, a 19 meses de resolución de la Corte, la demora era notoria. Solo se habían inspeccionado un 20 por ciento de los 4.103 establecimientos existentes en la cuenca; los informes presentados sobre calidad del agua eran incompletos, sin que se hubiere realizado medición de calidad del aire (“La Nación”, 11-2-2010, p. 16).

⁷⁹ UCIN M.C., *La necesaria tutela diferenciada...*, ob. cit., p. 145-146.

⁸⁰ “Verbitsky Horacio s/Habeas corpus”, sentencia del 3-5-05. BERTOLINO P.J., *El habeas corpus colectivo... en La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Homenaje argentino...*, ob. cit., v. I, pp. 425 y ss.

discusión y consenso” y encomendó al gobierno provincial la organización de una mesa de diálogo con el CELS y otras organizaciones nacionales e internacionales, que se habían presentado en al causa como *amicus curiae*; y exhortó a los poderes legislativo y ejecutivo para que adecuen la legislación en materia de prisión preventiva y excarcelación a los estándares mínimos internacionales⁸¹.

Merece destacarse en el mismo sentido el dictado por el tribunal de medidas instructorias y urgentes en el marco de algunas causas en las que no se había definido su competencia originaria. Así, en el caso “Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/Proceso de conocimiento”⁸², donde se reclamaba la adopción de medidas necesarias para modificar las actuales condiciones de vida de ciertas poblaciones indígenas que se encuentran en situación de emergencia extrema, con sus necesidades básicas insatisfechas, alegando la inacción de los gobiernos nacional y provincial. La Corte como custodio de las garantías constitucionales, resolvió requerir amplios informes en plazos perentorios a los Estados involucrados sobre las medidas de protección de la comunidad indígena en cuestión, referidos a ejecución de programas de salud, alimentarios y de asistencia sanitaria, educación, previsiones presupuestarias y su ejecución, y sobre otros aspectos atinentes; convocando a las partes a audiencia pública oral para expedirse al respecto. Acogió, asimismo, la medida cautelar solicitada ordenando a los Estados demandados el suministro de agua potable y alimentos a dichas comunidades, así como medios de transporte y comunicación adecuados, a cada uno de los puestos sanitarios.

Un tribunal “activista” como puede ser calificada la CSN en su actual composición, celoso de su misión de guardián de las garantías fundamentales, que se desenvuelve en circunstancias de creciente judicialización de los conflictos, seguramente se ha de enfrentar en el futuro con nuevos y complejos conflictos de interés público que acaparen su atención. Están conformados algunos instrumentos procedimentales y técnicas apropiadas para que la Corte profundice la tendencia a asumir las decisiones, tanto como los métodos aptos para profundizar su intervención.

En el fondo, claro, los soportes instrumentales son tan solo eso, pero también es exacto que sin ellos difícilmente podría cumplirse su alta misión. El activismo pretoriano para la creación

⁸¹ Un amplio análisis, desde la perspectiva que estudiamos, puede verse en COURTIS C., *Tutela judicial efectiva...*, ob. cit., pp. 1225 y ss.

⁸² D. 587. XLIII, 18-9-2007.

de nuevas herramientas procesales de apoyo al actuar del tribunal, ha quedado demostrado resulta esencial para la legitimación democrática de las decisiones de fondo. Diálogo interinstitucional, democracia deliberativa en el espacio judicial, participación comunitaria en el debate y construcción de las políticas públicas, avances “experimentales” en la decisión, métodos de control en la ejecución, no son sino andamiajes que le permiten desempeñar en plenitud la misión esencial que le corresponde a la Corte como componedora de la paz social, arbitrando entre intereses y, al mismo tiempo, consolidando las convicciones democráticas, ahora legitimada también, por la utilización fructífera de aquellos procedimientos.

VI. Los desafíos que plantea el creciente activismo judicial y la intervención en las políticas públicas.

Desde el cuadrante político-institucional, la experiencia de las últimas décadas y especialmente a partir de la reforma constitucional de 1994 –el fenómeno es también propio de otros países del subcontinente, que reformaran sus Cartas Fundamentales (Brasil, 1988; Colombia, 1991; Paraguay, 1992; Perú, 1993; Venezuela, 1999, entre otros)-, denotativa de la “sustancialización” de los derechos y el ascenso jerárquico de las garantías, no solo ha sido explosiva por su dimensión y efectos, sino que en perspectiva se exhibe al presente suficientemente afirmada y consolidada, con claras proyecciones de amplificación hacia el futuro, siempre en miras de la mejor y más adecuada tutela de los derechos de las personas.

El actual y creciente activismo en el que participan en general todos los operadores jurídicos –no solo los jueces, sino también los abogados⁸³-, a menudo impulsados por las asociaciones sociales de base –consumidores y usuarios, defensores del medio ambiente, de la institucionalidad democrática- y aún los propios afectados en defensa de sus derechos individuales, es tan “progresivo” como los derechos que están en su base (derechos sociales, de “solidaridad”, político-institucionales en general). Y ello, por sí solo, implica su permanencia continuada y aún su desarrollo y profundización, producto de la fuerza expansiva que le es inherente.

Todo lo cual ha de plantear nuevos y renovados desafíos a los que la jurisdicción deberá

⁸³ Existe una larga experiencia, siempre de interés para nosotros, sobre la institución norteamericana de los “abogados defensores del interés público” y su rol en la tutela de los grupos desorganizados: CAPPELLETTI M. y GARTH B., *El acceso a la Justicia*, ed. Col. Abog., La Plata, 1983, trad. S. Amaral, pp. 70 y ss..



responder creativamente. El *Bill of Rights* universal que sustenta el derecho internacional de los derechos humanos, cabe avizorar descenderá y se propagará en continuidad ininterrumpida, principalmente por efecto de las decisiones de los órganos supranacionales y su recepción en el derecho interno. Al mismo tiempo, la expansión del derecho sustantivo y especialmente el perfeccionamiento de las regulaciones orgánico-procesales –legislación de los procesos colectivos, justicia de pequeñas causas, procesos constitucionales, etc.– abrirán nuevos y prometedores cauces a la tutela de los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales, de la institucionalidad democrática y republicana.

Claro que, como siempre, habrá que explorar y atender más y más profundamente la cuestión de los límites, los confines, uno de los temas más arduos de todo el derecho. El llamado a la razonabilidad y el equilibrio que todo lo gobierna, o debería gobernarlo: los límites y resguardos para que las tutelas privilegiadas no se desborden ni se expandan hasta convertirse en regla, con desmedro y vaciamiento del proceso común; tanto como los límites y salvaguardas del activismo judicial que, exacerbado, desembocaría en un dramático y no querido “gobierno de los jueces”.

Como sostiene Owen FISS⁸⁴, que la autoridad de los jueces no surge de ninguna peculiar habilidad moral –de lo que carecen– sino de los límites de la función a través de la cual ejercen el poder. La judicatura suscita respeto porque está aislada de la política e implicada en un diálogo especial con la sociedad. Los jueces están obligados a escuchar reclamos, a canalizarlos a través de un proceso dialógico, a asumir responsabilidades personales por sus decisiones y a justificarlas con base en razones socialmente aceptables. Esa es la fuente de su legitimidad y autoridad. La función judicial tiene un contenido esencialmente público, más (o además) que resolver conflictos consiste en dar significado y expresión concretos a los valores públicos contenidos en el derecho, es decir los que definen una sociedad y le confieren su identidad y coherencia⁸⁵.

En esa misión superior, la virtud de la prudencia debe guiar a los jueces para evitar inmiscuirse indebidamente en la conformación de las políticas públicas, invadiendo esferas de poder por principio reservadas y propias de los poderes políticos. El Poder Judicial no tiene la tarea de diseñar políticas públicas, sino de confrontar el diseño de políticas asumidas con los estándares jurídicos aplicables y –en caso de hallar divergencias– reenviar la cuestión a los poderes

⁸⁴ FISS O., ob. cit., pp. 17 y ss., 34.

⁸⁵ FISS O., ob. cit., pp. 18, 19, 23, 26 y ss., 30, 78, 88.



competentes⁸⁶. Aún en los conflictos de interés público, en los que se reconoce a los tribunales poderes de dirección e instrucción exorbitantes, donde el método dialogal y la participación ciudadana refuerzan su legitimidad formal y aún sustantiva, la proyección de las decisiones para influir de algún modo en la construcción de las políticas públicas deben ser cuidadosamente sopesadas y confrontadas de cara a sus consecuencias previsibles. Todos los tribunales, y especialmente la CSN, han de ser celosos custodios de las garantías fundamentales y, para su aseguramiento en concreto, como integrantes de un verdadero y propio poder estatal, influyen y participan en la construcción de las políticas públicas, de consuno con los poderes políticos, de modo articulado y no confrontativo, en términos de un virtuoso “diálogo” interinstitucional. De la racionalidad como lo hagan depende el juicio y la valoración última e inapelable, que siempre corresponde a la comunidad.

⁸⁶ ABRAMOVICH V., ob. cit., p. 449.