

REVISTA DE
**INTERÉS
PÚBLICO**

Directora:
DRA. M. CARLOTA UCÍN

Año 1/ N° 2
ISSN 2545-8604

EXTENSIÓN



Facultad de Ciencias
**JURÍDICAS
Y SOCIALES**
Universidad Nacional de La Plata

Editor: Adolfo **Brook**

Directora: María Carlota **Ucín**

Consejo Asesor:

ATIENZA, Manuel, Universidad de Alicante, España

BERGALLO, Paola, CONICET, Universidad Torcuato di Tella, Argentina

BERIZONCE, Roberto, Prof. Emérito, Universidad Nacional de La Plata, Argentina

BRINKS, Daniel, University of Texas at Austin, USA

GARGARELLA, Roberto, CONICET, Universidad Torcuato di Tella, Argentina

GROSMAN, Lucas, Universidad de San Andrés, Argentina

MAURINO, Gustavo, Universidad de Palermo, Argentina

PAUTASSI, Laura, CONICET, Universidad de Buenos Aires, Argentina

PUGA, Mariela, Universidad Nacional de Córdoba y Entre Ríos, Argentina

SABA, Roberto, Universidad de Palermo, Argentina

SANTIAGO, Alfonso, Universidad Austral, Argentina

SOZZO, Gonzalo, Universidad Nacional del Litoral, Argentina

TARUFFO, Michele, Universidad de Girona, España.

Secretaría de redacción:

ABAN BURGOS, Guillermo

GILES, Alejo

KALAFATICH, Caren

MINATTA, Olivia

TIZIO, Gaspar

UCÍN, Francisco J.

Diseño Gráfico:

PONTI, Marcelo J.

Periodicidad semestral Año 1, N°2

ISSN 2545-8604

Revista electrónica dependiente de la Secretaría de Extensión Universitaria, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, sito en calle 48 N° 582 entre 6 y 7.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	4
ARTÍCULOS	
-Derechos de desestabilización: el triunfo del Litigio de Interés Público <i>Charles F. Sabel, William H. Simon - Traducción al español de María Emilia Mamberti</i>	9
-El nuevo derecho de interés público: una mirada hacia atrás a la situación en Estados Unidos y hacia adelante a su futuro brillante en otras partes <i>Charles Sabel - Traducción al español de María Emilia Mamberti</i>	92
-O tratamento adequado dos conflitos de interesse público no direito brasileiro <i>Ana María Damasceno de Carvalho Faria - Leonardo Silva Nunes</i>	99
-Las acciones colectivas en Japón: evolución histórica y regulación actual <i>Michiyo Maeda</i>	110
-E-consumer protection in India: trends and challenges <i>Ashok Patil y Pratima Narayan</i>	128
-Ciudades democráticas y sostenibles <i>Guadalupe Falbo y Ayelén Costa</i>	138
- El sistema de justicia frente a la difuminación del derecho privado <i>Gustavo Caramelo</i>	158
-La regresividad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales como categoría sospechosa <i>Pedro Sisti</i>	179
APÉNDICE MULTIMEDIA	
-Entrevista al Director del Programa de Derechos Humanos de la UNAM <i>Dr. Luis de la Barreda Solórzano</i>	195

Presentación

Antes de que el perfume húmedo de los tilos haya inundado por completo la ciudad, nos apuramos a proponer, nuevamente, un espacio de lectura, reflexión y diálogo. La REDIP sigue creciendo, pero se nos muestra aún, como una criatura en desarrollo. Orgullosos, advertimos su progreso, pero también, toda su potencialidad no concretada. Seguimos pensando que es mucho lo que debemos mejorar. Pero también nos embarga el entusiasmo cuando vemos que el foro para la reflexión y la discusión en torno del Litigio de Interés Público ya está abierto y recibe, desde lugares más o menos lejanos, voces con vocación de integrarlo. Entonces, confiamos en la lectura amable, que se integre a esta conversación y siga creyendo en el valor de esta idea, más allá de algún error que haya sobrevivido a nuestro esfuerzo por evitarlo.

Este número cuenta con dos secciones: la de los "Artículos" y el "Apéndice Multimedia". La primera sección se integra con invaluable aportes, todos complementarios y con perspectivas variadas que brindan nuevas miradas sobre esta forma particular de litigio. En esta edición contamos con la traducción del clásico **trabajo de Charles Sabel y William Simon: "Derechos de desestabilización: el triunfo del Litigio de Interés Público"**, a cargo de María Emilia Mamberti. En este texto icónico, se puede advertir el linaje común con el también clásico artículo de Abram Chayes ("*The role of the judge in Public Law Litigation*" Harvard Law Review, Vol 89, N° 7 (1976), pp 1281-1316).

Sabel y Simon muestran un nuevo perfil del Litigio de Interés Público al que califican como "de desestabilización". Porque, en definitiva, el motor que propulsa esta forma de litigio está conformado por los derechos de desestabilización, concebidos como aquellos que buscan desenmascarar instituciones que de manera sistemática han omitido cumplir con sus obligaciones y asimismo, resultan inmunes a las formas tradicionales de corrección política. Los autores miran la fase de implementación del cambio social encauzado a través del Litigio de Interés Público y describen así, la aparición de un "modelo experimentalista", con un contenido participativo y dialógico.

Según el entendimiento de los autores, esta forma naciente debilita muchas de las críticas teóricas que ha merecido el litigio de interés público, especialmente, aquellas que se hacían eco del "problema contramayoritario" (Bickel) y la débil legitimidad democrática del poder judicial. Ello así, por cuanto este modelo combina estándares generales que expresan objetivos que las partes tienen que cumplir, lo que se combina con procedimientos de participación de los interesados y medición de su responsabilidad. Esta tesis es confrontada por los autores con el análisis de la experiencia en litigios referidos a educación, salud mental, vivienda, prisiones y policía.

Luego, en "*El nuevo derecho de interés público: una mirada hacia atrás a la situación en Estados Unidos y hacia adelante a su futuro brillante en otras partes*", el mismo Sabel (en traducción también a cargo de Mamberti), realiza

un análisis valorativo de los promisorios comienzos del Derecho de Interés Público en Estados Unidos y su actual estado de estancamiento. En una revisión comparativa de los avances de esta nueva concepción del Derecho y su particular forma de litigar, propone cierta gradualidad entre los diversos sistemas de judicialización del Litigio de Interés Público. Desde aquellos modelos que muestran mayor prudencia a la hora de encarar la reforma social, buscando mantenerse en el respeto de las instituciones y la división de poderes, como sería el caso sudafricano que cita, hacia otros más intervencionistas. Entre los modelos relativamente moderados pero no por ello menos activos, ubica el resultante del funcionamiento del control de constitucionalidad ejercido por la Corte Constitucional Colombiana. Localiza, por último, a la Argentina, en un punto que muestra gran intervención del poder judicial como es el que surge del intento por modificar el estado de la cuenca Matanza-Riachuelo, pero que evidentemente, genera en el autor más interrogantes que respuestas.

Damasceno de Carvalho Faria y Silva Nunes, por su parte, abordan las debilidades del microsistema de procesos colectivos de Brasil para abordar los casos de reforma estructural encarada a través del Litigio de Interés Público. En su trabajo, titulado: *“O tratamento adequado dos conflitos de interesse público no direito brasileiro”*, argumentan en punto a la necesaria modificación del ordenamiento jurídico de cara a la tutela adecuada de este tipo de conflictos y en dicho tránsito, analizan casos de daño al ambiente y derecho a la salud.

Michiyo Maeda en su aporte titulado: *“Las acciones colectivas en Japón: evolución histórica y regulación actual”*, nos presenta un panorama del estado actual de la tutela de los derechos colectivos e individuales homogéneos en su país. El texto nos abre una ventana hacia una realidad a priori muy distante, tanto geográfica como culturalmente. Sin embargo, recorriendo su contenido, tal distancia se difumina a poco que se repare en las fuentes empleadas por el legislador japonés para la regulación específica de la tutela de los derechos individuales homogéneos (DIH) y también, viendo la doctrina en la que abreva la propia autora.

El diálogo que nos propone Maeda es además sumamente valioso desde que la autora se acerca a nosotros hablándonos en español, confirmando una vocación sincera por el intercambio y la comunicación académica. Su texto, en suma, muestra el impacto del Derecho brasileño sobre la regulación de los procesos colectivos de tutela de DIH, a la par que ilustra las complejidades que esta nueva concepción de los conflictos genera en el ordenamiento japonés. La preocupación central de la autora se ubica en la consabida interrelación existente entre los alcances de la cosa juzgada y el reconocimiento de la legitimación colectiva. El trabajo también ilustra las proyecciones de otra forma de tutela colectiva, como es la “acción de cesación”. Esta acción, con origen en la ley de contratos de consumo, ha ido penetrando diversas áreas del Derecho japonés, con aplicación, incluso, a la lucha contra la delincuencia organizada japonesa (Boryokudan).

Los autores **Ashok Patil y Pratima Narayan**, en su trabajo: *“E-consumer*

protection in India: trends and challenges”, ilustran la importancia del crecimiento del consumo a través de portales de comercio electrónico y la manera en que este crecimiento operó en India como una forma de integración. Refieren los autores que con la expansión de la telefonía móvil y la conexión de datos 4G, incluso pobladores de pequeños pueblos y ciudades han accedido al consumo electrónico. Desde este cuadro de situación, se analizan los principales problemas que emergen para la protección de los derechos de los consumidores. Los autores ponen de resalto los problemas de determinación de la competencia en estos asuntos y su impacto sobre el acceso a la justicia de los consumidores, entre otros problemas.

En el texto *“Ciudades democráticas y sostenibles”*, **Guadalupe Falbo y Ayelén Costa** abordan una mirada de la protección ambiental que se expande hasta comprender un “derecho a la ciudad”. Este último se define como el derecho de los habitantes urbanos a construir, decidir y crear su ciudad, haciendo de ésta una misión colectiva. Este derecho es, a su vez y según se argumenta, interdependiente de los demás Derechos Humanos que gozan de reconocimiento internacional. Por lo que se muestra a la ciudad como el escenario de realización y también de vulneración de los derechos que aseguran una existencia digna. Esta noción es la que se enlaza con la “gestión democrática de la ciudad”, como forma de participación en la creación y diseño de aquélla. Desde esta perspectiva, se revisa la problemática subyacente en el caso Mendoza, inherente a los habitantes de la “Villa Inflamable” y luego, las necesarias adecuaciones procesales que vienen impuestas por la materia que se judicializa.

La contribución de **Gustavo Caramelo**, titulada: *“El sistema de justicia frente a la difuminación del derecho privado”*, analiza el modificado rol del juez frente a los nuevos conflictos emergentes de las sociedades contemporáneas. Vincula el tópico con la evolución del Derecho Privado y su constitucionalización o convencionalización, según lo sugiere el propio autor. Caramelo propone la necesidad de un nuevo diseño judicial que contemple la inmediación y la oralidad, la constante capacitación y una mejor organización de los recursos, así como también el soporte logístico de las oficinas judiciales, como condiciones necesarias para lograr una respuesta judicial a la altura de tales nuevas demandas.

Pedro Sisti, a su turno, argumenta la necesidad de pensar la aplicación de la noción de “categorías sospechosas” a la prohibición de regresividad, que se deriva del Principio de Progresividad que gobierna la protección de los Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. En su trabajo: *“La regresividad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales como categoría sospechosa”*, sostiene la utilidad “estratégica” de aplicar esta fórmula interpretativa también a este tipo de derechos (no obstante que sus desarrollos provengan de la defensa de grupos desaventajados y víctimas de discriminación) por entender que los tribunales son más propensos a aplicar doctrinas con las que se encuentran familiarizados. Sostiene que con la aplicación analógica de la noción de “categorías sospechosas” se invierte la carga de la prueba, posando sobre el Estado la demostración de la constitucionalidad de la medida tachada como regresiva.

Además, la REDIP estuvo visitando la ciudad de México y fue recibida muy amablemente en la UNAM por lo que estamos muy agradecidos. En dicha ocasión, Caren Kalafatich entrevistó al **Dr. Luis de la Barreda Solórzano**, Director del Programa Universitario de Derechos Humanos (PUDH) de la UNAM. Nos pareció interesante mostrar las diversas formas en que las Universidades intervienen como agentes del Litigio de Interés Público. Por ello, en la entrevista se ilustra cómo dentro del área de Extensión Universitaria y Servicio Social del PUDH funciona una Clínica Jurídica que se integra con alumnos de distintas carreras de la UNAM como Derecho, Servicio Social, Psicología, Periodismo, entre otras. La Clínica, desde su composición interdisciplinaria, procura reforzar y reflexionar sobre la enseñanza y el ejercicio profesional, y asesorar o litigar casos relevantes en los que estén involucrados los Derechos Humanos. La entrevista completa se puede ver a través del enlace contenido en el "Apéndice multimedia".

Esta presentación, ha buscado dar un panorama del contenido de este número, el que esperamos sea del agrado de cada una de nuestras lectoras y lectores. Antes de concluir, resulta menester reconocer que además de nuestro sincero agradecimiento a los autores y autoras, también lo merecen todos quienes han trabajado intensamente para hacer esto posible. En particular, los integrantes de la Secretaría de Redacción, quienes han realizado un trabajo silencioso pero que ha permitido dar vida y coherencia a este concierto de voces. La colaboración constante de quienes integran la Secretaría de Extensión Universitaria de la FCJS también merece ser destacada, en particular, la labor de edición gráfica y de videos, a cargo de Marcelo Ponti y Agustín Jáuregui Lorda, respectivamente. El resto del staff de la Secretaría ha colaborado también para que este número llegue a cada lectora y lector, por lo que les agradecemos muy especialmente.

Así entonces, desde la primavera platense, teñida del color del jacarandá, ofrecemos a ustedes un nuevo número de la Revista de Interés Público, con un sentido agradecimiento por estar allí.

La Plata, noviembre de 2017.

María Carlota Ucín
Directora

Artículos

DERECHOS DE DESESTABILIZACIÓN: EL TRIUNFO DEL LITIGIO DE INTERÉS PÚBLICO

Charles F. SABEL,
William H. SIMON ^{1a1}

Traducción al español de *María Emilia MAMBERTI* ²

El “litigio de interés público” -las acciones de incidencia originadas en el movimiento de los derechos civiles³ que buscan reestructurar organismos públicos- ha cambiado a lo largo de las últimas tres décadas. Ha pasado de enfocarse en una intervención para la remediación basada en un modelo de “comando y control”, a una que puede llamarse “experimentalista”. En vez de recurrir a un régimen de reglas fijas y verticalistas, el enfoque experimentalista pone el énfasis en la negociación permanente entre las partes interesadas, la revisión continua de las medidas de desempeño, y la transparencia. El experimentalismo es patente en todas las áreas principales de intervención del derecho de interés público: escuelas, instituciones de salud mental, prisiones, fuerzas de policía, y vivienda social. En buena medida, este desarrollo no fue anticipado ni advertido por los defensores del litigio de interés público ni por sus críticos. En este artículo, describimos la aparición del modelo experimentalista y alegamos que éste torna abstractas varias de las críticas clásicas al litigio de interés público. Además, sugerimos que el desarrollo de dicho modelo provee respuestas a algunos problemas doctrinales muy conocidos, incluido el de los límites de la discrecionalidad judicial para dar operatividad a los derechos de interés público y el de las restricciones que trae aparejadas el principio de división de poderes. Nuestra interpretación entiende a los casos de interés público como instancias esenciales de los “derechos de desestabilización”: derechos a “desenmascarar” instituciones que de manera sistemática han omitido cumplir con sus obligaciones, pero que son inmunes a las fuerzas tradicionales de

^{1a 1} Profesores Maurice T. Moore y Arthur Levitt de derecho, respectivamente, de la Universidad de Columbia. Estamos agradecidos con la Fundación Hewlett; con los participantes de talleres en Columbia, Pennsylvania, Stanford y Yale; y con Jim Liebman, Mike Dorf, Brad Karkkainen, Archon Fung, Dara O'Rourke, Margo Schlanger, Michael Rebell, Gillian Metzger, Judith Resnik, Mark Tushnet, Susan Sturm, John Boston, Jonathan Chasin, y los profesionales citados en las notas al pie que discutieron su trabajo con nosotros. Nuestra deuda más grande es con Laura Faer, por sus discusiones iluminadoras y su enorme asistencia de investigación.

² Título original: Charles F. Sabel, William H. Simon, Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds, 117 Harvard Law Review 1015, 1016 (2004).

³ [Nota de traducción] El movimiento de los derechos civiles refiere a la lucha por la igualdad racial entre personas negras y blancas que tuvo lugar a partir de 1960 en los Estados Unidos; el movimiento se concentró principalmente en combatir la segregación racial existente en los estados del sur de los Estados Unidos, y derivó en la sanción de un paquete de leyes federales orientadas a terminar la discriminación en distintas áreas, aprobadas desde mediados de 1960.

corrección política de esa disfuncionalidad. Dicha interpretación provee razones de por qué el reconocimiento e implementación judicial de esos derechos puede inducir a un mejor cumplimiento de las obligaciones legales y a la vez ser consistente con nuestra estructura de gobierno.

I. Introducción

A pesar de haber sido duramente criticado, y quizás hasta olvidado, el litigio de interés público se ha transformado a través de sus luchas y se está convirtiendo -otra vez- en un instrumento influyente y prometedor de rendición de cuentas democrática.

En 1976, Abram Chayes argumentó que los esfuerzos por aplicar principios del Estado de Derecho a las instituciones del Estado de Bienestar moderno habían generado una nueva clase de litigio⁴. Las demandas judiciales “tradicionales” involucraban a dos partes privadas y se enfocaban en alegaciones de un daño concreto y pasado que requería un remedio específico (en general, el pago de una suma de dinero por parte del demandado al actor). Chayes mostró que una buena parte del litigio del movimiento de los derechos civiles no seguía este modelo. Estos casos “de interés público” involucraban partes amorfas y cambiantes; alegaciones generales que se relacionaban con el funcionamiento de grandes instituciones públicas como los sistemas escolares, las prisiones, las instituciones de salud mental, los departamentos de policía, y las autoridades de vivienda; y remedios que exigían la restructuración a largo plazo de dichas instituciones y su monitoreo.

Chayes alegó que este nuevo litigio enriquecía el repertorio institucional de nuestra democracia. Desde su punto de vista, la independencia, flexibilidad, y accesibilidad de los tribunales les daban herramientas para asumir la tarea de hacer responsables frente los estándares legales a las instituciones que omitían crónicamente cumplir con sus misiones. Los tribunales eran menos susceptibles que los organismos administrativos de control a ser cooptados por intereses individuales, y estaban mejor posicionados para inducir discusiones fructíferas entre las partes interesadas.

Aunque la descripción analítica de Chayes sobre el litigio de interés público se canonizó, su defensa de dicho litigio siguió siendo controversial. Los primeros críticos dudaban de que los tribunales tuvieran la información necesaria para supervisar restructuraciones institucionales de manera eficaz. Y, aun si los tribunales tuvieran información suficiente, las críticas agregaban que el poder de aquéllos era muy acotado y superficial para esta nueva tarea. Era muy acotado porque los problemas de los organismos públicos se conectaban con muchas otras instituciones y prácticas sociales, mientras que el poder del tribunal se limitaba a las partes del proceso; y muy superficial, porque las operaciones de los organismos administrativos dependían de la conducta en el día a día

⁴ Ver Abram Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation* [El rol del juez en el litigio de interés público], 89 *Harvard Law Review*, 1281, 1284, 1288-89 (1976).

de muchos agentes que los tribunales no podrían alcanzar, pues su autoridad remedial se limitaba esencialmente a algunos oficiales de mayor jerarquía (e, incluso en esos casos, tenía limitaciones sustanciales)⁵.

Desde el inicio, la legitimidad del litigio de interés público fue discutida al igual que su eficacia. Para Chayes, ese litigio se legitimaba a sí mismo al resolver problemas que otras instituciones del Estado Administrativo⁶ no podían resolver. Pero muchas críticas señalaban que incluso cuando la intervención judicial en estos casos fuera eficaz, no sería siempre legítima. Estas críticas hacían hincapié en el hecho de que, como Chayes reconocía, los casos de interés público no encuadraban fácilmente en la noción tradicional sobre el rol de los jueces o la división de poderes. Dudaban de que las fuentes de poder y las técnicas de análisis tradicionales pudieran entenderse de un modo directo o determinado a la hora de crear remedios que reestructuraran completamente a un organismo. Argumentaban que los tribunales no podrían involucrarse en la reestructuración de organismos administrativos sin traspasar a la esfera de los poderes ejecutivo y legislativo, y que los tribunales federales no podían supervisar la reestructuración de organismos estatales y municipales sin comprometer principios del federalismo y la autonomía local⁷.

La Corte Suprema de los Estados Unidos y otros tribunales de apelación también expresaron su desaprobación en una serie de decisiones diseñadas para limitar la discrecionalidad de los tribunales de primera instancia en los casos de interés público⁸. Las legislaturas aprobaron leyes -la más relevante, la Ley Federal de Litigio de Reforma Penitenciaria de 1996⁹- que limitaban el rol de los tribunales en estos casos. Los jueces de primera instancia que se involucraban en remedios estructurales en casos de perfil muy alto parecían cansarse o desesperarse, dejando sin efecto en la práctica decisiones porque, teóricamente, todas las pretensiones posibles de los actores ya habían sido satisfechas (esto sucedía incluso en casos en los que el progreso verificable era escaso)¹⁰.

⁵ Ver, por ejemplo, Gerald N. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* [La falsa esperanza: ¿pueden los tribunales generar cambio social?] 11 (1991); Colin S. Diver, *The Judge as Political Powerbroker: Superintending Structural Change in Public Institutions* [El juez como un agente de poder: supervisión del cambio estructural en las instituciones públicas], 65 *Virginia Law Review* 43, 46 (1979); Donald L. Horowitz, *Decreeing Organizational Change: Judicial Supervision of Public Institutions* [Decidiendo el cambio organizacional: supervisión judicial de las Instituciones Públicas], 1983 *Duke Law Journal*, 1265.

⁶ . [N. de T.] El término "Estado Administrativo" (*administrative state*) alude al crecimiento de las burocracias que tuvo lugar luego de la década de 1930 en respuesta a la Gran Depresión, bajo la presidencia de Roosevelt, a raíz de la cual aumentaron los programas y regulaciones federales y se robustecieron las agencias administrativas, que concentraron a su vez funciones jurisdiccionales y regulatorias además de ejecutivas.

⁷ Ver, por ejemplo, Paul J. Mishkin, *Federal Courts as State Reformers* [Los tribunales federales como reformadores de los estados], 35 *Washington & Lee Law Review* 949, 950-51 (1978); Robert F. Nagel, *Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies* [Separación de poderes y el alcance de los remedios de equidad federales], 30 *Stanford Law Review* 661, 664 (1978); John Choon Yoo, *Who Measures the Chancellor's Foot? The Inherent Remedial Authority of the Federal Courts* [¿Quién mide "el pie del canciller"? El poder remedial inherente de los tribunales federales], 84 *California Law Review*, 1121 (1996).

⁸ Ver los casos citados *infra*, nota 11; ver también *infra*, Sección IV.

⁹ Pub. L. No. 104-34, 110 Stat. 1321 (codificada con su reforma en el título 11 del Código de los Estados Unidos (U.S.C.), §523(a) (2000); en 18 U.S.C. §§3624(a), 3626 (2000); y en secciones sueltas de los títulos 28 y 42 U.S.C.).

¹⁰ Ver, por ejemplo, *Morgan v. Nucci*, 831 F.2d 313, 326 (Primer Circuito, 1987) (que deja sin efecto la decisión de desegregación escolar de Boston); Malcolm M. Feeley y Edward L. Rubin, *Judicial Policy Making and the Modern State: How the Courts Reformed America's Prisons* [Las políticas del Poder Judicial y el Estado Moderno: cómo los tribunales reformaron las prisiones estadounidenses] 115 (1998) (que reporta que en el curso del caso de la cárcel del condado de Santa Clara, "varios jueces se agotaron por el litigio y fueron retirados del caso").

La defensa progresista del modelo de Chayes también afrontó problemas¹¹. Sus defensores tenían que confrontar la incómoda realidad jurídica de los derechos que no venían con remedios prefabricados. Les preocupaba cómo limitar la discrecionalidad de los tribunales manteniendo a la vez su prestigio. Hubo también una inquietud creciente sobre la rendición de cuentas de los abogados frente a sus clientes (los supuestos titulares de los derechos), quienes muchas veces tenían bajos recursos y niveles educativos¹².

Pero a pesar de décadas de críticas y teorías restrictivas, los tribunales de primera instancia continuaron jugando un rol crucial en un creciente movimiento de reforma institucional en las áreas clave que Chayes había identificado: escuelas, prisiones, instituciones de salud mental, policías y autoridades de vivienda.

Y aunque se habían opuesto a algunas intervenciones judiciales, las legislaturas también toleraron -e incluso incentivaron- otras¹³. Aunque no hay indicios de una reducción en el volumen o la importancia de la actividad judicial descrita por Chayes, las formas específicas de esta actividad evolucionaron. Los remedios de los últimos años son diferentes en varios aspectos de aquellos en los que se enfocaron Chayes y sus críticos. La evolución de los remedios estructurales en las últimas décadas se puede modelizar como un cambio de la regulación basada en órdenes de comando y control hacia una intervención experimentalista. La regulación de comando y control es la actividad típica de las burocracias. En los hechos toma la forma de un régimen omnicompreensivo de reglas fijas y específicas determinadas por una autoridad central. Estas reglas prescriben los insumos y los procedimientos de las instituciones que regulan.

En contraste, la regulación experimentalista combina reglas más flexibles y provisorias con procedimientos permanentes de participación de las partes interesadas y de medición de su responsabilidad. En los casos más distintivos, las normas aplicables son estándares generales que expresan objetivos que las partes tienen que cumplir; es decir, resultados en vez de insumos. Este régimen deja, típicamente, a las partes con discrecionalidad sustancial para alcanzar esos objetivos. Al mismo tiempo, especifica tanto los estándares como los procedimientos para medir el desempeño institucional, que se evalúa en relación con los compromisos iniciales de las partes y en base al desempeño de instituciones comparables.

¹¹ Ver, por ejemplo, William A. Fletcher, *The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy* [La constitución discrecional: los remedios institucionales y la legitimidad judicial], 91 *Yale Law Journal* 635, 636 (1982); Paul Gewirtz, *Remedies and Resistance* [Remedios y resistencia], 92 *Yale Law Journal* 585, 589, 674-79 (1983).

¹² Ver Ross Sandler y David Schoenbrod, *Democracy by Decree: What Happens When Courts Run Government* [Democracia por órdenes judiciales: qué pasa cuando los tribunales manejan el gobierno] 139-82 (2003).

¹³ Ejemplos de esto incluyen la Ley de Derechos Civiles de las Personas Institucionalizadas de 1980, Pub. L. No. 96-247, 94 Stat. 349 (codificada con su reforma en 42 U.S.C. §§1997-1997j (2000)), que autoriza al Procurador General a promover demandas para remediar las condiciones "flagrantes y atroces" en las prisiones e instituciones de salud mental; las reformas de 1990 a la legislación federal de vivienda que autorizaron al Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano a solicitar intervenciones judiciales contra las autoridades de vivienda sostenidamente "problemáticas", ver 42 U.S.C. §1437d(j) (2000); la legislación estadual en Texas y en otras jurisdicciones que responde a las decisiones judiciales sobre la inconstitucionalidad de las condiciones de las escuelas, ver *infra* Sección II.A; y la legislación estadual en Nueva Jersey y en otros estados que respondió a las declaraciones de inconstitucionalidad sobre regulaciones locales del uso de la tierra, ver *infra* Sección II.E.

Este proceso de comparación disciplinada se realiza para facilitar el aprendizaje, al poner atención en las prácticas de las instituciones semejantes más exitosas. Tanto la declaración de objetivos como las normas de desempeño son consideradas provisionales y sujetas a revisión continua con participación de los interesados. De hecho, este remedio institucionaliza un proceso de aprendizaje y reconstrucción incesante. La regulación experimentalista es característica de la gobernanza en red y en múltiples niveles que está proliferando en Estados Unidos y en la Unión Europea. Implica procesos de toma de decisión que no son ni jerárquicos ni cerrados, y que permiten que personas con diferentes rangos, diferentes unidades e incluso organizaciones colaboren de acuerdo con lo que las circunstancias exija¹⁴.

En los casos que toman un enfoque experimentalista, los tribunales están más y a la vez menos involucrados en reconstruir las instituciones públicas de lo que lo estaban cuando Chayes escribió. Están más involucrados porque los remedios experimentalistas contemplan un proceso permanente de autoevaluación participativa y con ramificaciones, en vez de ajustes puntuales con criterios fijos. Pero, a la vez, los tribunales están menos involucrados porque las normas que definen el cumplimiento no son el producto del poder judicial, sino de los actores que se rigen por aquéllas. Al menos en perspectiva, las exigencias sobre las capacidades directivas de un tribunal y el riesgo relacionado con su legitimidad política son menores en este proceso colaborativo continuo que en una reforma “de arriba hacia abajo” bajo la dirección de un tribunal.

En cierta medida, la tendencia experimentalista ha sido receptiva a las limitaciones establecidas por la Corte Suprema¹⁵. Aunque las decisiones claves de la Corte de Rehnquist¹⁶ a veces parecen innecesariamente hostiles al litigio de interés público, son positivas dado que les exigen a los tribunales de primera instancia demostrar conexiones más fuertes entre los principios en los que basan sus declaraciones de responsabilidad y los mecanismos concretos que establecen como remedios. Aun así, más allá de esta exigencia general, las pautas de la Corte han sido ambiguas e incoherentes¹⁷. De hecho, las prácticas experimentalistas de los tribunales inferiores fueron mucho más allá de cualquier sugerencia de los tribunales superiores (o de lo que ellos

¹⁴ Ver, en general, Michael C. Dorf y Charles F. Sabel, *A Constitution of Democratic Experimentalism* [Una constitución de experimentalismo democrático], 98 *Columbia Law Review* 267 (1998); Joanne Scott y David M. Trubek, *Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union* [Cuidado con el hueco: el derecho y los nuevos enfoques a la gobernanza en la Unión Europea], 8 *European Law Journal* (2002). En su estudio sobre casos de discriminación en el empleo privado, Susan Sturm identificó un cambio en la práctica remedial de un enfoque verticalista en la “primera generación” de casos hacia uno experimentalista en la “segunda generación”, que es análogo al que identificamos en el litigio de interés público. Ver Susan Sturm, *Second Generation Employment Discrimination: A Structural Approach* [Segunda generación de discriminación en el empleo: un enfoque estructural], 101 *Columbia Law Review* 458, 465- 75 (2001).

¹⁵ Ver, por ejemplo, *Lewis v. Casey*, 518 U.S. 343, 362 (1996) (que revoca una decisión sobre prisiones por ser “intrusiva de manera desmedida, de hecho, salvaje”); *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520, 562 (1979) (que rechaza órdenes que “implicaban a los tribunales inferiores en las minucias de las operaciones carcelarias”); *Bounds v. Smith*, 430 U.S. 817, 832 (1977) (que establece que hay muchas maneras aceptables de corregir una violación, y de incentivar la “experimentación local”); cfr. con *Ruiz v. Estelle*, 679 F.2d 1115, 1148 (Quinto Circuito, 1982) (“ordenarle a los funcionarios estatales que alcancen resultados específicos debería bastar; cómo van a alcanzar esos resultados debe ser librado a ellos, a menos y hasta que se demuestre que la intervención judicial es necesaria”).

¹⁶ [N. de T.] Se suele referir a la “Corte de Rehnquist” en alusión a la Suprema Corte Federal durante los años 1986 a 2005, en los que William Rehnquist fue el presidente del tribunal. En general, se considera a ésta como una corte conservadora, que se ocupó de reforzar la autonomía estadual y limitar la capacidad del estado federal de emitir normas que afectaran dicha autonomía.

¹⁷ Ver *infra*, sección IV.A

anticiparon). En este artículo ofrecemos una interpretación de la evolución del enfoque de la intervención de interés público como una expresión de lo que llamamos “derechos de desestabilización”¹⁸.

Los derechos de desestabilización son pretensiones de movilizar y abrir instituciones públicas que han fallado crónicamente en cumplir con sus obligaciones, y que están sustancialmente al margen de los procesos políticos normales de rendición de cuentas. El término pone la atención en un elemento común crucial de las pretensiones en las diferentes áreas del litigio de interés público, y en una dimensión de los remedios que es crítica para explicar la perspectiva de éxito de una intervención. El efecto de la intervención inicial de un tribunal es desestabilizar las expectativas de las partes previas al litigio, mediante efectos políticos, cognitivos y psicológicos que amplían la posibilidad de una colaboración experimentalista. Los sistemas de estándares y monitoreo que comúnmente surgen de la negociación sobre remedios permiten esta desestabilización y el aprendizaje que ella genera, para luego continuar por carriles más estrechos.

En la sección II de este artículo repasamos las áreas principales del litigio de interés público para ilustrar la tendencia a abandonar los enfoques de comando y control, y dar paso a los experimentalistas. En la sección III elaboramos la idea de derechos de desestabilización y argumentamos, en contra de Chayes, que dicha idea muestra una continuidad entre el litigio de interés público y la resolución de controversias tradicional del *common law*¹⁹. La sección IV muestra cómo la idea de derechos de desestabilización se relaciona con una serie de problemas que han preocupado a los tribunales superiores, incluida la relación entre derechos y remedios, la división de poderes, la responsabilidad del principal, y el problema de la representación de intereses. En cada caso, argumentamos que el experimentalismo provee una solución.

A fin de cuentas, nuestros argumentos sobre lo prometedor que es este nuevo enfoque son tan inciertos como los de Chayes. Concluimos con el mismo optimismo cauteloso que él expresó en 1976, basado al igual que en su caso en la simple observación. Sin embargo, ofrecemos algunas ideas sobre por qué este nuevo enfoque puede responder a las preocupaciones en las que se enfocó la doctrina legal desde que él escribió. Si nuestras convicciones tienen una base más firme que las de Chayes, eso se debe solamente a que el derecho de interés público, en su desarrollo reciente, ha pasado un examen vital: ha

¹⁸ El término y la idea vienen de Roberto Mangabeira Unger, *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy* [Falsa necesidad: teoría social anti-necesidades al servicio de la democracia radical], 530 (1987).

¹⁹ [N. de T.] En el contexto de este artículo, *common law* o derecho común se refiere en general al sistema jurídico desarrollado a partir de las costumbres inglesas medievales que aun hoy se aplica en los países de tradición anglosajona. El derecho común es un derecho tradicionalmente no escrito y centrado en la observación de los precedentes judiciales.

podido dar respuestas a cuestiones que sus defensores tratan de evitar, y que sus opositores piensan que no tienen solución²⁰.

II. La persistencia cambiante del litigio de interés público

En esta sección repasamos las cinco áreas principales de litigio estructural relacionado con funciones públicas: educación, salud mental, prisiones, policía y vivienda. En cada caso encontramos indicios de un cambio creciente y prometedor de intervenciones de comando y control hacia intervenciones experimentalistas.

El modelo de comando y control tiene tres características. Primero, intenta anticipar y expresar todas las directivas básicas de cumplimiento en una orden única, omnicomprendensiva, y difícil de modificar. En segundo lugar, propone una evaluación del cumplimiento en términos de seguimiento por parte del demandado de prescripciones de conducta detalladas contenidas en aquella decisión. Estas prescripciones tienden a ser normas de proceso que ordenan conductas como medios para alcanzar objetivos, y no normas de desempeño que directamente ordenan objetivos y miden su cumplimiento. Y, por último, la tercera característica es el rol directivo del tribunal -o de un *special master*²¹- en la formulación de las normas remediales.

Ha habido un abandono relativamente claro y deliberado de las dos primeras características. La situación de la tercera característica -discrecionalidad judicial- es un poco más ambigua. Los tribunales han incentivado los remedios negociados desde el principio, pero los jueces y los *special masters* parecen estar más directivos que en el pasado²².

El cambio no ha sido completamente lineal. Las dudas sobre el modelo de comando y control aparecieron de manera temprana, y algunos remedios actuales siguen teniendo características de ese modelo. Pero la dirección general y natural de la tendencia parece clara.

²⁰ En su último trabajo sobre derecho internacional público, Chayes describió una tendencia en ese campo hacia los arreglos del tipo que nosotros llamamos experimentalistas. Ver Abram Chayes y Antonia Handler Chayes, *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements* [La nueva soberanía: cumplimiento con los acuerdos regulatorios internacionales], 25-26 (1995). El libro argumenta que la soberanía en el plano internacional ha terminado significando menos el poder de comando desde arriba, y más el poder de involucrarse con otros en discusiones sobre qué debe hacerse. Describe numerosos regímenes internacionales de fijación de estándares colaborativos, monitoreo, y revisión continua basada en parte en comparaciones con las experiencias de otros. Nuestro proyecto, por ende, puede ser visto como una revisión de los esfuerzos tempranos de Chayes por entender los cambios relacionados en el poder judicial y en el estado administrativo, en vista de su intuición posterior sobre la transformación más comprensiva del carácter de la soberanía democrática. Ver Harold Hongju Koh, *Book Review, Why Do Nations Obey International Law?* [Reseña de libro, ¿por qué las Naciones obedecen al derecho internacional?], 106 *Yale Law Journal* 2599, 2638-39 (1997) (que discute la relación del trabajo de Chayes sobre el litigio de interés público con su trabajo en derecho internacional).

²¹ [N. de T.] Los *special masters* son agentes que los jueces pueden nombrar para cumplir una función específica en un caso determinado, como por ejemplo encargarse del desarrollo e implementación de remedios en casos complejos.

²² Ver, por ejemplo, Susan P. Sturm, *A Normative Theory of Public Law Remedies* [Una teoría normativa de los remedios de interés público], 79 *Georgetown Law Journal* 1355, 1365-76 (1991). Al repasar casos de los 1970s y el comienzo de los 1980s, Sturm identifica e ilustra cinco enfoques judiciales de la formulación de remedios, cuatro de los cuales involucran una dirección fuerte por el juez o el *special master*. La discusión de Sturm sobre el quinto enfoque, la "deliberación consensual", anticipa proféticamente los desarrollos que nosotros discutimos aquí. Ver también Curtis J. Berger, *Away from the Court House and into the Field: The Odyssey of a Special Master* [Por fuera del tribunal y en el campo: la odisea de un *special master*], 78 *Columbia Law Review* 707, 708 (1978) (que reporta la experiencia de un *special master* muy directivo).

A. Escuelas²³

Ha habido tres olas sucesivas de litigio de interés público en relación con las escuelas²⁴. La primera consistió en las demandas federales de desegregación. La segunda involucró cuestionamientos en los tribunales estatales de la equidad de los sistemas de financiamiento educativo. La tercera mantiene las acciones en los tribunales estatales, pero cambia el foco normativo de la "equidad" a la "adecuación". El cambio de remedios verticalistas basados en reglas por intervenciones descentralizadas basadas en estándares es un hilo conductor relevante en esta evolución. El cuerpo más conocido de litigio de interés público es el esfuerzo monumental de los tribunales federales por desegregar las escuelas públicas del país. Estos esfuerzos tuvieron inicialmente algo de éxito en algunos estados, pero una resistencia masiva en sur del país los paralizó hasta que el Congreso aprobó la Ley de Derechos Civiles de 1964. Desde entonces, en especial entre 1968 y 1972, los tribunales federales supervisaron el dismantelamiento exitoso de la segregación en escuelas a las que asistían millones de niños y niñas, mediante demandas promovidas por actores privados y por el gobierno federal. La mayoría de estas escuelas se encontraban en condados de zonas rurales de los estados del sur²⁵.

Por fuera de esta zona, sin embargo, la desegregación fue impedida por una mezcla de control de las escuelas locales y movilidad residencial. Para establecer la responsabilidad de los demandados, los actores tenían que probar que la segregación había resultado de una conducta gubernamental y no de una segregación residencial causada por decisiones de individuos particulares. Los problemas de intención y causalidad eran complejos, los estándares vagos e inconsistentes, y el rango de la prueba potencialmente pertinente era enorme. Una política que tenía la intención patente de segregar, y que era exitosa en lograrlo, fácilmente generaría responsabilidad. Sin embargo, la situación era más difícil en los casos más comunes, en lo que los agentes públicos no expresaban abiertamente intenciones racistas, las políticas eran aparentemente neutras, y sus consecuencias ambiguas. Aun en los casos en los que se determinaba que había responsabilidad estatal, la doctrina en general limitaba el poder remedial de los tribunales a la conducta del estado dentro de un distrito. Cuando el distrito estaba segregado en términos residenciales, o cuando las personas blancas reaccionaban ante un remedio judicial mudándose, las opciones estaban seriamente limitadas. Desde el final de los 1970, los esfuerzos de desegregación a gran escala ya generaban una sensación de fatiga e inutilidad²⁶.

²³ Esta sección se basa en el trabajo de James S. Liebman y Charles F. Sabel, *A Public Laboratory Dewey Barely Imagined: The Emerging Model of School Governance and Legal Reform* [Un laboratorio público que imaginó Dewey Barely: el modelo emergente de gobernanza escolar y la reforma legal], 28 *New York University Review of Law & Social Change* 183 (2003).

²⁴ Ver Michael Heise, *State Constitutions, School Finance Litigation, and the "Third Wave": From Equity to Adequacy* [Constituciones estatales, litigio de financiamiento educativo, y la "tercera ola": de la equidad a la adecuación], 68 *Temple Law Review* 1151, 1153 (1995).

²⁵ Ver Rosenberg, *supra* nota 2, 94-105; Liebman y Sabel, *supra* nota 16, 195-201. Después de dos décadas de estabilidad, algunos de estos logros se han erosionado en los últimos años. Ver, en general, Sean F. Reardon y John T. Yun, *Integrating Neighborhoods, Segregating Schools: The Retreat from School Desegregation in the South* [Integrando barrios, segregando escuelas: el retiro de la desegregación en el Sur], 1990-2000, 81 *North Carolina Law Review* 1563 (2003).

²⁶ Ver, por ejemplo, *Missouri v. Jenkins*, 515 U.S. 70, 83-90 (1995) (desafortunadamente, dejando sin efecto por estar más allá de los poderes remediales del tribunal de primera instancia la orden de aquél de realizar esfuerzos elaborados y costosos para integrar las escuelas de Kansas City introduciendo el traslado voluntario de los estudiantes blancos suburbanos); *Morgan v. Nucci*, 831 F.2d 313, 315-17, 321 (Primer Circuito, 1987) (que confirma el abandono de los esfuerzos por parte del tribunal de primera instancia para lograr un equilibrio racial en las escuelas de Boston, sobre la base de que la segregación estaba basada en "obstáculos demográficos irresolubles").

Una segunda línea de casos sobre educación se enfocó en la equidad fiscal. Aunque la Corte Suprema rechazó la alegación de que la Cláusula de Protección Igualitaria²⁷ federal pusiera límites a la desigualdad en la financiación estadual de la educación²⁸, varias cortes estaduales anularon sistemas de financiamiento escolar sobre la base de provisiones constitucionales locales. En total, las cortes de cerca de la mitad de los estados han considerado inconstitucionales los sistemas de financiamiento escolar²⁹. Aunque la igualdad en el financiamiento es una tarea remedial menos intimidante que des-segregar un área residencialmente segregada, la implementación de los remedios de equidad sobre financiamiento escolar también enfrentó dificultades y decepciones. Algunos estados, especialmente California, parecen haber alcanzado la igualdad nivelando hacia abajo: aumentado las contribuciones relativas de los distritos más pobres, pero limitando el apoyo general al sistema educativo³⁰. En otros casos, el aumento en el financiamiento no generó una diferencia perceptible en el desempeño de los distritos más pobres³¹.

Tanto en los casos de desegregación como de equidad fiscal, los tribunales se sintieron compelidos a abordar cuestiones de calidad educativa. La premisa de *Brown v. Board of Education*³² era que la segregación era mala, no solo en sí misma, sino también porque generaba educación de mala calidad³³. Por el contrario, la desegregación generaría mejor educación. Cuando la desegregación parecía inalcanzable, el mejoramiento educacional directo apareció como un remedio alternativo apropiado. Más aun, en la medida en que la desegregación requería incentivos para las personas blancas para que se quedaran voluntariamente en escuelas públicas urbanas, los mejoramientos directos de la calidad educativa podrían generar dichos incentivos, por lo que la conexión lógica entre desegregación y calidad se daba en ambos sentidos.

La práctica remedial evolucionó con estos avances sustantivos. La implementación de la desegregación impulsó a los tribunales a realizar

²⁷ Esta cláusula (Equal Protection Clause) fue incorporada a la Constitución Federal en 1868 en la Enmienda 14 y asegura a todas las personas la protección igualitaria de las leyes por parte de los estados. La cláusula se enmarca en los esfuerzos de reconstrucción posteriores a la guerra civil, orientados a asegurar los derechos de las personas negras entonces liberadas de la esclavitud. La cláusula fue más tarde usada por el gobierno y los tribunales federales para asegurar el tratamiento igualitario por parte de los estados locales en muchas otras áreas más allá de la igualdad racial.

²⁸ Ver *San Antonio Indep. Sch. Dist. v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 54-55 (1973).

²⁹ Ver *Advocacy Ctr. for Children's Educational Success with Standards* [Centro de defensa del éxito educativo de los niños], *Status of School Funding Litigations in the 50 States* [Estado del litigio por financiamiento educativo en los 50 estados] (27 de junio de 2003) (que informa una "victoria de los actores" en casos de financiamiento educativo en veinticinco estados), disponible en <http://www.accessednetwork.org/litigation/TableofLitigationStatusfor50states.pdf>.

³⁰ Ver, por ejemplo, *William A. Fischel, Did Serrano Cause Proposition 13? [¿Serrano causó la propuesta 13?]*, 42 *National Tax Journal*. 465, 466 (1989) (que describe la nivelación hacia abajo en California).

³¹ Ver *Eric A. Hanushek, Conclusions and Controversies About the Effectiveness of School Resources* [Conclusiones y controversias sobre la eficiencia de los recursos educativos], *Federal Reserve Bank N.Y. Econ. Policy Review*, Marzo de 1998, páginas 15-16; cfr. con *Abbott v. Burke*, 575 A.2d 359, 374-75 (New Jersey, 1990) (que ordena un incremento del gasto, a la vez que reconoce que no hay "suma de dinero que pueda borrar el impacto de los factores socio-económicos que definen y causan las desventajas de los estudiantes").

³² *Brown v. Board of Education of Topeka* (347 U.S. 483) es un caso emblemático de 1954 en el que la Corte Suprema Federal declaró inconstitucionales los sistemas de educación pública segregados para personas negras en una serie de estados del sur de los estados unidos. La decisión suele ser considerada como icónica de los esfuerzos del Estado Federal por acabar con la discriminación racial en dichos estados.

³³ Ver 347 U.S. 483, 493 (1954).

una supervisión extensiva de la administración escolar. La preocupación por la asignación de estudiantes a las escuelas se seguía directamente de la preocupación por la integración. Dada la fuerte conexión entre raza y residencia, y la tradición de asistir a escuelas locales, los tribunales no podían ignorar las decisiones de instalación de nuevas escuelas. Los tribunales también tenían que realizar esfuerzos para asegurar que los niños pertenecientes a minorías no fueran maltratados o implícitamente desfavorecidos, por ejemplo, con medidas de disciplina abusivas o al no sancionarse a quienes los acosaban. Además, dado que los estudiantes pertenecientes a minorías posiblemente estarían más cómodos en escuelas con docentes también pertenecientes a minorías, las políticas sobre personal también se volvieron relevantes. Una vez que los tribunales fijaron el mejoramiento de la calidad educativa como una meta remedial, prácticamente todos los aspectos de la política educativa parecían importantes. Cuando los demandados eran recalitrantes, los tribunales tendían a aumentar tanto el alcance como el detalle de sus órdenes. Por ende, las decisiones parecían códigos regulatorios muy detallados, que comprendían varios aspectos de la administración pública³⁴.

La preocupación por la calidad educativa es más prominente en la tercera ola de casos. Estos son casos estatales recientes, que no se basan (o no se basan solamente) en pautas de equidad, sino en disposiciones comúnmente presentes en las constituciones estatales que exigen una "educación pública adecuada"³⁵, "un sistema comprensivo y eficaz de escuelas gratuitas"³⁶, o "un programa educativo de alta calidad"³⁷. En estos casos, el foco de los reclamos de los actores es la omisión del estado en cumplir normas de calidad y eficacia mínimas³⁸. En las oportunidades en que los tribunales encontraron al estado responsable, las legislaturas han respondido tanto con financiamiento como con apoyo estructural, aunque muchas veces sin satisfacer totalmente a los tribunales o a las partes. Estos esfuerzos judiciales convergieron varias veces con un gran activismo cívico sobre temas de reforma educativa. En Kentucky y Texas, por ejemplo, las demandas se valieron de Comisiones, nombradas políticamente, de personas de negocios, profesionales, y líderes cívicos³⁹. La

³⁴ Ver, por ejemplo, *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Bd. of Educ.*, 402 U.S. 1, 22-31 (1971) (que confirma una decisión que se aboca a las cuotas raciales, la existencia de escuelas con estudiantes de una sola raza, la zonificación de la asistencia escolar, y el transporte de los estudiantes); *United States v. Montgomery County Bd. of Educ.*, 395 U.S. 225, 232-37 (1969) (que confirma una decisión que ordena proporciones de estudiantes pertenecientes a minorías sobre los estudiantes no pertenecientes a minorías); *Singleton v. Jackson Mun. Sch. Dist.*, 419 F.2d 1211, 1217-19 (Quinto Circuito, 1970) (por el tribunal en pleno) (que confirma una decisión que regula la desegregación del personal, los traslados de estudiantes, el transporte, la construcción de nuevas escuelas, y el sistema de asistencia entre escuelas); *Morgan v. Kerrigan*, 401 F. Supp. 216, 265-70 (Distrito de Massachusetts, 1975) (que requiere el desarrollo de comités, la emisión de informes detallados y la propuesta de un esquema temporal detallado); *Carr v. Montgomery County Bd. of Educ.*, 289 F. Supp. 647, 654-56 (M.D. Alabama 1968) (que ordena un plan de desegregación que abarca profesores y personal, construcción de nuevas escuelas, y transporte); ver también la Nota, *Implementation Problems in Institutional Reform Litigation* [Problemas de implementación en el litigio de reforma institucional], 91 *Harvard Law Review*, 428, 457 (1977) ("la orden del tribunal debe ser cuantitativa y precisa, e incluir plazos para alcanzar tareas específicas"). Mirando hacia atrás a los precedentes de desegregación escolar en un caso de vivienda social, la Corte Suprema de Massachusetts escribió: "[d]ado que las órdenes se enfrentan a la indiferencia o incumplimiento por parte del demandado, hay justificación para directivas más detalladas, más limitación de la discrecionalidad. La regla general puede ser que cuanto más duren las violaciones legales y la decisión remedial, más imperativa y controladora será la siguiente orden. *Perez v. Boston Hous. Auth.*, 400 N.E.2d 1231, 1249 (Mass. 1980) (Kaplan, J.) (citas omitidas).

³⁵ Constitución de Georgia, art. VIII, §1, p. 1.

³⁶ Constitución de West Virginia, art. XII, §1.

³⁷ Constitución de Virginia, art. VIII, §1.

³⁸ Ver Heise, supra nota 17, p. 1153; Liebman y Sabel, supra nota 16, págs. 202-07.

³⁹ Ver Liebman y Sabel, supra nota 16, págs. 233-34, 243-44, 251-55.

participación ciudadana en la etapa de remediación en el litigio por reforma educativa no es un fenómeno nuevo, pero parece haberse vuelto más prominente tanto en la teoría como en la práctica en los 1990. Tomando un tema de nuestra colega Susan Sturm, el patrocinante de un caso sobre financiamiento educativo en Nueva York litigado en 1996 argumentó que el involucramiento extensivo de los padres, maestros, empresas y organizaciones de la sociedad civil en la formulación e implementación de los remedios fue esencial para el éxito de dichos casos. Ellos propusieron un modelo “dialógico” de reforma, en el que los remedios surgían de la deliberación entre un rango lo más amplio posible de partes interesadas⁴⁰.

Los regímenes remediales en los casos más ambiciosos de este nuevo litigio de interés público no implican una serie comprensiva de regulaciones del tipo encontrado en muchos casos de desegregación. Por ejemplo, los regímenes nuevos no contemplan una dirección judicial detallada o una centralización administrativa. Helen Hershkoff describió una de estas órdenes, en un caso de Alabama, como el establecimiento de una estructura para una reforma institucional, pero sin fijar el contenido preciso de la reforma⁴¹. En vez de ordenar una acción específica, las decisiones fijan objetivos y métodos para monitorear su cumplimiento.

Estos regímenes más ambiciosos han sido influenciados por el movimiento de la “nueva rendición de cuentas” en la reforma educativa. Ese movimiento resulta de la interacción de tendencias centralizadoras y descentralizadoras a la vez. El patrón centralizador enfatiza la importancia de la medición del desempeño de manera comparativa, y de los incentivos materiales. El elemento descentralizador prescribe la delegación de la autoridad sobre la instrucción en el aula por parte los agentes públicos nacionales y estatales en favor de los distritos, directores de escuelas y maestros (y, en ocasiones, los padres). La combinación de monitoreo basado en estándares y discrecionalidad local busca reconciliar la rendición de cuentas sistemática con las competencias locales⁴².

El régimen de Texas es uno de los que más se desarrolló en base a estos lineamientos. En 1989, la Corte Suprema de Texas declaró que el sistema de escuelas públicas estatales no cumplía con varias disposiciones de la constitución estatal, incluido el requisito de que el estado proveyera un “sistema escolar eficaz” y contribuyera a “la difusión general del conocimiento”. En consecuencia, rechazó dos paquetes legislativos aprobados específicamente para resolver esos problemas. Luego, en 1995, la Corte aceptó provisionalmente un nuevo

⁴⁰ Ver Michael A. Rebell y Robert L. Hughes, *Schools, Communities, and the Courts: A Dialogic Approach to Education Reform* [Escuelas, comunidades y los tribunales: un enfoque dialógico a la reforma educativa], 14 *Yale Law & Policy Review* 99, 114-36 (1996).

⁴¹ Helen Hershkoff, *Positive Rights and State Constitutions: The Limits of Federal Rationality Review* [Derechos positivos y constituciones estatales: los límites a la revisión por racionalidad federal], 112 *Harvard Law Review* 1131, 1190 (1999) (que describe *Harper v. Hunt*, No. CV-91-0117-R [Tribunal de Apelación de Alabama Condado de Montgomery, 1 de abril, 1993]). *Harper v. Hunt* se acumuló con *Alabama Coalition for Equity, Inc. v. Hunt and* y fue reimpresso en *Opinion of the Justices* No. 338, 624 So. 2d 107, 110 (Alabama, 1993).

⁴² El trasfondo del movimiento de la “nueva rendición de cuentas” está descrito en Liebman y Sabel, *supra* nota 16, págs. 214-31.

régimen legal que aumentaba el financiamiento y creaba el Régimen de Rendición de Cuentas del Sistema de Escuelas Públicas de Texas⁴³. La ley ponía a la Comisión de Educación del estado a cargo del sistema. La Comisión está a cargo de diseñar instrumentos de evaluación para comprobar el conocimiento de los estudiantes en áreas y habilidades básicas, y de aplicarlos en determinados puntos de la trayectoria educativa. Las escuelas están obligadas a planificar y a dirigir recursos específicos para mejorar el desempeño de los estudiantes con peores calificaciones, sin tener en cuenta su raza.

Bajo el sistema de Texas, las escuelas y los distritos escolares son evaluados anualmente sobre la base de los resultados de exámenes y otros indicadores, como deserción y tasas de graduación, presentismo, resultados del examen SAT⁴⁴, y promoción de cursos avanzados. El rendimiento relativo es comparado con un grupo de escuelas con características similares, en base a indicadores tales como el rendimiento académico anterior, estatus socioeconómico, etnicidad, y habilidad limitada para el inglés de los estudiantes. Los establecimientos que se desempeñan mejor son identificados y premiados. Los que se desempeñan peor tienen que desarrollar planes específicos de mejoras, con asistencia técnica externa. En el caso de que el mal desempeño continúe, esas escuelas se ponen bajo intervención o en un proceso de reconstitución^{45 46}.

El proceso de Texas es sustancialmente transparente, estando las puntuaciones de las escuelas y distritos escolares y otra información relacionada disponibles en internet. Además, los padres reciben por correo evaluaciones sobre las escuelas de sus hijos. Los casos de la Corte Suprema local generaron una movilización notable de empresas y organizaciones de la sociedad civil; y, al menos en algunas áreas, parece que las reformas generaron también un involucramiento extensivo de los padres en los asuntos escolares⁴⁷. El nuevo enfoque de rendición de cuentas es generalmente visto como el desarrollo reciente más prometedor en materia de reforma de la educación pública. De hecho, algunas jurisdicciones adoptaron iniciativas similares sin una orden judicial previa⁴⁸. Aunque es muy pronto para concluir que los esfuerzos judiciales de esta clase han sido exitosos,

⁴³ Ver *Edgewood Indep. Sch. Dist. v. Meno*, 917 S.W.2d 717, 725-30 (Texas, 1995); ver también el Código Educativo de Texas, Anotado, cap. 39 (Vernon 1996 y Supp. 2004) (que fija los estándares y deberes bajo el programa del Sistema de rendición de cuentas de escuelas públicas. Tanto los esquemas de Texas como de Kentucky, que tienen muchas características comparables, están descritos en Liebman y Sabel, supra nota 16, págs. 231-66.

⁴⁴ [N. de T.] Las pruebas SAT son exámenes estandarizados que hace mucho tiempo se utilizan para la admisión en universidades estadounidenses.

⁴⁵ [N. de T.] Este proceso refiere al reemplazo de todo el personal de una escuela, en casos muy extremos.

⁴⁶ Código Educativo de Texas, Anotado, §§39.023-.028, 39.051-.054, 39.071-.076, 39.093-.095, 39.131 (Vernon 1996 & Supp. 2004).

⁴⁷ Ver Liebman y Sabel, supra nota 16, págs. 233-34, 243-46. No todas las formas de participación pública o "involucramiento" tienen este carácter descentralizado. Algunas veces esos esfuerzos son diseñados, simplemente, para generar información sobre las preferencias de los padres y las prácticas de las escuelas, para el uso de estructuras organizacionales centralizadas, o para generar apoyo de organizaciones de base a programas que ya fueron diseñados por quienes controlan el litigio. El uso de grupos focales basados en prácticas de campañas electorales parece más una movilización verticalista que el desarrollo de una capacidad permanente y local de participación, que contemplan las reformas más ambiciosas.

⁴⁸ La No Child Left Behind Act [Ley para que Ningún niño sea dejado atrás] de 2001, Pub. L. No. 107-110, 115 Stat. 1425 (2002) (codificada en secciones sueltas en 20 U.S.C.), que fue inspirada por el enfoque de Texas, ordena o incentiva la adopción de algunas de las características de aquél pero a nivel nacional. Ver Liebman y Sabel, supra nota 16, págs. 283-300.

hay varias jurisdicciones en las que los tribunales siguen siendo actores claves en los esfuerzos de reforma más ambiciosos. Por último, destacamos que las tendencias análogas a las que se advierten en estas iniciativas sobre educación en general también se advierten en el área de educación especial para personas con discapacidad. La Ley Federal sobre Personas con Discapacidad⁴⁹ y varias leyes estatales crean obligaciones de no discriminar a los estudiantes con discapacidad, de hacer adaptaciones para ellos, y de responder a sus pedidos de servicios de acuerdo con procedimientos determinados. En este caso también los primeros litigios de interés público parecen haber tomado una orientación de comando y control, conteniendo regímenes administrativos elaborados basados en reglas y abocados a cuestiones como el tiempo para procesar las evaluaciones de los estudiantes, la cantidad y formación del personal, y las prácticas para asignar estudiantes a escuelas. Los operadores luego se volvieron insatisfechos con lo que algunos caracterizaron como un enfoque orientado a los insumos, tanto en la supervisión judicial como administrativa⁵⁰. Siguiendo el espíritu del nuevo enfoque de rendición de cuentas en la educación en general, las reformas de 1997 a la Ley Federal de Educación Especial les exigieron a los estados que fijaran metas de cumplimiento y midieran el progreso con evaluaciones estandarizadas⁵¹.

La aparición de una perspectiva orientada a los resultados aparece clara *Vaughn G. v. Mayor and City Council of Baltimore*. En el año 2000, cuando el caso ya tenía casi dos décadas, las partes acordaron en que la complejidad de la orden judicial estaba obstaculizando tanto la implementación como las intenciones de renegociación. El incumplimiento era extendido, y tanto los actores como los demandados estaban trabados en discusiones sobre detalles pequeños que los distraían de sus objetivos centrales. En consecuencia, acordaron reemplazar su detallado “plan de cumplimiento a largo plazo” por una “homologación que aprueba objetivos finales medibles”. La decisión de seis páginas establece dieciséis objetivos y procedimientos específicos para medir el progreso en alcanzarlos. Algunos de estos objetivos se relacionan con la generación de datos y los sistemas de monitoreo para medir el desempeño; otros involucran normas procedimentales, y en ese caso se establecen tasas de cumplimiento (por ejemplo, la orden determina un cumplimiento del 95% con los plazos de procesamiento de postulaciones).

Los otros resultados determinados por *Vaughn G.* se relacionan con objetivos educativos. Por ejemplo, los demandados se comprometieron a aumentar las tasas de egreso escolar de estudiantes con discapacidad de 50% a 57% en tres años, a aumentar la participación de los estudiantes con discapacidad en programas vocacionales en el mismo porcentaje que los estudiantes sin

⁴⁹ 20 U.S.C. §§1400-1487 (2000).

⁵⁰ Ver Thomas Hehir y Sue Gamm, *Special Education: From Legalism to Collaboration*, en *Law and School Reform: Six Strategies for Promoting Educational Equity* [Educación especial: del legalismo a la colaboración, en *Reforma legal y educativa: seis estrategias para promover la equidad educativa*] 205, 234 (Ed. Jay P. Heubert, 1999).

⁵¹ Ver 20 U.S.C. §1412(a)(16)-(17) (2000).

discapacidad, y a proveer al menos al 18% de los estudiantes con discapacidad con servicios requeridos en las escuelas a las que hubieran asistido de no tener una discapacidad. Estas normas fueron derivadas de datos a nivel estadual sobre el desempeño de la educación especial, con algunos ajustes que se negociaron. El desempeño de los demandados bajo este nuevo enfoque ha sido variado, pero parece haber mejorado, y los actores advierten que sus propios esfuerzos de monitoreo están mejor encauzados⁵².

B. Salud Mental

Los casos de salud mental quizás sean la categoría menos controversial del litigio de reforma estructural. Sin dudas, la experiencia judicial típica en esta área ha involucrado las mismas demoras, frustraciones y recalcitrancias que plagaron los esfuerzos en otras áreas. Pero cuanto menos se acepta comúnmente que hubo un nivel moderado de éxito en varios casos que involucran personas con discapacidades del desarrollo. Casualmente o no, la evolución que discute este artículo -de intervenciones de comando y control a intervenciones descentralizadas e indirectas- es especialmente clara y consciente en estos casos.

Los lineamientos del litigio de salud mental fueron establecidos por dos desarrollos convergentes. El primero fue la emergencia de una doctrina legal que reconocía los derechos a un tratamiento y condiciones de vida dignas de las personas que tenían su libertad restringida involuntariamente a raíz de una discapacidad intelectual. A partir de los 1960, los tribunales articularon esos derechos como un asunto de derecho constitucional. Dichos derechos fueron desarrollados en más detalle en la legislación estadual y federal. El Congreso autorizó específicamente al Departamento de Justicia a demandar a las instituciones de salud mental en la Ley de Derechos Civiles de las Personas Institucionalizadas de 1980, y el Departamento lo hizo (con menos celo que lo que los activistas hubieran deseado, pero en mayor medida de lo que sucedió en el caso de las prisiones). Y las barreras procedimentales frecuentemente creadas por los tribunales y las legislaturas en los casos de litigio sobre prisiones en general no estuvieron presentes en el campo de la salud mental⁵³.

El segundo desarrollo fue el del movimiento de desinstitucionalización. Los orígenes intelectuales de este movimiento tuvieron lugar en las profesiones de tratamiento de pacientes. Los reformistas argumentaron que la mayoría de las personas con discapacidad intelectual institucionalizadas en grandes establecimientos públicos estarían mejor de ser externadas, o como residentes

⁵² Ver Sentencia de Homologación que aprueba los últimos resultados medibles, Vaughn G., No. 84-1911 (D. Md., presentado el 4 de mayo de 2000) (en el archivo de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de Harvard); entrevista telefónica con Donna Wulkan, abogada de los actores, Vaughn G. (17 de marzo de 2003); entrevista telefónica con Thomas Hehir, experto designado por el tribunal, Vaughn G. (20 de mayo de 2003). Hehir, un académico con educación de Harvard que influyó fuertemente el cambio en la orientación remedial de Vaughn G., está ayudando a desarrollar un enfoque similar en un caso pendiente de educación especial en Los Angeles, Smith v. Los Angeles Unified School District, CV 93-7044-LEW (GHKx) (C.D. Cal.). En relación con un esfuerzo anterior en esta línea, ver Michael A. Rebell, Allen v. McDonough: Special Education Reform in Boston, en *Justice and the School Systems: The Role of Courts in Education Litigation* [Allen v. McDonough, La reforma a la educación especial en Boston, en La justicia y los sistemas escolares: el rol de los tribunales en el litigio de educación] 70, 74-87 (Ed. Barbara Flicker, 1990).

⁵³ Ver, en general, 2 Michael L. Perlin, *Mental Disability Law: Civil and Criminal* [Derecho sobre la discapacidad intelectual: civil y penal] 3152 (segunda ed., 1999); 3 Perlin, *supra*, págs. 145-281 (segunda ed., 2000).

de instituciones con pequeñas comunidades. La institucionalización limitaba el rango de sus asociaciones personales y sus actividades de un modo que resultaba opresivo y asfixiante, y por ende impedía la rehabilitación; en cambio, una integración mayor en la vida social normal sería ventajosa desde un punto de vista terapéutico. Además, las instituciones pequeñas y comunitarias serían más accesibles al monitoreo formal e informal (tanto por los parientes como por las organizaciones de incidencia) de lo que son las instituciones grandes y aisladas⁵⁴.

La crítica profesional de la institucionalización se mezcló con el impulso libertario de la doctrina legal sobre el encierro. Los abogados progresistas apoyaban un derecho a la intervención eficaz "menos restrictiva". Esto implicaba que la institucionalización no era aceptable cuando una alternativa comunitaria era adecuada, o incluso preferible. Aunque la Corte Suprema nunca aceptó totalmente este principio como parte del derecho constitucional, sí surgió un apoyo a él en leyes y regulaciones⁵⁵.

También hubo grandes incentivos fiscales que apoyaron la desinstitucionalización. Los 1970 fueron un tiempo de presión fiscal, e incluso las peores instituciones de salud mental era caras. La posibilidad de ahorrar dinero al cerrarlas era una opción atractiva tanto para los gobiernos estatales como municipales⁵⁶.

La transición a instituciones comunitarias tenía una afinidad natural con las estructuras administrativas descentralizadas e indirectas. Aunque los organismos públicos algunas veces creaban y administraban sus propias instituciones comunitarias, era más común que buscaran organizaciones no gubernamentales que proveyeran servicios sociales, o incluso empresas, para esos fines. Y hasta los agentes públicos que aceptaban los modelos de comando y control dentro del gobierno no creían que estos fueran aplicables a la subcontratación de servicios públicos.

En palabras de Ronald Wisor:

El movimiento hacia las instituciones comunitarias transforma dramáticamente la función del gobierno de un proveedor del cuidado a un garante del cuidado. En este nuevo rol, la responsabilidad primaria del estado es establecer estándares de control de calidad detallados como la base de los contratos con los proveedores de servicios, y luego monitorear de cerca el desempeño para asegurar que esos estándares son respetados⁵⁷.

⁵⁴ Ver, en general, *Deinstitutionalization: Promise and Problems* [Desinstitucionalización, promesas y problemas] (Richard Lamb y Linda Weinberger, eds., 2003).

⁵⁵ Ver, por ejemplo, *Compilación oficial del Estado de Nueva York de Códigos, Reglas y Regulaciones*, tit. 14, §36.4(c)(2) (2003) (que requiere un plan de asignación para el alta de pacientes con afecciones mentales para intentar "capitalizar las fortalezas para permitir la asignación comunitaria menos restrictiva posible); id., §586.1(b) ("las residencias comunitarias son operadas para implementar el principio de la 'alternativa menos restrictiva'").

⁵⁶ Ver 3 Perlin, *supra* nota 42, págs. 65-74.

⁵⁷ Ronald L. Wisor, Jr., *Community Care, Competition and Coercion: A Legal Perspective on Privatized Mental Health Care* [Cuidado comunitario, competencia y coerción: una perspectiva legal sobre el cuidado a la salud mental privatizado], 19 *American Journal of Law and Medicine*, 145, 154-55 (1993).

Por ende, los casos de salud mental se enfocaron en dos clases de reformas. Primero, en tanto y en cuanto las grandes instituciones públicas siguieran abiertas, los tribunales intentaron hacerlas cumplir con los estándares mínimos de seguridad, sanidad, trato humano y tratamiento médico efectivo. En segundo lugar, los tribunales intentaron remplazar gradualmente estas instituciones por otras comunitarias. El cambio en la tendencia remedial desde el viejo derecho de interés público hacia el nuevo puede verse tanto en los esfuerzos por cambiar las viejas instituciones como en el paso a un modelo de cuidado comunitario.

La orientación de comando y control es clara en las decisiones de dos de los casos más conocidos de salud mental: *Wyatt v. Stickney*⁵⁸, que discutió las instituciones para personas con discapacidades psiquiátricas y del desarrollo en Alabama, y *New York State Ass'n for Retarded Children v. Carey*⁵⁹, relacionado con el instituto Willowbrook para personas con discapacidad del desarrollo en la ciudad de Nueva York. Cada una de las decisiones declaró varios derechos y obligaciones en términos generales, como el derecho de los pacientes a la "privacidad" y la obligación de proveer cuidado médico "adecuado". Cada uno incorporó también, por referencia, estándares aparentemente cambiantes establecidos por organizaciones con conocimiento relevante en el tema. Por ejemplo, la decisión de Alabama requería una dieta que cumpliera con los estándares nutricionales prescritos por la Academia Nacional de Ciencia.

Sin embargo, con relación a una amplia gama de asuntos las órdenes eran directas y específicas. La decisión en *Wyatt*, por ejemplo, ordenó que hubiera al menos un sanitario cada ocho pacientes, no más de seis pacientes por habitación, al menos 80 pies cuadrados de espacio por paciente en cada habitación, al menos diez pies cuadrados de espacio por persona en los comedores, temperaturas en los ambientes de entre 83 y 68 grados Fahrenheit, agua caliente a 110 grados Fahrenheit, y proporciones mínimas de pacientes-empleados para 35 categorías de personal⁶⁰.

Cinco años después de esta decisión, los demandados pidieron una modificación alegando que los procedimientos ordenados por el tribunal eran demasiado rígidos. Adujeron que muchos de los procedimientos de mantenimiento de registros y monitoreo eran "ritualistas e insignificantes". Además, varios de los estándares sobre tratamiento resultaron no tener sentido. Por ejemplo, el requisito de proveer seis horas por día de entrenamiento para cada residente era inapropiado para algunos residentes con discapacidades muy severas (que, de hecho, eran la mayoría de los pacientes dado que aquellos con discapacidades más leves fueron transferidos a instituciones comunitarias). Estos pacientes no habían demostrado ninguna capacidad de beneficiarse de un entrenamiento tan exhaustivo; por el contrario, en ocasiones resultaba una experiencia no placentera y demasiado exigente para ellos. Sin embargo, el tribunal denegó la petición, sosteniendo que las disposiciones en cuestión,

⁵⁸ 344 F. Supp. 373 (M.D. Alabama, 1972).

⁵⁹ 393 F. Supp. 715 (Distrito del Este de Nueva York, 1975).

⁶⁰ Ver *Wyatt*, 344 F. Supp. págs. 379-86; id. págs 395-407.

incluido el requisito de seis horas de entrenamiento, eran esenciales para el “derecho constitucional” de cada residente a un tratamiento efectivo⁶¹.

En el caso de Willowbrook, los demandados cuestionaron con éxito varias obligaciones específicas⁶², pero aceptaron algunas restricciones que eran relevantes para los actores. Una de estas disposiciones resultó ser especialmente discutida. La orden judicial requería que los miembros de la clase actora con discapacidades moderadas fueran transferidos a instituciones comunitarias con no más de quince camas, y que los pacientes con discapacidades más severas fueran transferidos a instituciones con no más de diez camas. Algunos años más tarde, los demandados le pidieron al tribunal que modificara su decisión para permitir transferencias de pacientes a instituciones de hasta cincuenta camas. Argumentaron que las instituciones comunitarias pequeñas eran más difíciles de desarrollar de lo que habían anticipado, y que los beneficios terapéuticos de las instituciones más grandes eran comparables. Como su par de Alabama, el tribunal federal de primera instancia de Nueva York denegó la petición, pero la Cámara de Apelaciones del Segundo Circuito dejó sin efecto esa decisión. La Cámara citó una decisión reciente de la Corte Suprema que sugería que un tratamiento acorde a un “juicio profesional” era suficiente a los fines constitucionales, y rechazó la pretensión a un derecho a la alternativa menos restrictiva⁶³. El tribunal se basó también en el principio de deferencia a los agentes de la administración pública en asuntos que entraban dentro de su discrecionalidad⁶⁴.

De alguna manera, los demandados de Wyatt probablemente tenían el mejor argumento. La negativa del tribunal de Wyatt a modificar su decisión conforme a la experiencia parece haber reflejado más su fuerte desconfianza hacia los demandados que su visión sobre el fondo del asunto. Por el contrario, la insistencia del Segundo Circuito en la deferencia administrativa una década más tarde parece basarse principalmente en la ansiedad que generaba que los tribunales estuvieran siendo involucrados en la “micro-gestión” y resolución de cuestiones de política pública sobre las que no tenían un conocimiento especial. Casos más recientes de interés público en materia de salud mental abandonan esta clase de especificidad en favor de formas de control más indirectas. Las decisiones se enfocan en objetivos más amplios y le dan a los demandados autonomía suficiente para determinar cómo alcanzarlos; ordenan mediciones precisas y obligaciones de informar respecto de su obtención; e institucionalizan mecanismos permanentes de reevaluación, disciplina y participación.

Una decisión reciente en un caso discutido por mucho tiempo que cuestionaba las condiciones de la institución para personas con discapacidad mental en el

⁶¹ El escrito del demandado y la decisión del tribunal fueron reimprimados en 1 Paul R. Friedman, *Legal Rights of Mentally Disabled Persons* [Los derechos de las personas con discapacidad mental] 813-60 (1979). Ver id., págs. 816-17, 822-33, 853-55.

⁶² Ver David J. Rothman y Sheila M. Rothman, *The Willowbrook Wars* [Las guerras de Willowbrook] 114- 19 (1984).

⁶³ *N.Y. State Ass'n for Retarded Children v. Carey*, 706 F.2d 956, 964-65 (Segundo Circuito, 1983) (con citas de *Youngberg v. Romeo*, 457 U.S. 307, 319 (1982)); ver también infra, Sección IV.A.

⁶⁴ Ver *Carey*, 706 F.2d, pág. 965.

Distrito de Columbia es ilustrativa de esta tendencia. El "Plan de Cumplimiento" negociado por las partes y aprobado por el tribunal evitó expresamente "prescripciones detalladas de políticas y procedimientos y capacitación del personal". En cambio, adoptó un enfoque alternativo, en el que las partes y los expertos que ellas recomendaran tenían una oportunidad significativa de dar sus aportes en las políticas propuestas y en las iniciativas de capacitaciones antes de que se adoptaran, y los demandados podían analizar cuidadosamente esos aportes. En cada sección del plan donde se identificaba la necesidad de una política o procedimiento nuevo o modificado, se requería que el proceso de toma de decisiones conllevara colaboraciones estrechas entre los actores, los intervinientes (el Departamento de Justicia de los Estados Unidos), y los expertos que ellos recomendaran, antes de la adopción de esas políticas y procedimientos. Sin embargo, la decisión final sobre las políticas, procedimientos y programas de capacitación seguiría siendo de los demandados, en el entendimiento de que, si no abordaban los problemas serios presentados por los actores y el tercero, esto podría resultar en problemas de cumplimiento más adelante. En el análisis final, lo que se requiere es el cumplimiento con los criterios de resultados específicos, y las tareas identificadas son solo medios para ese fin⁶⁵. El plan consiste en una serie de metas presentadas de manera genérica (por ejemplo, "rehabilitación individualizada apropiada, y tratamiento en la comunidad en el entorno menos separado, más integrado y menos restrictivo"). Cada meta es acompañada por una serie de "tareas" específicas (por ejemplo, preparar planes individuales de servicio al menos anualmente para cada paciente) y de "criterios de resultado" (por ejemplo, que el paciente reciba los servicios identificados en su plan individual). El plan luego especifica el "método para evaluar el cumplimiento" para cada clase de criterio de resultado. El cumplimiento con la meta de provisión de servicios es evaluado revisando una base de datos computarizada de información sobre planes individuales, documentos sobre quejas, observación directa de muestras al azar del diez por ciento de los pacientes de los programas, y entrevistas con los administradores del caso y defensores.

Esto planes, tal como son elaborados, no siempre cumplen con su compromiso retórico de enfocarse en "resultados". Un resultado es algo tan deseable en sí mismo como el bienestar físico, la salud, o las habilidades de la vida cotidiana. Sin embargo, es frecuente que los planes no busquen medir estos deseos del mismo modo en que los nuevos regímenes educativos buscan medir la enseñanza. Los "resultados" de los planes de salud mental miden en verdad procedimientos. El Plan del Distrito de Columbia, por ejemplo, mide si los servicios fueron prescritos de manera apropiada y provistos de acuerdo con esa prescripción, no si los servicios han mejorado en los hechos la vida de sus receptores. Si esta indefinición refleja las dificultades de desarrollar verdaderas medidas de resultados en este campo o el fracaso de los operadores para apreciar todo

⁶⁵ Plan de cumplimiento y conclusiones de *Evans v. Williams* de 2001, puntos 6-7 (Civil Action No. 76 293 SSH) (tribunal de primera instancia del Distrito de Columbia, presentado el 23 de enero de 2001) (notas al pie omitidas) (en el archivo de la biblioteca de la Facultad de Derecho de Harvard) [de ahora en más, el plan de D.C.], adoptado en *Evans v. Williams*, 139 F. Supp. 2d 79, 85 (D.D.C. 2001). Un ejemplo comparable es el plan de remediación adoptado en *United States v. Connecticut*, No. N-86-252 (Distrito de Connecticut, decisión del 21 de abril de 1998) (en archivo en la biblioteca de la Facultad de Derecho de Harvard).

el potencial del enfoque que han apoyado sigue siendo una cuestión sujeta a debate⁶⁶. En cualquier caso, incluso en esta forma “salomónica”, la intención y el efecto de esos planes es reducir la dependencia de reglas específicas predeterminadas.

El plan del Distrito de Columbia institucionaliza la participación a corto plazo de la clase actora mediante reuniones periódicas con los demandados realizadas por un special master, o por un “controlador independiente del tribunal”. También crea una institución permanente diseñada para facilitar la rendición de cuentas ante los pacientes y de sus familias. Esta institución es una organización sin fines de lucro independiente, el Fondo de Calidad para las Personas con Discapacidad. El Distrito de Columbia se comprometió a asignar al Fondo de Calidad \$11 millones inicialmente, y a proveer entre 1.5\$ y \$2 millones anuales, por diez años. La Comisión Directiva del Fondo fue designada por el alcalde, de entre una lista generada de modo conjunto por las partes; las vacancias ulteriores se llenarían por el voto de los miembros restantes. El fondo tiene un mandato amplio para monitorear los programas del distrito para las personas con discapacidad del desarrollo y para defender a los pacientes. Esto incluye la capacidad de demandar judicialmente al distrito. Más importante aún, el fondo tiene amplio acceso a la información sobre el desempeño de los programas del distrito para las personas con discapacidad del desarrollo.

Estas intervenciones judiciales parecen haber traído un cambio positivo. Las terribles condiciones de muchas instituciones de custodia fueron mejoradas, y varios pacientes fueron transferidos a instituciones comunitarias que ofrecen mejores condiciones y están sujetas a regímenes de monitoreo muy prometedores⁶⁷. Seguramente ningún caso se ha acercado a cumplir con todas las expectativas de quienes lo promovieron, y el sistema de salud mental sigue plagado de fallas desastrosas. Muchas personas anteriormente institucionalizadas en grandes establecimientos han sido externadas sin un cuidado o protección apropiados. Algunas han sido simplemente abandonadas,

⁶⁶ No hay dudas de que la medición del bienestar físico es difícil y controversial. Sin embargo, el plan de D.C. ignora algunos resultados que son fácilmente medibles, en favor de medidas menos directas. Por ejemplo, el cumplimiento con el objetivo de prevenir el daño físico accidental e intencional se mide solo en término de cumplimiento con las políticas para reportar, e investigar y dar seguimiento a los incidentes que generan lesiones. El “criterio de resultados” no incluye el número o la seriedad de las lesiones, que sin dudas es el “resultado” más pertinente. Plan de D.C., supra nota 54, págs. 31-32.

⁶⁷ Ver *Halderman v. Pennhurst State Sch. & Hosp.*, 995 F. Supp. 534, 548 (Distrito del este de Pensilvania, 1998) (que encuentra una mejora sustancial en favor de los miembros de la clase a partir de cambios ordenados en el litigio de Pensilvania); L. Ralph Jones y Richard R. Parlour, *Wyatt v. Stickney: Retrospect and Prospect* [Wyatt v. Stickney: retrospectiva y perspectiva], págs. xi-xii (1981) (advirtiendo cambios positivos luego de Wyatt); Rothman y Rothman, supra nota 51, págs. 177-219 (que describe los esfuerzos exitosos por desarrollar asignaciones comunitarias y un sistema de monitoreo de los subcontratistas, bajo la decisión de Willowbrook; Wisor, supra nota 46, págs. 152-53 (que evalúa positivamente el sistema de asignaciones comunitarias y monitoreo de subcontrataciones establecidos bajo una sentencia homologaría en el litigio de Massachussets, pero también advierte que el poder del litigio para generar ese cambio es “bastante limitado”). Una investigación reciente del New York Times sobre las instituciones comunitarias de cuidado de Nueva York para los individuos con discapacidades psiquiátricas (a diferencia de actores con discapacidades del desarrollo, como en “Willowbrook”), descubrió condiciones deplorables. Ver Clifford J. Levy, *For Mentally Ill, Death and Misery* [Para las personas con afecciones de la salud mental, muerte y miseria], New York Times, 28 de abril de 2002, A1; Clifford J. Levy, *Voiceless, Defenseless and a Source of Cash* [Los que no tienen voz, los que no tienen defensa, y una fuente de dinero], New York Times, 30 de abril de 2002, A1. Estos descubrimientos ilustran la importancia de un monitoreo vigoroso en cualquier sistema de provisión de servicios a personas vulnerables. Los miembros de la clase de Willowbrook parecen haber estado mucho mejor. La sentencia homologatoria provee dos protecciones que no están disponibles para quienes no son miembros de la clase. Primero, hay una Comisión de Defensa de los Consumidores, cuyos miembros se designan por el estado de listas de candidatos remitidas por los actores, y que tiene un personal de tiempo completo de treinta personas que defiende a los residentes. En segundo lugar, los coordinadores del servicio de Medicaid con responsabilidad por los miembros de la clase solo tienen a cargo casos de veinte personas, la mitad de lo usual. Entrevista telefónica con Beth Haroules, abogado de la New York Civil Liberties Union y patrocinante de la clase de Willowbrook desde 1994 (octubre de 2002); correo electrónico de David J. Rothman, Profesor de Historia, Universidad de Columbia, y consultor de la clase de Willowbrook, dirigido William H. Simon (julio de 2002).

otras libradas a la suerte de subcontratistas mal pagos o mal monitoreados. Sería injusto, sin embargo, culpar al litigio de reforma estructural por estas fallas.

C. Prisiones

Los cuestionamientos al sistema penitenciario de Arkansas en 1969 y de Texas en 1972 dieron inicio a un periodo de intervención judicial enorme en las prisiones y cárceles del país. Las condiciones de las prisiones en cuarenta y un estados fueron declaradas inconstitucionales, como lo fueron también las condiciones de cientos de cárceles en todo el territorio. En diez estados, de acuerdo con lo que informan Malcolm Feely y Edward Rubin, la intervención judicial estuvo “dirigida virtualmente a cada aspecto de todas las instituciones”. Y agregan:

Los tribunales federales terminaron promulgando un código omnicompreensivo de administración de las prisiones, cubriendo asuntos tan variados como áreas de residencia, sistemas sanitarios, comida, vestimenta, cuidado médico, disciplina, contratación de personal, bibliotecas, trabajo y educación, Las decisiones en sí mismas, y muchas veces el cuerpo de normas que resultaba de ellas, determinaban requisitos en lo que puede ser descripto, dependiendo del punto de vista de cada uno, como un detalle meticuloso o insoportable. El voltaje de las bombillas de luz de las celdas, la frecuencia de las duchas, el contenido calórico de las comidas, todo eso era parte de los códigos que promulgaban los tribunales federales⁶⁸. La fase de implementación de muchos de estos casos ha durado décadas.

En general, los casos parecen haber traído mejoras significativas. En especial en los sistemas más complicados de los estados sur, la intervención ha llevado a la eliminación del uso autorizado o de rutina de la tortura; el abandono del trabajo para sujetos privados por parte de los presos, de la utilización de los presos para infligir castigos en las prisiones, y de otras estructuras gerenciales con mucho potencial para el abuso. Ha generado también cambios en el personal, la capacitación y la supervisión que profesionalizaron a los directivos; y ha traído al menos un mejoramiento moderado de la calidad material del encierro. Aunque muchas de las instituciones siguen siendo espacios sobrepoblados y peligrosos, son mejores de lo que eran, en varios aspectos⁶⁹.

Los cambios fueron apoyados en algunos sentidos, y dificultados en otros, por el hecho de que sucedieron en medio de un incremento inducido de la población carcelaria. Por un lado, el desorden creado por esta expansión abrió el sistema a cambios: implicaba la incorporación de nuevo personal y generaba presión, independientemente de las exigencias de los actores, por estructuras de dirección más eficaces. Por otro lado, la expansión y el desorden generaban mayor presión fiscal. Los reformistas tenían que encontrar recursos para pagar las mejoras de los prisioneros actuales al mismo tiempo que el sistema estaba creciendo para incorporar más.

⁶⁸ Feeley y Rubin, *supra* nota 6, págs. 40-41.

⁶⁹ *Id.*, 73, 93-95

En 1990, Susan Sturm advirtió algunos indicios de un cambio desde los modelos de comando y control hacia una regulación experimentalista (o lo que ella llamó “enfoque catalizador”)⁷⁰. Señaló casos en Hawai y Pensilvania en los que los tribunales, en vez de componer categorías omnicomprendivas de reglas específicas, le ordenaban a las partes y a sus expertos que formularan estándares generales de desempeño y luego establecieran cuerpos de monitoreo que tuvieran responsabilidad sustancial frente a los actores⁷¹. Más o menos al mismo tiempo, comenzó un movimiento para privatizar los servicios penitenciarios. Este movimiento implicó subcontratar prácticas análogas a las del campo de la salud mental, aunque en una escala más moderada. En general, esos servicios eran los de baja seguridad, instituciones de servicios intensivos -como casas de medio camino o centros para personas próximas a su liberación-, o servicios médicos en instituciones cerradas. En algunos casos, la subcontratación llevó a la fijación de estándares y de prácticas de monitoreo semejantes a las de las instituciones de salud mental. Liberó a algunos funcionarios ambiciosos de la rigidez asociada con las reglas de la administración pública, las prácticas de los sindicatos, y una fuerza de trabajo cerrada. De acuerdo con J. Michael Keating Jr., algunos funcionarios veían a la subcontratación como “una oportunidad no solo de identificar y clarificar objetivos, sino también de crear estructuras de incentivos designadas para promover el cumplimiento de esas metas”⁷² (aunque, por supuesto, de no haber supervisión por parte de las autoridades públicas la privatización también da lugar a abusos). Algunos esfuerzos aumentaron el apoyo para la creación de procesos con acreditación nacional, especialmente los de la Asociación Correccional Estadounidense y la Comisión Nacional sobre Salud de la Asociación Médica Estadounidense⁷³.

Un desarrollo adicional fue la formación en varios estados, sea por iniciativa legislativa o administrativa, de cuerpos administrativos para monitorear las prisiones. Comúnmente, estos cuerpos operan tanto respondiendo a las quejas como con un proceso proactivo de auditorías. Los remedios de los juicios en

⁷⁰ Susan Sturm, *Resolving the Remedial Dilemma: Strategies of Judicial Intervention in Prisons* [Resolviendo el dilema remedial: estrategias de intervención judicial en las prisiones], 138 *University of Pennsylvania Law Review*, 805, 856-59 (1990).

⁷¹ Ver *id.*, 859 (discusión sobre *Jackson v. Hendrick*, 321 A.2d 603 (Pensilvania, 1974); y *Spear v. Ariyosha*, No. 84-1104 (Distrito de Hawai, 12 de junio de 1985)).

⁷² J. Michael Keating, Jr., *Public over Private: Monitoring the Performance of Privately Operated Prisons and Jails*, en *Private Prisons and the Public Interest* [Público sobre Privado: el monitoreo del desempeño de las prisiones y cárceles gestionadas de forma privada, en Prisiones privadas y el interés público], 130, 134 (Ed. Douglas C. McDonald, 1990)

⁷³ Una parte importante del proceso de acreditación de la Asociación Correccional Estadounidense (ACE) es una serie de cerca de cien “medidas de resultados”, que incluyen “el número de reclamos por pago a los trabajadores presentados por lesiones que resultaron del entorno físico (divididos por el número de las posiciones de personal); el “número de instancias en las que se usó la fuerza” (dividida por la población de infractores); y el “número de infractores liberados en los últimos dos meses que continúan el tratamiento por abuso de sustancias por seis meses luego de su salida” (dividido por el número de infractores que salieron durante los últimos doce meses). Los ajustes entre paréntesis están diseñados para posibilitar las comparaciones entre instituciones. Ver Asociación Correccional Estadounidense, *medición de resultados ACRS, hoja de trabajo*, disponible en http://www.aca.org/images/form_acrsoutcome.pdf (última visita 11 de enero de 2004). Los defensores de los presos rechazan la acreditación de la Asociación, recalcando que el proceso incluye solamente al personal correccional, y que las auditorías no son públicas. También acusan a la Asociación de tener un procedimiento de monitoreo del cumplimiento muy laxo. Ver, por ejemplo, Elizabeth Alexander, *What’s Wrong With the ACA?*, [¿Qué es lo que está mal con la ACE?], 5 *National Prison L. Project Journal* 1 (2001); entrevista telefónica con David Fathi, abogado, Proyecto de Prisiones de la ACLU (18 de julio de 2002). Sin embargo, las decisiones homologatorias algunas veces incorporan estándares de la ACE en regímenes de monitoreo más elaborados, individualizados. Ver William J. Rich, *Prison Conditions and Criminal Sentencing in Kansas: A Public Policy Dialogue* [Las condiciones de las prisiones y las sentencias penales en Kansas: un diálogo de política pública], 11 *Kansas Journal of Law & Public Policy* 693, 702-04 (2002); entrevista telefónica con Mellie Nelson, Jefe Adjunto, Sección de litigio especial de la División de derechos civiles del Departamento de Justicia de los Estados Unidos (23 de septiembre de 2002).

muchos casos también impulsaron la creación de estos cuerpos de monitoreo⁷⁴.

Estos esfuerzos nunca fueron tan ambiciosos como las iniciativas análogas en materias de educación y salud mental. Claramente, hay mucha más resistencia pública a la participación de los presos y de sus defensores en la formulación de políticas públicas y en la administración, que a la participación de los pacientes de salud mental y sus defensores y, *a fortiori*, de los padres de los niños en escuelas. Y la resistencia natural de los administradores a la apertura al público de datos de desempeño ha sido menos cuestionada en el campo de las prisiones.

Un contrataque muy fuerte contra la intervención judicial tuvo lugar hacia el final de los 1980. Desde entonces, los casos de la Corte Suprema y las normas del Congreso han dispuesto que haya deferencia hacia el conocimiento de la administración pública, y han insistido en que la intervención judicial se circunscriba. Por ejemplo, un caso de la Corte Suprema que dejó sin efecto *injunctions*⁷⁵ de un tribunal inferior en materia de prisiones condenó enfáticamente el nivel de detalle (al igual que el alcance) de una decisión sobre las bibliotecas de las prisiones.

La orden especificaba con pormenores los horarios en que las bibliotecas tenían que permanecer abiertas, el número de horas de uso de la biblioteca a las que cada preso tenía derecho (10 por semana), los requisitos mínimos de educación de los bibliotecarios de las prisiones (un título en bibliotecología, derecho, o paralegal), el contenido de un curso de investigación legal grabado para los presos, y asuntos similares⁷⁶. Todos los jueces estuvieron de acuerdo en que esta orden había ido muy lejos. En 1996, el Congreso se involucró y sancionó la Ley de Litigio de Reforma Penitenciaria, que impuso una serie de limitaciones procesales sobre esa clase de litigio en los tribunales federales⁷⁷.

⁷⁴ Sobre organismos administrativos ver, por ejemplo, Código Penal de California, §§6125-6129 (Deering 2003) (que crea un Inspector General para las Prisiones); Fla. Stat. Ann. §20.315(6) (West 2003) (que crea la Comisión Correccional de Florida); 37 Tex. Admin. Code §251 (West 2003) (que especifica las prácticas y procedimientos de la Comisión sobre estándares de cárceles). Sobre remedios de litigios que fijan procedimientos de monitoreo, ver las sentencias homologatorias en *United States v. Michigan*, No. 97-CVB-71514-BDT (Distrito este de Michigan, 17 de agosto de 1999), y *United States v. Arizona*, No. 97-476-PHX-ROS (Distrito de Arizona, 11 de Marzo de 1999) (que provee procedimientos de queja para reclamos sobre conducta sexual inapropiada y crea una oficina administrativa para monitorear el proceso y recomendar respuestas sistemáticas para problemas recurrentes), ambas disponibles en <http://www.usdoj.gov/crt/split/findsettle.htm#Settlements>. Ver también el acuerdo de *United States v. Nassau County Sheriff's Dep't* (Distrito Este de Nueva York, 22 de abril de 2002) [de ahora en más, Acuerdo del condado de Nassau] (que provee la creación de un sistema de aseguramiento de la calidad y el mejoramiento para el cuidado médico y de salud mental), disponibles en http://www.usdoj.gov/crt/split/documents/Nassa_sher_agreem.htm

⁷⁵ [N. de T.] Una *injunction* es una clase remedio que prácticamente no tiene límites en cuanto a las características que puede asumir, dando mucha discrecionalidad a los tribunales. Puede tener tanto carácter cautelar como definitivo, y ordenar una conducta positiva o negativa.

⁷⁶ *Lewis v. Casey*, 518 U.S. 343, 347 (1996). El Juez Thomas describe la decisión en más detalle en las tres páginas de su concurrencia. Ver id. págs. 390-92 (concurrencia del Juez Thomas).

⁷⁷ Pub. L. No. 104-134, 110 Stat. 1321 (1996) (codificado con sus reformas en 11 U.S.C. §523(a) (2000); en 18 U.S.C. §3624(b), 3626 (2000); y en secciones sueltas de 28 y 42 U.S.C.). La ley requiere, entre otras cosas, que las *injunctions* contra los administradores de las prisiones sean "el medio menos intrusivo necesario para corregir la violación"; que luego de dos años los tribunales dejen sin efecto las *injunctions* en base a las solicitudes de los demandados, a menos que los actores prueben violaciones continuadas; que los presos agoten las vías administrativas; que los presos sean sancionados por peticiones "frívolas"; que las acciones de daños sean rechazadas a menos que se alegue una lesión física; y que los honorarios de abogados que otorga un tribunal estén sujetos a límites que no se aplican a la mayoría de las acciones civiles. Ver, en general, John Boston, *The Prison Litigation Reform Act* [La Ley de Litigio de Reforma Penitenciaria], en 1 *16th Annual Section 1983 Civil Rights Litigation* 687, 693 (PLI Litig. & Admin. Practice Series, Course Handbook Series No. H-640, 2000) (que resume los principios de la ley); David M. Adlerstein, *Nota estudiantil, In Need of Correction: The "Iron Triangle" of the Prison Litigation Reform Act* [En necesidad de corrección: el "triángulo de acero" de la ley de litigio de reforma penitenciaria], 101 *Columbia Law Review* 1681, 1685-87 (2001) (que discute el requisito de agotamiento de la ley). La legislación estadual comparable ha inhibido el litigio en los tribunales locales en algunas jurisdicciones. Ver Christopher E. Smith, *The Governance of Corrections: Implications of the Changing Interface of Courts and Corrections* [La gobernanza de los departamentos correccionales: implicancias de la interfase cambiante de los tribunales y los departamentos correccionales], en 2 *Criminal Justice 2000: Boundary Changes in Criminal Justice Organizations* [Justicia Penal 2000: cambios en los límites en las organizaciones de justicia penal] 113, 141 (Ed. Charles M. Friel, 2000).

Al igual que en el campo de la salud mental, los tribunales de apelación se volvieron crecientemente intolerantes hacia las órdenes de los tribunales inferiores que imponían limitaciones detalladas, como requisitos mínimos de espacio o restricciones solo indirectamente relacionadas con violaciones legales, como capacitaciones o requisitos de contratación de personal⁷⁸.

A pesar del número creciente de limitaciones legales y políticas, el volumen de litigio sobre prisiones sigue siendo sustancial, y aunque las órdenes estructurales tienden a ser más acotadas que en el pasado, siguen siendo frecuentes⁷⁹. Entre estas órdenes estructurales algunas parecen haber mutado hacia un modo más experimentalista de intervención. Un ejemplo de esto es *Sheppard v. Phoenix*⁸⁰, un caso de cuestionamiento a las prácticas del uso de la fuerza en unidades de máxima seguridad de las cárceles de la Ciudad de Nueva York. En 1998, las partes llegaron a un acuerdo que obligaba al Departamento Correccional a desarrollar e implementar nuevas políticas bajo la guía de dos expertos con extensa experiencia en reforma carcelaria, y bajo parámetros amplios establecidos en una "estipulación" de 104 párrafos. En su informe sobre el proceso de implementación, el tribunal notó que "la estipulación fue implementada para alcanzar sus metas, no para ajustarse a sus términos exactos". Aunque el Departamento adoptó varias políticas escritas, el informe del tribunal enfatizó el proceso de revisión, capacitación y monitoreo continuo, no las especificidades de las políticas. Los esfuerzos de monitoreo incluyeron un sistema mejorado de quejas para los presos, la grabación de situaciones de uso de fuerza que podían anticiparse, la instalación de cámaras en lugares aislados donde era esperable que ocurrieran incidentes, procedimientos detallados de informe e investigación para cada incidente, y la supervisión del Inspector General del Departamento, un agente independiente de la autoridad jerárquica del personal. A medida que surgían problemas, las políticas se revisaban. Por ejemplo, los incidentes reportados mostraban un gran número de altercados violentos entre presos y guardias que se generaban a partir de la negativa de los presos a cerrar los buzones de comidas. Estas negativas, en general acompañadas de gritos, se consideraban disruptivas y frecuentemente generaban que los guardias entraran a las celdas para forzar su cumplimiento. La investigación mostró que esos presos en general estaban protestando por la falta de consideración de sus exigencias legítimas de servicios. El Departamento respondió proveyendo entrenamientos para guardias sobre el modo adecuado de reaccionar y asignando consejeros de servicios sociales a la unidad. Los presos que se negaban repetidamente a cerrar sus buzones eran asignados a celdas especiales que minimizaban el contacto entre presos y guardias⁸².

⁷⁸ Ver, por ejemplo, *Ruiz v. Estelle*, 679 F.2d 1115, 1144, 1148 (Quinto Circuito, 1982) (que deja sin efecto unas decisiones que requerían que no hubiera más de un preso por celda y reorganizaban la estructura directiva de la prisión).

⁷⁹ En 1984, el 24.3% de las instalaciones de prisiones estatales estaban sujetas a órdenes judiciales; en 2000, el 22,7%. Las cifras para las cárceles eran 15,1% en 1984 y 13,4% en 2000. El cambio en el alcance de las órdenes es más marcado. Un tercio de las órdenes en 1984 tenía de 12 a 13 asuntos bajo su regulación, y casi un tercio, de uno a tres. Para 1995, sin embargo, solo el 20% tenía doce o más, y cerca de dos tercios, de uno a tres. Margo Schlanger, *Inmate Litigation After the Deluge: Part II* [Litigio de personas privadas de su libertad luego de Deluge: Parte II], *Court Order Cases 9, 19* (26 de julio de 2002) (manuscrito no publicado, en el archivo de la biblioteca de la Facultad de Derecho de Harvard).

⁸⁰ 210 F. Supp. 2d 450 (Distrito sur de Nueva York, 2002)

⁸¹ *Id.*, 452.

⁸² *Id.*, 455.

El tribunal basó su decisión de terminar su jurisdicción en las mejoras de desempeño que midió. Las medidas incluían la cantidad de lesiones y de incidentes de uso de la fuerza, los tiempos de procesamiento de las investigaciones y cargos disciplinarios contra los guardias, y los reclamos sobre días de licencia médica y salariales de los guardias (que el tribunal trató como representativos tanto del bienestar físico como moral de aquéllos⁸³). El tribunal solo habló sobre la tendencia interna, y no hizo evaluaciones comparativas ni explicó por qué los resultados actuales debían ser considerados adecuados. Sin embargo, está claro que el tribunal definió el cumplimiento en base a objetivos básicos, y no a la conformidad con ciertas reglas.

Mientras que los abogados de los actores en *Sheppard* aceptaron que las cárceles habían hecho progresos importantes, también señalaron áreas en las que el cumplimiento se había estancado. La especificidad de sus críticas evidencia, sin embargo, que el sistema de monitoreo era suficientemente informativo para guiar reformas en el futuro. Los abogados de los actores pueden, por ejemplo, documentar una tendencia a la suba de los incidentes de uso de la fuerza cuando llega personal nuevo, lo que los lleva a recomendar mejoras en las capacitaciones y la supervisión de las búsquedas laborales. También pueden atribuir fallas específicas en los sistemas de reporte a cierto personal en particular, y monitorear las sanciones aplicadas por incumplimiento de la decisión⁸⁴.

Plata v. Davis, un caso sobre una serie de cuestionamientos recientes a los servicios de salud en las prisiones, muestra un nivel similar de progreso⁸⁵. En un acuerdo muy conocido, el Departamento Correccional de California aceptó un remedio estructural centrado en un sistema que asegurara calidad con una rendición de cuentas significativa hacia profesionales externos y los miembros de la clase actora. El remedio estipulado en *Plata* no contiene, prácticamente, directivas sustantivas. En cambio, los demandados aceptaron promulgar políticas escritas y monitorear su cumplimiento de manera específica.

En primer lugar, el plan establece un panel de expertos a acordar por las partes, y prevé que las partes y los expertos desarrollen juntos de un "Instrumento de Auditoría" para puntuar el cumplimiento con las políticas. El plan también especifica el número mínimo de casos a auditar, el modo de selección, el proceso para resolver disputas entre auditores, y la puntuación mínima requerida para considerar que hay cumplimiento. En caso de incumplimiento, los actores tienen derecho a pedir un remedio ulterior no especificado.

El instrumento de auditoría tiene unos 125 elementos de cumplimiento. Muchos son procedimentales, y estos tienden a tener forma de una regla típica del viejo derecho de interés público: ¿se revisó a los pacientes en determinado

⁸³ Ver id., 456-60.

⁸⁴ Ver el informe de los actores al tribunal sobre la estipulación del acuerdo en *Sheppard v. Phoenix*, 210 F. Supp. 2d 450 (distrito del sur de Nueva York, 2002) (No. 91 Civ. 4148 (RPP)).

⁸⁵ Estipulación para un remedio de injunctons, *Plata v. Davis*, No. C-01-1351 TEH (Distrito del Norte de California, 29 de enero de 2002) [de ahora en más, Estipulación de Plata], disponible en <http://www.prisonlaw.com/platastip.pdf>. Para otro caso en esta misma línea, ver Acuerdo del Condado de Nassau, supra nota 63.

plazo? ¿Se documentaron adecuadamente las quejas y la historia médica? ¿Se proveyó un tratamiento como el indicado? Otros establecen pisos mínimos que requieren tratamiento apropiado, pero dejan librado al juicio profesional la decisión de lo que es un tratamiento adecuado en cada caso. Por ejemplo, si un paciente tiene la presión sanguínea más alta que 140/90, se requiere una intervención en los casos de pacientes en general; si la presión está por encima de 130/80, se requiere intervención solo en caso de pacientes diabéticos. Los expertos esperan integrar el proceso de auditoría con un sistema de medición del desempeño para "mejoramiento de la calidad" que está siendo desarrollado para las prisiones en general. El sistema va a especificar indicadores para la clasificación de pacientes con varios diagnósticos por condición (control "bueno", "adecuado" y "escaso"), en términos que van a facilitar la comparación entre prisiones⁸⁶.

El Plan de *Plata* también enfatiza la flexibilidad. Los demandados tienen libertad para revisar las políticas en tanto y en cuanto notifiquen a los actores (que pueden cuestionarlas en el tribunal).

El tratamiento provisto a cada preso va a considerarse adecuado si se conforma a las políticas del Departamento, o "si el médico documenta en sus notas que él o ella se está apartando de las políticas y procedimientos, y que esa desviación es consistente con los estándares de la profesión"⁸⁷.

El acuerdo le da al abogado de los actores amplio acceso a la información, incluyendo acceso a vastas categorías de documentos, contacto con presos, entrevistas orales con los empleados, y recorridos periódicos de las instalaciones de los demandados. También dispone un mecanismo de mediación entre las partes.

Del modo en que están actualmente estructurados, los remedios en los casos de prisiones son menos ambiciosos que en los casos comparables de salud mental. Hasta ahora, no han generado instituciones de monitoreo para la rendición de cuentas de las partes interesadas, como el Fondo de Calidad en el Distrito de Columbia⁸⁸ que va a seguir existiendo luego de la terminación de la decisión. Tampoco han generado acceso del público general a la información sobre desempeño del modo en que lo han hecho las reformas de Texas. Sin embargo, incluso en este estadio temprano, su impulso general parece estar en línea con el enfoque experimentalista, y es probable que este aspecto crezca con el tiempo. La medida en que el desarrollo experimentalista está limitado por la Ley de Litigio de Reforma Penitenciaria (LLRP) de 1996 no está claro. La ley buscó limitar la intervención en general, pero algunas de sus disposiciones pueden interpretarse como fomentando el cambio en dirección al experimentalismo.

⁸⁶ Entrevista telefónica con el Dr. Ronald Shansky, consultor del Departamento Correccional de California, (15 de octubre de 2002). Un repaso del enfoque de "mejoramiento de la calidad" reflejado en el acuerdo aparece en Gordon Schiff y Ronald Shansky, *Challenges of Improving Quality in the Correctional Setting*, en *Clinical Practice of Correctional Medicine* [Desafíos de mejorar la calidad en el contexto correccional, en *Práctica Clínica de medicina correccional*] 12, 12-25 (Ed. Michael Puzis, 1998).

⁸⁷ Estipulación de Plata, supra nota 73, al 11.

⁸⁸ Ver supra, págs. 1033-34.

Dos de sus disposiciones más controvertidas son un ejemplo de esto: la exigencia de que los presos agoten la vía administrativa antes de entablar una demanda⁸⁹ y el requisito de que las decisiones de injunctions finalicen luego de dos años, a menos que el tribunal encuentre que el remedio sigue siendo necesario para remediar violaciones actuales⁹⁰. Al menos en su apariencia, cada disposición parece compatible con un régimen ambicioso de intervención experimentalista.

La disposición de agotamiento de la vía reconoce que los agentes administrativos tienen la responsabilidad principal de hacer ciertas determinaciones. Desde un punto de vista experimentalista, el agotamiento contribuye al objetivo de desarrollar una capacidad permanente y autónoma de aprendizaje y auto-reforma por parte de las unidades penitenciarias. Ese principio es esencial en cualquier enfoque experimentalista.

Pero un enfoque efectivo debe proveer garantías contra los abusos del requisito de agotamiento que frustren revisiones, por ejemplo, al establecer rutinas administrativas que impongan demoras abusivas o requisitos técnicos para los presos. También tendría que establecerse una revisión externa de los procedimientos de quejas sobre las prisiones, tanto para resolver disputas individuales como para generar información útil para considerar problemas sistemáticos.

Tenemos un modelo para ese requisito de agotamiento en la Ley de los Derechos Civiles de las Personas Institucionalizadas de 1980, que autorizó al Departamento de Justicia a iniciar demandas para proteger los derechos de los presos y los pacientes de las instituciones de salud mental. El requisito de agotamiento en esa ley se limitó expresamente a “los remedios administrativos sencillos, rápidos y efectivos disponibles” y solo a procedimientos que hayan sido certificados por el Procurador General Federal como “respetuosos de estándares mínimos aceptables”⁹¹. De hecho, la ley usa la defensa del agotamiento como un incentivo para las prisiones para someterse al régimen de acreditación federal. Sin embargo, aparentemente el incentivo fue insuficiente. Entre las condiciones de certificación del Procurador General había un requisito de que los presos participaran en el desarrollo e implementación de los procedimientos. Muy pocas prisiones buscaron la certificación, en buena medida porque objetaban este requisito de participación⁹².

Aunque la disposición de agotamiento de la LLRP no requiere explícitamente que los procedimientos internos sean adecuados o certificados, serían razonable que los tribunales entendieran esa condición de adecuación como implícita. En

⁸⁹ 42 U.S.C. §1997e(a) (2000).

⁹⁰ 18 U.S.C. §3626(b)(1)(A)(i), (b)(3) (2000).

⁹¹ 42 U.S.C. §1997e(a)(1)-(2) (Supp. IV 1980) (derogada en 1996).

⁹² Ver Adlerstein, *supra* nota 65, pág. 1686 y n° 27.

buena medida, sin embargo, no lo han hecho⁹³ (sospechamos que no tanto debido a una interpretación coherente de la ley sino, más bien a la hostilidad visceral hacia las personas privadas de su libertad asociada con la aprobación de la ley).

La segunda disposición fundamental de la LLRP -que las *injunctions* se terminen después de dos años a menos que haya prueba de violaciones actuales- tuvo la intención por parte de sus redactores (y así fue percibida por los operadores) de funcionar como un impedimento sustancial a los remedios estructurales. Toma más de dos años hacer mejoras significativas en prisiones donde se registran violaciones graves. Además, el procedimiento de descubrimiento de pruebas (*discovery*⁹⁴) y los juicios asociados con la determinación inicial de violaciones de derechos son costosos y llevan mucho tiempo. Si estos procesos se tuvieran que repetir cada dos años, los costos serían prohibitivos.

Pero no está claro que la disposición sobre terminación de la jurisdicción en dos años vaya a tener dicho efecto. En la medida en que los remedios tengan un tono experimentalista, no debería haber necesidad de hacer esfuerzos costosos para volver a establecer las violaciones, ya que los remedios experimentalistas generan transparencia. Una vez que se establece la responsabilidad, el proceso de prueba se entremezcla con el de implementación: uno de los focos principales de la implementación es la medición continua del cumplimiento. Las partes deberían estar de acuerdo, en la negociación remedial, sobre criterios y procesos de medición y sobre los pisos mínimos de desempeño. Un desempeño medido por debajo de los mínimos acordados debería bastar para establecer una violación⁹⁵.

En algunos aspectos, por ende, la doctrina sobre la reforma penitenciaria refleja el cambio de un enfoque de comando y control a uno experimentalista. Por otro lado, la doctrina es mucho menos empática a la intervención judicial de cualquier clase de lo que es la doctrina comparable en otras áreas que estamos discutiendo.

⁹³ Ver *Booth v. Churner*, 532 U.S. 731, 740-41 (2001) (que decide que un preso que solo busca daños monetarios debe agotar las vías administrativas para remedios no monetarios). Boston, supra nota 65, 724-25 n° 74-76 (que cita casos que deciden que la inadecuación del remedio administrativo no excusa la omisión de agotar el remedio). Nótese que la consecuencia de la omisión en agotar el remedio bajo la Ley del Litigio de Reforma Penitenciaria no es como bajo la Ley de los Derechos Civiles de las Personas Institucionalizadas (una suspensión de la actividad de un tribunal mientras el procedimiento administrativo esté pendiente) sino el rechazo, aun si el remedio administrativo ya no está disponible porque se venció el plazo para presentarlo. *Id.*, 726.

⁹⁴ [N. de T.] El *discovery* es una etapa de los procesos civiles regulada por la Regla Federal de Procedimiento Civil 26, donde las partes intercambian información vinculada con el caso para “descubrir” hechos y preparar así su discusión ante el juez o el jurado, o celebrar un acuerdo transaccional. Entre otras medidas, las partes pueden lograr el reconocimiento de lugares o cosas difíciles de trasladar, requerir la producción de documentos por parte de la contraria y obtener la declaración de partes y potenciales testigos. Existen reglas sobre el alcance de la información que puede ser solicitada en esta fase del proceso (en principio, de gran amplitud), plazos habilitados para responder los pedidos, y sanciones por incumplimiento.

⁹⁵ Cierta ambigüedad sobre el espacio para la remediación experimentalista surge de los requisitos de la Ley de Litigio de Reforma Penitenciaria y los principios federales de equidad que exigen que el remedio sea “el medio menos intrusivo posible”, o que “no se extienda más allá de lo necesario” para corregir una violación. 18 U.S.C. §3626(a). Este precepto podría ser interpretado como limitando los remedios experimentalistas, pero también es susceptible de una interpretación que incentivaría el experimentalismo. En una interpretación, la *injunction* menos intrusiva intentaría explicitar las condiciones mínimas de cumplimiento en detalle. En la interpretación alternativa, una *injunction* -como la de Plata- que ordenara una reestructuración extensiva de los procesos de fondo para darle a los agentes más flexibilidad para lidiar con los casos individuales sería menos intrusiva. En los casos por fuera del contexto penitenciario, en tanto y en cuanto las partes acuerden en el remedio, no hay necesidad de que el tribunal alcance esos asuntos. Sin embargo, las cuestiones son apremiantes bajo la Ley de Litigio de Reforma Penitenciaria, por las restricciones remediales que se aplican a los acuerdos, como así también a las decisiones del tribunal. 18 U.S.C. §3626(c)(1).

D. Abuso Policial

La aceptación del litigio de reforma institucional en el ámbito policial ha sido más lenta que en otras áreas. Hay explicaciones políticas y doctrinales para este fenómeno. La explicación política es que el miedo popular hacia el delito -y la sentimentalidad asociada a la policía- hacen que la intervención judicial parezca más costosa y arriesgada en estos casos.

La explicación doctrinal surge de la percepción judicial de que la policía no está supervisada de tan cerca y está en menor contacto continuo con los ciudadanos que los agentes públicos de otras áreas. Esta percepción ha generado dos obstáculos procesales distintivos del contexto policial. El primero es una reticencia a inferir prácticas sistemáticas a partir de malas conductas particulares. Chayes, por ejemplo, criticó la decisión de la Corte Suprema de 1976 en *Rizzo v. Good*⁹⁶. En ese caso, el tribunal inferior, habiendo identificado diecinueve instancias específicas de brutalidad policial inconstitucional, emitió una *injunction* requiriéndole al Departamento de Policía que estableciera un procedimiento para lidiar con las quejas de los ciudadanos. La Corte Suprema dejó la decisión sin efecto, sosteniendo que diecinueve episodios de mala conducta por parte de los oficiales “de a pie” no bastaban para establecer que existiera una autorización o condonación de dichas acciones, necesarias para hacer responsables al Departamento o a los oficiales de mayor jerarquía⁹⁷.

Otro problema ha sido la insistencia de los tribunales, en muchos casos, en entender que un actor solo tiene legitimación activa si puede demostrar no solo que ha sido víctima de un abuso, sino también que es altamente probable que vuelva a sufrir un abuso en el futuro⁹⁸.

Sin embargo, recientemente hubo dos desarrollos opuestos que ampliaron las posibilidades de intervención judicial; y las iniciativas que ambos desarrollos incentivaron están teniendo, en sus fases iniciales, una dirección experimentalista. El primer desarrollo sucedió en 1994, cuando en respuesta al caso de Rodney King⁹⁹ y los disturbios consecuentes, el Congreso aprobó una ley que prohibía específicamente cualquier “patrón o práctica de conducta, por parte de los oficiales policiales”, que deprivara a las personas de sus derechos federales. La ley autoriza al Procurado General a solicitar un remedio no monetario para “eliminar el patrón o práctica”¹⁰⁰.

El Departamento de Justicia ha investigado a varias fuerzas policiales e iniciado cinco demandas que han resultado en órdenes que dispusieron reformas estructurales extensivas. Esas reformas han sido considerablemente más elaboradas que la decisión dejada sin efecto en *Rizzo*. Las decisiones

⁹⁶ Chayes, *supra* nota 1, págs. 1305-07; ver también *Rizzo v. Goode*, 423 U.S. 362 (1976).

⁹⁷ Ver *Rizzo*, 423 U.S., págs. 367-69, 375-81.

⁹⁸ Ver, por ejemplo, *City of Los Angeles v. Lyons*, 461 U.S. 95, 101-10 (1983).

⁹⁹ [N.d.T.] Este caso se refiere a un hecho de violencia contra Rodney King, un taxista de raza negra que fue brutalmente golpeado por oficiales de la policía de Los Ángeles en 1991, luego de una persecución de tránsito. Una persona grabó los hechos de violencia, que fueron publicados por la prensa. Sin embargo, los oficiales fueron declarados inocentes, dando lugar a una serie de protestas y disturbios contra el trato de los oficiales de policía contra las personas de minorías raciales.

¹⁰⁰ 42 U.S.C. §14,141(b) (2000).

recientes varían en su nivel de detalle, dependiendo en parte de la organización preexistente del Departamento en cuestión, aunque tienden a tener algunos elementos en común.

Típicamente, en ellas se obliga al demandado a promulgar o reformar políticas explícitas sobre algunos asuntos en particular, como el uso de la fuerza. Algunas veces se especifican los requisitos sustantivos mínimos, aunque los demandados conservan bastante discrecionalidad. En general se ordena la captación de datos, muchas veces en detalle. El Departamento debe instruir a los oficiales para documentar cuestiones como incidentes de uso de la fuerza, arrestos, detenciones a peatones o conductores para pedirles que se identifiquen, requisas y decomisos, y cargos discrecionales (como “merodeo” o disturbios al orden). Los oficiales deben registrar las razones de su intervención, la raza y otras características de los ciudadanos involucrados, y qué sucedió. Algunas veces la orden exige grabaciones en video. Los Departamentos muchas veces aceptan dar a los oficiales computadoras manuales o grabadoras de video. Los datos que reportan los oficiales deben registrarse y conservarse de un modo que permita su agregación con otros datos, como las quejas de los ciudadanos (y sus elogios), los procedimientos disciplinarios, demandas judiciales, investigaciones internas, y auditorías. Puede agregarse también otra información sobre la actuación de los oficiales, como sus días de licencia por enfermedad, ausencias en citaciones judiciales, o accidentes. Se ordenan también la capacitación para los oficiales policiales y la generación de datos. El Departamento de Justicia puede participar en el diseño de las capacitaciones, o puede tener el derecho de aprobarlas¹⁰¹.

Las decisiones también prescriben procedimientos de cumplimiento superpuestos. Los supervisores tienen que monitorear ciertos datos y dar seguimiento a los indicadores de violaciones por parte de la policía. Además, el Departamento debe crear (o mejorar si ya existe) una unidad interna de cumplimiento especializada, por fuera de la cadena de comando, como por ejemplo un inspector general o una comisión de asuntos internos. Finalmente, el tribunal designa a un controlador (idealmente, alguien que ambas partes recomienden) con amplias facultades de acceso a la información. El controlador supervisa el cumplimiento como un agente del tribunal.

Las decisiones contemplan que los datos sean usados como un “Sistema de Alerta Temprana”, proveyendo indicios de problemas sistemáticos¹⁰². Los incidentes de uso de la fuerza son investigados de manera rutinaria. También lo son las quejas de los ciudadanos y otros oficiales, a quienes la orden judicial puede obligar a reportar las transgresiones de sus colegas. Además, el Departamento tiene que realizar varias tareas de análisis de datos. Por ejemplo, debe supervisar la frecuencia de los incidentes de uso de la fuerza, quejas, y la

¹⁰¹ Ver, por ejemplo, Robert C. Davis y otros, *Turning Necessity into Virtue: Pittsburgh’s Experience with a Federal Consent Decree* [Transformar la necesidad en virtud: la experiencia de Pittsburgh con una decisión homologatoria] 25-33 (Vera Institute of Justice, 2002), http://www.vera.org/publications/publications_5.asp?publication_id=180; sentencia homologatoria, *United States v. City of Los Angeles*, Civil No. 00-11769 GAF (C.D. California, 15 de junio de 2001) [de aquí en más, *Sentencia Homologatoria de Los Ángeles*], <http://www.usdoj.gov/crt/split/documents/laconsent.htm>.

¹⁰² Ver Debra Livingston, *Police Reform and the Department of Justice: An Essay on Accountability* [Reforma Policial y el Departamento de Justicia: un ensayo sobre rendición de cuentas], 2 *Buffalo Criminal Law Review*, 815, 821-41 (1999).

disciplina de los oficiales.

El Departamento también analiza el uso de la fuerza y otros tipos de interacción entre la policía y los ciudadanos en relación con áreas geográficas, raza, turnos y equipos. Y se desarrollan metas o pisos mínimos en base a comparaciones estadísticas. Un índice trimestral de más de una desviación estándar por sobre la medida de un determinado grupo de comparación (un turno, equipo, o grupo de ellos) dispara una investigación obligatoria.

Los supervisores están obligados a dar seguimiento a los indicadores de incumplimiento con “intervenciones” no disciplinarias, que pueden incluir observación directa de un oficial, consejería, o consejería combinada con capacitaciones. Aunque las órdenes enfatizan las respuestas no punitivas, también disponen sanciones disciplinarias en los casos en que sea necesario.

Los procesos disciplinarios tienen que cumplir con ciertos pre-requisitos. El piso mínimo de prueba para establecer una sanción disciplinaria no puede ser más alto que el de “preponderancia de prueba”, y no puede haber una presunción de que los testigos policiales son más confiables que los ciudadanos. Los cargos y las decisiones se deben informar periódicamente a los oficiales de mayor jerarquía y a los controladores.

Las órdenes también disponen procedimientos para “auditorías” a cargo de directores u oficiales internos de cumplimiento. Las auditorías están diseñadas tanto para determinar si la conducta de los oficiales y supervisores evidenciada en los registros es conforme a una determinada política, como para probar la integridad de los procedimientos de reporte. Para el segundo de los objetivos, los auditores examinan muestras de documentos para ver su completitud y su credibilidad formal (el uso rutinario de lenguaje ritualista, por ejemplo, es un signo negativo). También se pueden investigar muestras más pequeñas de manera más activa entrevistando participantes, y se pueden ordenar auditorías con controladores encubiertos que se hacen pasar por ciudadanos¹⁰³.

Usualmente, ciertos datos se deben informar públicamente. Los informes de auditoría con observaciones generales sobre cumplimiento y las correlaciones entre intervención policial, raza y localidad comúnmente también se informan, aunque la información sobre incidentes y oficiales específicos típicamente no¹⁰⁴.

El otro desarrollo que favorece el litigio por abuso policial es la mayor conciencia pública (y su consecuente protesta) en contra la elaboración de perfiles en base a la raza¹⁰⁵ ¹⁰⁶. Una de las demandas del Departamento de Justicia en el marco

¹⁰³ Ver, por ejemplo, Sentencia Homologatoria de Los Angeles, supra nota 87, pág. 124-40.

¹⁰⁴ Ver, por ejemplo, id. pág. 156, 174. Un estudio de la experiencia bajo la decisión homologatoria de Pittsburgh, aunque sin poder evaluar directamente los efectos sobre la conducta a nivel de la calle, encontró efectos sustanciales sobre las prácticas de dirección y una mejora en las percepciones públicas sobre la policía. Los supervisores monitorean los indicadores de desempeño y hacen intervenciones diarias basadas en ellos. Davis y otros, supra nota 87, 10-33.

¹⁰⁵ [N. de T.] Esta práctica, denominada racial profiling, consiste a grandes rasgos en una práctica discriminatoria de los agentes de las fuerzas de seguridad mediante la que persiguen a ciertos individuos por crímenes en base a la raza, etnicidad, religión de aquéllos, o factores análogos. Estas prácticas suponen asociar ciertas características de algunos grupos con criminalidad.

¹⁰⁶ Ver, en general, Brandon Garrett, *Remediating Racial Profiling* [Remediando la realización de perfiles raciales], 33 *Columbia Human Rights Law Review* 41 (2001); Samuel R. Gross y Katherine Y. Barnes, *Road Work: Racial Profiling and Drug Interdiction on the Highway* [Trabajo de carretera: realización de perfiles raciales e incautación de drogas en la autopista], 101 *Michigan Law Review* 651 (2002).

de la Ley Federal de 1994 -contra Nueva Jersey- se enfocó en esos reclamos¹⁰⁷. Las alegaciones sobre la elaboración de perfiles en base a la raza también han estado sujetas a demandas privadas, y por el momento no han sido bloqueadas por las doctrinas procedimentales estrictas de los primeros casos policiales. Las estadísticas persistentes sin explicaciones razonables sobre las disparidades raciales de las acciones policiales pueden justificar una inferencia de que existe una condonación institucional de esas prácticas. Además, con actividades como las detenciones de conductores, las chances de que una persona perteneciente a una minoría que cumple en general con la ley vaya a sufrir una lesión a sus derechos repetidamente son suficientemente altas como para satisfacer los requisitos de la legitimación activa¹⁰⁸. También ha habido una actividad legislativa paralela: al menos trece estados y muchos gobiernos locales han aprobado legislación que prohíbe la elaboración de perfiles raciales y requiere el cumplimiento de ciertos procedimientos específicos¹⁰⁹.

El cambio de la preocupación de los actores de *Rizzo* por los abusos generales hacia el foco actual sobre la persecución racialmente selectiva podría parecer inverso al del movimiento en educación desde la desegregación hacia la "adecuación". Pero el remedio en los casos actuales de elaboración de perfiles parece más similar a los casos de adecuación en las escuelas que a las *injunctions* de comando y control en los casos de desegregación escolar. El enfoque que se aceptó en una demanda privada antigua contra el condado de Montgomey, Maryland (que surgió de la demanda de Departamento de Justicia contra Nueva Jersey y que ha sido ampliamente exigido en normas estatales y municipales) se enfoca en el monitoreo más que en el dictado *ex ante* de especificaciones sobre la función policial. Los regímenes comprometen a la policía a no usar criterios raciales (salvo cuando están buscando a un sospechoso previamente identificado). El departamento debe establecer criterios escritos para las detenciones para requerir identificaciones y requisas, y luego documentarlos de un modo que permita evaluar si la conducta es consistente con esa política. Las reglas disponen el análisis y la obligación de informar (en algunos casos, al público) sobre la incidencia racial en esas detenciones para requerir identificaciones y requisas. Al menos internamente, el Departamento tiene que poder comparar la incidencia racial por oficial, equipo o región. La decisión de Nueva Jersey ordena el desarrollo de "metas" (indicadores basados en la correlación racial de los criterios usados como causales de las detenciones para requerir identificaciones, como la clase de vehículo, conducta al conducir, y vestimenta). Las metas se derivan de un análisis hecho por científicos sociales sobre registros fotográficos de tráfico. Cuando la policía detiene para solicitar una identificación o requisas a personas pertenecientes a minorías en tasas mayores a las de las metas, puede surgir un indicio de una realización de perfiles basada en la raza y se dispone una intervención¹¹⁰. Un asunto importante que

¹⁰⁷ Sentencia homologatoria, *United States v. New Jersey*, Civ. No. 99-5970 (MLL) (Distrito de Nueva Jersey, 30 de diciembre de 1999) [de ahora en más, *Sentencia Homologatoria de Nueva Jersey*], www.state.nj.us/lps/jointapp.htm.

¹⁰⁸ Ver Gross y Barnes, *supra* nota 91, 727-29; Brandon Garrett, Nota, *Standing While Black: Distinguishing Lyons in Racial Profiling Cases*, 100 *Columbia Law Review* 1815, 1834-39 (2000).

¹⁰⁹ Gross y Barnes, *supra* nota 91, al 729.

¹¹⁰ Ver *Sentencia Homologatoria de Nueva Jersey*, *supra* nota 92, al 554-56; Garrett, *supra* nota 91, al 76-80; Gross y Barnes, *supra* nota 91, al 717-28.

se discute es el del rol de las organizaciones civiles en estos regímenes. La “policía comunal”, en la que la policía desarrolla estrategias locales de control del crimen en colaboración con grupos vecinales se encuentra muy promovida en este contexto. De varias formas, esta policía comunal ha brindado ejemplos prometedores en varias ciudades, incluidas Filadelfia, Boston y Chicago. Las decisiones del Departamento de Justicia, sin embargo, requieren solo en términos vagos que la policía consulte con las organizaciones comunitarias. Especialmente, no requieren que la información de monitoreo que generan sea puesta a disposición de esos grupos. Los críticos afirman que dichos grupos tienen información relevante para la interpretación de esos datos que es difícil que tengan los controladores profesionales. Y esos grupos también tienen, posiblemente, los mayores incentivos para promover el cumplimiento. De hecho, organizaciones civiles en Los Ángeles y Nueva Jersey han interpuesto demandas que buscan la ampliación de los remedios en esas decisiones, para lograr mayor acceso y participación¹¹¹.

E. Vivienda

En materia de vivienda, ha habido un cambio de los esfuerzos de gran escala por la desegregación hacia regímenes enfocados directamente en la calidad de la vivienda, de manera análoga a lo que sucedió en el litigio de educación (donde hubo un cambio de foco de la desegregación a la adecuación). A la vez, los esfuerzos judiciales por abordar la discriminación municipal en contra de los desarrollos inmobiliarios para personas de bajos recursos han evolucionado en la dirección experimentalista.

En 1969, en *Gautreaux v. Chicago Housing Authority*, un tribunal federal de primera instancia decidió que la autoridad competente, a través de sus decisiones de emplazamientos y asignación de contratos de arrendamiento, había segregado inconstitucionalmente el amplio sistema público de viviendas sociales. El tribunal emitió una decisión extensa, revisada varias veces desde entonces, para remediar las violaciones. El eje de la decisión era un mandato de que por cada nueva unidad que la autoridad construyera en un barrio donde vivieran predominantemente personas pertenecientes a minorías, aquélla tendría que construir tres unidades (más tarde, reducidas a una) en una zona no minoritaria¹¹².

Más de treinta años después, los actores y un interventor siguen luchando para implementar la decisión. Solo cerca de un siete por ciento de las unidades construidas bajo la intervención fueron realizadas en barrios donde viven personas blancas. La resistencia política en los barrios donde no viven personas pertenecientes a minorías y el cambio del apoyo del gobierno federal, que dejó de lado la construcción de nuevas unidades, han impedido el progreso. Como en el caso de las escuelas, la integración se ha vuelto más difícil a medida que las

¹¹¹ Ver Garrett, supra nota 91, al 98-115; Livingston, supra nota 88, al 841-56.

¹¹² Ver *Gautreaux v. Chi. Hous. Auth.*, 304 F. Supp. 736, 737-39 (Distrito norte de Illinois, 1969); *Gautreaux v. Landrieu*, 498 F. Supp. 1072, 1073 (Distrito norte de Illinois, 1980); *Gautreaux v. Chi. Hous. Auth.*, 4 F. Supp. 2d 757, 758 (Distrito norte de Illinois, 1998).

personas blancas se fueron a las afueras de la ciudad. Además, los problemas de la calidad de la vivienda social persisten¹¹³.

Algunas organizaciones civiles y grupos de inquilinos han alegado que el foco de *Gautreaux* en la integración ha impedido la rehabilitación de los proyectos de vivienda y la revitalización de los barrios minoritarios. Además, alegan que los esfuerzos de integración han hecho muy caros los proyectos de desarrollo urbano. En dos demandas recientes, los miembros de la clase de *Gautreaux*, que buscaban rehabilitar las viviendas en barrios minoritarios, se aliaron en contra del interventor y de los abogados¹¹⁴.

Eventualmente, ha habido un cierto grado de éxito. Algunas unidades se han construido en barrios en los que la vivienda social alguna vez estuvo excluida. Un programa de servicio intensivo que intenta ayudar a encontrar departamentos en los suburbios a los beneficiarios de certificados de asistencia para la vivienda de la "sección 8"¹¹⁵ parece estar funcionando. En general, sin embargo, la experiencia ha sido decepcionante¹¹⁶.

El ejemplo emblemático del cambio del litigio para pasar a enfocarse en cuestiones de calidad es *Pérez v. Boston Housing Authority*¹¹⁷, en donde la Corte Suprema de Massachusetts confirmó una decisión que intervenía la autoridad de vivienda. La razón de fondo principal para esta decisión fue el código de sanidad, que requería a todos los propietarios, públicos y privados, que mantuvieran las viviendas en condiciones mínimas de seguridad y habitabilidad¹¹⁸. Los actores presentaron prueba exhaustiva que mostraba que los proyectos de la autoridad competente estaban lejos de cumplir con esas pautas. También presentaron prueba de una administración corrupta e ineficaz, por ejemplo, mostrando que la Comisión competente y sus directivos no tenían ni las habilidades ni el conocimiento necesario para cumplir con sus obligaciones, prestaban poca atención a los aspectos clave de su trabajo, e ignoraban las oportunidades para solicitar recursos adicionales.

El gobierno federal ha intentado establecer un sistema de evaluación del desempeño de los planes de vivienda social que promueve las acciones públicas que persiguen remedios estructurales. En base a un mandato legislativo, el

¹¹³ Ver Joseph Seliga, *Gautreaux a Generation Later: Remediating the Second Ghetto or Creating the Third?* [Gautreaux una generación más tarde: ¿remediando el segundo gueto o creando el tercero?], 94 *Northwestern University Law Review* 1049, 1062 (2000).

¹¹⁴ Ver *Gautreaux v. Chi. Hous. Auth.*, 1999 U.S. Dist. LEXIS 17439 (Distrito norte de Illinois, 3 de noviembre de 1999); *Cabrini-Green Local Advisory Council v. Chi. Hous. Auth.*, 1997 U.S. Dist. LEXIS 625 (Distrito norte de Illinois, 2 de enero de 1997).

¹¹⁵ [N. de T.] "Sección 8" refiere a una sección de la Ley de Vivienda de 1937 que permite la asistencia, en forma de "vouchers", en el pago de alquileres que excedan en un determinado porcentaje los ingresos mensuales de los beneficiarios.

¹¹⁶ Ver, en general, *supra* nota 98; William P. Wilen y Wendy L. Stasell, *Gautreaux and Chicago's Public Housing Crisis* [Gautreaux y la crisis de la vivienda social de Chicago], 34 *Clearinghouse Review* 117 (2000). Otro caso notable de desegregación a gran escala que tuvo muchas implicancias con relación a sus gastos materiales y la hostilidad que causó, pero generó resultados decepcionantes es *United States v. Yonkers Board of Education*, 624 F. Supp. 1276, 1545 (Distrito sur de Nueva York, 1985). Sobre la deprimente historia completa, ver Peter H. Schuck, *Judging Remedies: Judicial Approaches to Housing Segregation* [Juzgando los remedios: abordajes judiciales a la segregación en la vivienda], 37 *Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review* 289, 324-64 (2002).

¹¹⁷ 400 N.E.2d 1231 (Massachusetts, 1980).

¹¹⁸ Otro sustento para los remedios estructurales reconocida desde *Perez* es la "demolición constructiva", una doctrina que señala que la falla extrema en mantener o reparar puede constituir una violación de una ley que requiere a las autoridades con subsidios federales demoler solo en conformidad con un proceso que involucra la aprobación del DVDU. 42 U.S.C. §1437p (2000); ver también *Concerned Tenants Ass'n of Father Panik Vill. v. Pierce*, 685 F. Supp. 316, 321 (Distrito de Connecticut, 1988) (que reconoce una causa para accionar bajo la ley implícita, para las "demoliciones de facto").

Departamento Nacional de Vivienda y Planeamiento Urbano (DVPU) maneja el Sistema de Evaluación de la Vivienda Social, que puntúa el desempeño de las agencias locales de acuerdo con un rango de indicadores en cuatro categorías generales: (1) condición física (cumplimiento con estándares de construcción y de sanidad); (2) condición financiera (por ejemplo, la cantidad de meses durante los que la autoridad competente puede funcionar con su balance de fondos disponibles sin recursos adicionales; la cantidad promedio de días que las deudas de un inquilino están pendientes; los gastos por unidad de servicios, mantenimiento y seguridad; y la cantidad de fondos de capital no comprometidos); (3) operaciones de administración (por ejemplo, tasas de vacancia, número y antigüedad de las órdenes de trabajo pendientes, y plazo de entrega de una unidad); y (4) servicios a los residentes y satisfacción (basado en respuestas a una encuesta de residentes sobre asuntos como mantenimiento y reparación, seguridad, comunicación de los administradores, recreación y otros servicios). Cada indicador se mide y luego se suman todos para generar resultados comparables entre diferentes lugares para cada una de las cuatro áreas y alcanzar un resultado total sobre la base de una escala de cien puntos. Las autoridades que reciben resultados de al menos sesenta por ciento de los puntos disponibles por condición física, finanzas y administración y una puntuación total de más de 90 puntos son consideradas como de "alto desempeño", y quedan sujetas a requisitos de información y monitoreo menos exigentes. Una autoridad con resultados aprobados en cada área y un total de entre sesenta y noventa puntos es considerada de "desempeño estándar". Se espera que estas autoridades formulen planes de mejora y muestren progreso bajo esos estándares. Un resultado desaprobado en condición física, finanzas y administración, y un total por debajo de sesenta lleva a una designación de una autoridad como "problemática", y la sujeta a un monitoreo intensivo¹¹⁹. En un intento por hacer que los resultados sean comparables entre diferentes lugares, el DVPU determina en detalle los procedimientos de medición. Sin embargo, el sistema contempla una revisión periódica en consulta con "propietarios, residentes y comunidades afectadas"¹²⁰. La tendencia es hacia un sistema de reglas específicas, pero en revisión continua de conformidad con sus propósitos, por medio de un proceso participativo.

En 1990, el Congreso instruyó al DVPU a solicitar a un tribunal que designara un interventor en los casos de autoridades de vivienda cuyo desempeño no hubiera mejorado luego de ser calificadas como "problemáticas" bajo el sistema de evaluación¹²¹. Los informes sugieren que los interventores encontraron

¹¹⁹ Ver Public Housing Assessment System [Sistema de evaluación de la vivienda social], 24 C.F.R. pt. 902 (2003); Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano de los Estados Unidos, Sistema de evaluación de la vivienda social: información sobre PHAS, 64 Fed. Reg. 26,160 (13 de mayo de 1999).

¹²⁰ Oficina del Inspector General, Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano de los Estados Unidos, Informe de Auditoría No. 2001-DP-0004, al 15-17 (28 de septiembre de 2001), disponible en <http://www.hud.gov/oig/ig1d0004.pdf> (que informa críticas del Inspector General del DVPU y de la Oficina de Contabilidad Pública sobre que el peso inicial que el DVPU había asignado a los indicadores de condición física no reflejaba las prioridades de las partes interesadas, y prescribiendo consultas más efectivas).

¹²¹ Ver 42 U.S.C. §1437d(j) (2000).

que su trabajo era difícil, pero hicieron mejoras sustanciales¹²². En principio, el objetivo de un interventor no es solo administrar la propiedad durante una crisis, sino reestructurar los procesos de modo que hagan posible una operación efectiva sin necesidad de intervención judicial. Como en los casos de reforma de escuelas e instituciones de salud mental, una cuestión central para muchos interventores es la descentralización. En el caso de vivienda, la descentralización incluye la participación de los inquilinos, que ha sido un tema prominente en la política federal sobre vivienda desde los 1980. El DVDU requiere la presencia de consejos asesores de residentes e incentiva la administración por los propios inquilinos de los proyectos que subsidia¹²³. Algunos interventores han sido notablemente exitosos en fortalecer estos procesos¹²⁴.

Una última instancia convergente con la iniciativa judicial involucra el desarrollo privado de viviendas. Aquella surgió de la decisión de la Corte Suprema de Nueva Jersey en el caso de *Mount Laurel* en 1975¹²⁵. La Corte decidió que una ordenanza de zonificación local que en buena medida impedía las viviendas para personas de bajos y medios ingresos violaba la cláusula de la constitución estadual que garantizaba varios derechos generales, incluyendo el de “adquirir, poseer y proteger la propiedad”. La Corte interpretó que esta disposición constitucional requería que el gobierno local estructurara su código de zonificación de modo de hacer “posible de manera realista una variedad apropiada de viviendas y su elección”, incluyendo “las necesidades regionales, presentes y futuras” de viviendas para personas de ingresos bajos y medios¹²⁶. Esta decisión es análoga, en materia de vivienda, al reconocimiento de las Cortes Supremas estadales del derecho a una educación adecuada.

Mount Laurel se diferencia procesalmente de otros casos considerados aquí. El tribunal de Nueva Jersey no estaba lidiando con una sola institución (o unas pocas), en un único caso con una sola decisión estructural. En cambio, estaba intentando lidiar con prácticas de los gobiernos locales a lo largo de todo el estado en una serie de casos, cada uno de los que involucraba una única localidad. Aun así, sus objetivos eran estructurales y sus prácticas de administración eran, en muchos sentidos, muy parecidas a las de otros casos nuevos de interés público.

La primera decisión de *Mount Laurel* simplemente anunció una nueva doctrina en términos generales, y anuló la ordenanza en cuestión, dejando el desarrollo más pormenorizado de la doctrina para casos ulteriores. El caso

¹²² Ver Mark H. Moore, *Creating Public Value: Strategic Management in Government* [Generando valor público: la administración en el gobierno] 193-200, 240-55 (1995) (Boston); Lynn E. Cunningham, *Washington D.C.'s Successful Public Housing Receivership* [La intervención exitosa en vivienda social de Washington D.C.], 9 *J. Affordable Housing & Community Dev.* 74 (1999); Carolyn Hoecker Luedtke, *Innovation or Illegitimacy: Remedial Receivership in Tinsley v. Kemp Public Housing Litigation* [Innovación o ilegitimidad: intervención remedial en *Tinsley v. Kemp Public Housing Litigation*], 65 *Montana Law Review* 655 (2000) (Kansas City).

¹²³ Ver, en general, Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano de los Estados Unidos, *Community Building in Public Housing: Ties that Bind People and Their Communities* [Fortalecimiento comunitario en la vivienda social: lazos que unen a las personas y sus comunidades] (1997).

¹²⁴ Ver Moore, *supra* nota 106, al 250-53; Luedtke, *supra* nota 106, al 672.

¹²⁵ *S. Burlington County NAACP v. Township of Mount Laurel*, 336 A.2d 713 (Nueva Jersey, 1975), certiorari denegado, 423 U.S. 808 (1975).

¹²⁶ *Id.* al 724.

motivó a las organizaciones civiles que lo habían promovido y movilizó a los desarrolladores urbanos. Muchas municipalidades se resistieron fuertemente. De hecho, se formó un movimiento para reformar la constitución local de modo de eliminar la doctrina en cuestión, aunque nunca logró su cometido. En 1983, el tribunal emitió una opinión reafirmando su compromiso con la doctrina y dando más pautas para su implementación. *Mount Laurel II* no fijó directivas omnicomprensivas o específicas para determinar qué era una “medida justa” de esfuerzo por parte de una municipalidad. En cambio, incorporó la metodología de una “Guía de Desarrollo Urbano” promulgada por una agencia estadual. El tribunal determinó que los jueces estarían guiados por las revisiones de las agencias de dicha metodología; además, proveyó una lista ilustrativa de las formas en las que un municipio podía cumplir con sus deberes, incluyendo los incentivos para los desarrolladores urbanos que contribuyeran a los fines de la política pública y las “cuotas” de viviendas económicamente accesibles. También determinó un “remedio de los constructores”, por el cual un constructor que prevalecía en un reclamo de *Mount Laurel* contra una ordenanza de zonificación podría construir a menos que la municipalidad pudiera mostrar que el proyecto violaba alguna regulación válida. Esta solución ignoró la posibilidad de que, cuando una localidad perdiera un reclamo de *Mount Laurel*, todos los proyectos de desarrollo se frenaran hasta que se formulara un código de zonificación válido. Y este remedio también le dio incentivos fuertes a los desarrolladores para cuestionar los códigos que no cumplían con las pautas. Por último, el tribunal estableció un procedimiento por medio del cual designaría jueces para entender en las apelaciones de *Mount Laurel*, organizados por zonas (tres jueces para entender en las apelaciones en todo el estado, uno por cada tres regiones)¹²⁷.

Esta organización hizo posible una serie de negociaciones complejas entre municipalidades y entre diferentes casos, que generaron un nivel de acuerdo considerable en la asignación de responsabilidad entre distintos agentes. Cuando la “Liga Urbana” demandó a veintitrés municipalidades, uno de los jueces de *Mount Laurel* ordenó a los expertos en planeamiento de todas las partes que se reunieran para negociar una forma de asignar “partes justas” de nuevas viviendas accesibles. Este esfuerzo generó un consenso que se transformó en la base de las decisiones subsiguientes sobre asignación de viviendas en todo el estado¹²⁸.

En 1985, la legislatura respondió a las decisiones de *Mount Laurel* con la Ley de Vivienda Justa de Nueva Jersey, que estableció una agencia especializada, el Consejo de la Vivienda Accesible, para asumir el rol principal de monitorear el cumplimiento con las obligaciones de *Mount Laurel*. La ley también le encargó al Consejo la realización de investigaciones, la provisión de apoyo técnico, y la facilitación de las negociaciones entre los gobiernos locales. Aunque la ley y las actividades del Consejo se alejaron de algunos aspectos de *Mount Laurel*, una

¹²⁷ Ver *S. Burlington County NAACP v. Township of Mount Laurel*, 456 A.2d 390, 422-513 (Nueva Jersey, 1983).

¹²⁸ Ver Charles M. Haar, *Suburbs Under Siege: Race, Space, and Audacious Judges* [Los suburbios bajo el asedio: raza, espacio, y jueces audaces] 57 (1996).

buena parte del marco establecido por los tribunales se ha preservado¹²⁹.

A pesar de que las opiniones no son unánimes, *Mount Laurel* puede ser visto razonablemente como un “éxito marginal”¹³⁰. Los esfuerzos que generó no parecen haber llevado a una integración de los suburbios, pero sí han aumentado la disponibilidad de viviendas para personas de bajos y medios ingresos en Nueva Jersey¹³¹. Además, el tribunal impulsó a la legislatura a crear un procedimiento administrativo que parecía significativamente más responsivo a los intereses de los actores, tanto al generar presión para la asignación local de viviendas para personas de de bajos ingresos, como al hacer de la zonificación un procedimiento más transparente. Algunos pocos tribunales han seguido a *Mount Laurel* en otros estados, al encontrar límites a la zonificación excluyente en las constituciones estatales, aunque en general de un modo más débil. Además, varias legislaturas estatales han instituido esquemas legislativos que se asimilan a los de la Ley de Vivienda Justa de Nueva Jersey, con y sin impulsos judiciales¹³².

E. Conclusión

En todas estas áreas, aunque en diferente grado, ha habido una tendencia en la práctica remedial a dejar de lado el comando y control para adoptar métodos experimentalistas. Es posible que esta tendencia sea en parte una función de los cambios existentes en los temas de fondo. Por ejemplo, en el litigio sobre prisiones, muchos casos de los 1970 y 1980 se enfocaban en el hacinamiento. Hoy, los casos se enfocan más comúnmente en el cuidado médico de los presos. Es mucho más fácil formular directivas específicas sobre hacinamiento que sobre servicios médicos.

En alguna medida, sin embargo, el movimiento refleja la sensación general de la inadecuación de los enfoques de comando y control. Los tribunales advirtieron que no tenían ni la información ni la profundidad y amplitud de control necesarias para formular e implementar decisiones de comando y control. Además, dichas intervenciones exacerbaban la resistencia por parte de los demandados (o, al menos, las medidas verticalistas tenían poca capacidad para neutralizar esa resistencia).

Cualquier evaluación de la eficacia comparativa de los dos enfoques tendría que ser tentativa y condicionada. En general, cuando las malas prácticas (y

¹²⁹ Ver *Leyes Anotadas de Nueva Jersey*, §52:27D-302(c) (West 2001). Ver, en general, Haar, *supra* nota 112, págs. 89-116.

¹³⁰ Henry Span, *How the Courts Should Fight Exclusionary Zoning* [Cómo deberían pelear los tribunales las zonificaciones excluyentes], 32 *Seton Hall Law Review* 1, 72 (2001). Haar lo consideró más que marginalmente exitoso. Ver, en general, Haar, *supra* nota 112. Pero hay algunas evaluaciones negativas. Ver Schuck, *supra* nota 100, al 315-319. Los autores de David Kirp y otros, *Our Town: Race, Housing, and the Soul of Suburbia* [Nuestra ciudad: raza, vivienda y el espíritu de los suburbios] (1995), ven al régimen judicial creado por *Mount Laurel II* como muy prometedor, y a los resultados del régimen administrativo que reemplazó como insignificantes. Ver *id.*, al 112-64.

¹³¹ Con base a los datos de la Comisión de Vivienda Accesible, Span estima que de 1987 a 2001, el régimen legal inspirado en *Mount Laurel* sumó 40.000 unidades de vivienda accesible y quizás un número mayor de unidades para personas de ingresos medios con precios de mercado, que de otro modo no se hubieran construido. Ver *supra* nota 114, págs. 65- 68.

¹³² Ver *id.*, págs. 37-84. Span ve a Oregon, donde una decisión judicial también fue seguida por una respuesta legislativa, como el caso más exitoso: “la experiencia de Oregon muestra que si un tribunal puede lograr provocar a una legislatura estatal para que cree una agencia administrativa con jurisdicción sobre el uso de la tierra y la política de vivienda, esa agencia puede ir más allá de su mandato original si se le da suficiente apoyo de los grupos de interés y judicial.” *Id.*, 72- 73.

las alternativas disponibles para abordarlas) se pueden describir de manera específica y no son muy numerosas, una condena a no hacer en términos de mandatos específicos puede muchas veces ser prometedora. Por ende, los tribunales des-segregaron muchos distritos escolares a nivel de condado en las zonas rurales de los estados del sur con decisiones, en alguna medida, de comando y control. Los primeros casos sobre prisiones lograron mejoras sustanciales con modelos tradicionales verticalistas con prohibiciones de algunas prácticas como la tortura o el trabajo no remunerado.

Aun cuando las condiciones para la intervención de comando y control no estén satisfechas, los enfoques experimentalistas no siempre van a ser prometedores. Jennifer Hochschild argumenta que los casos más exitosos de desegregación de escuelas en el norte, como el de Wilmington, Delaware, fueron aquellos en los que los tribunales ordenaron acciones de manera específica y rápida. Ella argumenta que en los casos como el de Boston, el énfasis en la participación de las partes interesadas impidió el progreso¹³³.

Sin embargo, los nuevos enfoques son prometedores en varios contextos. En la siguiente sección, sugerimos algunas razones por las que estos enfoques pueden ser exitosos en situaciones en las que los más viejos fracasaron.

III. Litigio de interés público como implementación de derechos de desestabilización

A. Derechos y remedios

La característica del litigio de interés público de Chayes que más ha complicado el análisis legal es la relación entre derechos y remedios. El establecimiento de un derecho o la determinación de responsabilidad es una actividad que resulta familiar en el derecho. En términos normativos, se parece a una decisión sobre potestades del tipo que los tribunales realizan comúnmente. Desde un punto de vista metodológico, esta actividad parece surgir de la aplicación del análisis jurídico convencional a las fuentes tradicionales.

Pero, como enfatizaba Chayes, las cuestiones de remedios en un caso de interés público son mucho más ambiguas que las típicas de los casos de derecho privado. Una decisión sobre daños o responsabilidad contractual en general requiere un rango limitado de intervenciones específicas¹³⁴. La determinación de responsabilidad en un caso de interés público solo trae claridad sobre los objetivos más generales de la intervención, pero no tiene más que implicaciones vagas sobre las formas específicas que debería tener

¹³³ Ver Jennifer L. Hochschild, *The New American Dilemma: Liberal Democracy and School Desegregation* [El nuevo dilema estadounidense: democracia liberal y desegregación escolar], 92-145 (1984). Puede ser, sin embargo, que las historias exitosas que Hochschild enfatiza dependan de la participación de las partes interesadas, movilizadas luego de la formulación del remedio como parte de su implementación. Y la explicación más importante del fracaso de casos como el de Boston puede ser que los remedios estaban confinados a un solo distrito urbano en vez de operar, como en el caso de Wilmington, en varios. Ver Jeffrey A. Raffle, *The Politics of School Desegregation: The Metropolitan Remedy in Delaware* [Las políticas de la desegregación escolar: el remedio metropolitano en Delaware] 120-53, 208-17 (1980).

¹³⁴ Ver Chayes, *supra* nota 1, págs. 1282-83. Sin embargo, la diferencia puede ser exagerada. Algunos de los clásicos de la academia jurídica moderna se han abocado a demostrar que las implicaciones remediales de los derechos privados no son tan definidas como la gente cree a veces. Ver, por ejemplo, Guido Calabresi y A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral* [Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad, e inalienabilidad: una visión de la catedral], 85 *Harvard Law Review* 1089 (1972); L.L. Fuller y William R. Perdue, Jr., *The Reliance Interest in Contract Damages* [El interés por confianza en los daños contractuales] I, 46 *Yale Law Journal* 52 (1936).

una intervención. Además, el diseño de remedios requiere una forma de toma de decisiones diferente a la de la determinación de los derechos. No involucra directamente la elaboración de principios normativos, o la interpretación de textos. En cambio, el diseño remedial involucra formas de pensamiento más técnicas, estratégicas y contextuales.

Derivada de una práctica que era mucho más transicional de lo anticipado, la formulación de Chayes de la relación en el derecho de interés público entre derechos y remedios no era concluyente. Invitaba a realizar dos interpretaciones opuestas, simétricamente insatisfactorias. Daryl Levinson llama a la primera de ellas el “esencialismo de los derechos”¹³⁵. Esta visión ve a la determinación de responsabilidad como la función judicial esencial, y a la formulación de remedios como una función derivada y secundaria. La declaración de un derecho sustantivo toma su legitimidad de manera directa del rol de los tribunales de elaborar y proteger esos derechos. Determinar remedios es una actividad auxiliar, necesaria para dar efectos prácticos a la determinación de responsabilidad, pero basada en menor medida en principios jurídicos.

La evolución del derecho de interés público analizada en la sección II sugiere algunas objeciones importantes a este punto de vista. Retratar la función de los jueces como la declaración de derechos, de manera independiente del esfuerzo por hacerlos operativos en circunstancias concretas, ignora las dimensiones prácticas de la resolución de controversias. También interpreta mal la psicología de la toma de decisiones judiciales, al sugerir que las dificultades potenciales en la implementación de los derechos no influyen de manera determinante su declaración. Además, si la idea del “hombre malo” de Holmes¹³⁶, a quien solo le importan las sanciones y recompensas tangibles¹³⁷, captura alguna dimensión real de la vida social, entonces es el remedio el que va a determinar el impacto de un caso en la conducta futura de los individuos¹³⁸.

La visión contraria insiste, con el “hombre malo” de Holmes, en que solo el remedio es importante. Ignora que el remedio nace de un esfuerzo reflexivo para darle sentido a un derecho. Tanto el esencialismo de los derechos como el positivismo crudo subestiman la interdependencia entre la declaración de derechos y la formulación de remedios. El remedio es una elaboración de los derechos en juego y no un esfuerzo técnico por ejecutar una norma previamente definida, como implica el esencialismo de los derechos. Tampoco es un ejercicio de discrecionalidad instrumental, como sugiere el positivismo. Además, ninguna de las perspectivas captura las dos distinciones más importantes entre las fases del proceso de toma de decisiones en el nuevo derecho de interés público. En primer lugar, el paso a la fase remedial en

¹³⁵ Daryl Levinson, *Rights Essentialism and Remedial Equilibration* [El esencialismo de los derechos y el equilibrio remedial], 99 *Columbia Law Review* 857, 858 (1999).

¹³⁶ [N. de T.] Esta noción refiere al término acuñado por Oliver W. Holmes en *La senda del derecho* (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975) y describe a la persona que viola las leyes pero no le preocupa el aspecto moral de esas violaciones sino poder predecir qué resolverán los jueces frente a su acción ilegal.

¹³⁷ Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law* [La senda del derecho], 10 *Harvard Law Review* 457, 459 (1897).

¹³⁸ Ver, en general, Levinson, *supra* nota 119.

los casos de experimentalismo frecuentemente va a involucrar un cambio de procesos, personal, y metodología. El rol del juez pasa de ser el de determinar directamente el fondo de un asunto, al de facilitar un proceso de deliberación y negociación entre las partes interesadas. Las determinaciones de un juez en la fase de establecimiento de responsabilidad pueden tener en consideración los resultados anticipados para este proceso solo en una medida pequeña, porque las mismas limitaciones en el conocimiento del juez que lo fuerzan a iniciar el proceso también limitan su habilidad de anticipar sus resultados¹³⁹.

En segundo lugar, el efecto de incentivo o desincentivo en potenciales futuros demandados no depende de las especificidades del remedio en ningún caso en particular. A diferencia de la ingeniería social que trata de regular al "hombre malo" de Holmes, quien produce normas de acuerdo con el experimentalismo no intenta definir remedios de manera precisa para inducir un patrón de conducta deseado, porque no sabe con especificidad cuál es ese patrón de conducta. El mensaje que el nuevo derecho de interés público envía a los futuros demandados no es que van a sufrir una serie consecuencias específicas en el caso de incumplimiento, sino que van a perder su independencia y van a tener más incertidumbres. La incertidumbre no representa una falla de articulación, sino el eje deliberado del mensaje.

Un aspecto crítico, tanto de las dimensiones declarativas como remediales del nuevo litigio de interés público, es bien captado por la noción de Roberto Mangabeira Unger de "derechos de desestabilización". Esta idea es parte de un programa institucional detallado de "democracia empoderada" que concluye el trabajo de 1987 de Unger, "Falsa Necesidad": "los derechos de desestabilización protegen el interés de los ciudadanos en abrir las organizaciones de gran escala o las grandes áreas de prácticas sociales que permanecen cerradas a los efectos desestabilizantes del conflicto ordinario, y por eso mantienen jerarquías insulares de poder y de ventajas"¹⁴⁰.

La desestabilización induce a la institución a reformarse en un proceso en el que debe responder ante ciertas partes interesadas antes excluidas. Aunque Unger describe la idea de manera breve, usa el litigio de interés público de Chayes como un ejemplo. Pensamos que la práctica de los casos de interés público desde la época de la aparición del libro de Unger puede ser considerada tanto una prueba como una elaboración de esta idea.

La desestabilización describe de manera útil tanto el remedio y el proceso por el que se articula el significado del derecho sustantivo de fondo en estos casos. En el nuevo derecho de interés público, el juez no ejerce su discreción en cada caso para elegir entre un abanico infinito de respuestas posibles a un determinado problema. En cambio, habiendo identificado una violación a alguna norma general -el derecho a una educación adecuada, el derecho

¹³⁹ Cuando el demandado admite la responsabilidad en la negociación, el cambio de la fase de determinación de responsabilidad al remedio es menos marcado. Puede haber poco cambio en el proceso o personal, pero es probable que haya cambios en la perspectiva y metodología.

¹⁴⁰ Unger, supra nota 13, al 530.

de acceso a la justicia-, impone el único remedio que la fase declarativa ha mostrado que es el apropiado: la desestabilización institucional. Este remedio tiene una estructura semejante en todas las áreas. Además, la fijación judicial de estándares de manera responsable ante el público en la fase de establecimiento de responsabilidad construye un puente entre la afirmación inicial de un derecho sustantivo y el futuro remedio.

En la parte restante de esta sección, desarrollamos el entendimiento del nuevo derecho de interés público como derechos de desestabilización. Empezamos por identificar los precedentes de los derechos de desestabilización en el derecho privado tradicional. En este punto sugerimos que la distinción Chayes entre derecho “tradicional” y “de interés público” esconde una característica relevante del primero que anuncia la versión experimentalista del segundo. Luego, describimos los derechos y remedios de interés público como formas de desestabilización deliberada y reflexiva. La intervención experimentalista es una analogía para las instituciones públicas de la desestabilización permanente que las normas del *common law* inducen en los mercados privados. Esa intervención subvierte el “enmascaramiento” de las instituciones, al sujetarlas tanto al control permanente de las partes interesadas como a evaluaciones en base a comparaciones controladas con el desempeño de instituciones pares.

El comienzo de estos regímenes experimentalistas está precedido por negociaciones remediales. Estas negociaciones son inducidas y acrecentadas por una desestabilización intensa que resulta de la intervención inicial del tribunal. Las partes definen los remedios, pero es poco probable que puedan hacerlo sin esa intervención. La contribución principal del tribunal es indicar de manera pública que el status quo es ilegítimo, y que no puede continuar. Nosotros mostramos que esta intervención tan general puede tener una serie de efectos que hacen posible que dos partes adversarias colaboren de modo productivo para diseñar un régimen remedial específico.

B. La cuestión de la desestabilización en el litigio de derecho privado

El artículo de Chayes se basa en un contraste entre el “modelo tradicional” de litigio privado, y las acciones contra los agentes públicos que buscan un remedio no monetario estructural. Él caracterizaba al litigio tradicional como “bipolar” (afecta solo a dos partes), “retrospectivo” (se ocupa de hechos pasados), relativo a reclamos de un derecho que conlleva remedios definidos y proporcionales al daño alegado, autosuficiente (en el sentido de la que decisión final termina el involucramiento del tribunal), y controlado por las partes (asumiendo un rol judicial pasivo)¹⁴¹.

Pero incluso en los casos en que funciona básicamente como un mecanismo de resolución de disputas, el common law tiene efectos de precedente que se ramifican más allá de los casos individuales y formatean el trasfondo de reglas generales que regulan la interacción social. En áreas como los daños y perjuicios

¹⁴¹ Chayes, *supra* nota 1, págs. 1282-83.

y las quiebras, además, el *common law* busca operar tanto como un sistema de regulación social como de resolución de disputas. Al ignorar el modo en que los aspectos conscientemente regulatorios, sistémicos, de la resolución de controversias tradicional implicaban tanto un poli-centrismo como una desestabilización, Chayes exageró la novedad del litigio de interés público. Es cierto que esta continuidad con el litigio tradicional era menos aparente en las prácticas de comando y control que eran prevalecientes cuando él escribió. Pero esta continuidad se ha vuelto más visible en la práctica experimentalista de los últimos años. La tendencia del *common law* a desestabilizar prácticas sociales solidificadas anticipa una cuestión central del derecho de interés público experimentalista.

1. Precedente y poli-centrismo. - La resolución de controversias del *common law* genera tanto la resolución de una disputa entre dos partes como una norma -el precedente- que debe guiar casos futuros y, por implicancia, la conducta social. Chayes reconocía la doctrina del precedente, pero la asociaba principalmente con los tribunales de apelación. Él describía a los tribunales de primera instancia como abocados a cuestiones de hecho, y señalaba que esta función era remitida típicamente a la "caja negra" de la determinación de los jurados¹⁴². Dado que los jurados no fundamentan sus veredictos, sus decisiones son ambiguas y tienen poco efecto formal de precedente.

Pero los jurados deciden casos bajo las instrucciones sobre el derecho que les dan los jueces; y éstos pueden tomar decisiones que evitan al jurado en un caso, o pueden dejar sin efecto las decisiones de aquéllos, o tomar muchas medidas que influyen los asuntos y la prueba que el jurado va a evaluar. Todas estas decisiones están formalmente sujetas al *stare decisis*¹⁴³. La decisión de un tribunal es obligatoria para los tribunales inferiores, si es que hay alguno, y para el tribunal mismo en casos futuros; además, tiene valor persuasivo para los tribunales de otras jurisdicciones. La mayoría de las decisiones de los tribunales de primera instancia no se publican oficialmente, pero están muchas veces disponibles en línea, o son informadas por la prensa y por canales informales. En los hechos, sabemos que muchas de las decisiones de los tribunales de primera instancia y de los veredictos de los jurados influyen en la conducta como indicadores del comportamiento posible de los tribunales en casos futuros¹⁴⁴. Y, está claro, los casos de tribunales superiores empiezan como decisiones de primera instancia, y sus resultados muchas veces están muy influidos por las acciones de los tribunales inferiores que deciden sobre derechos y definen la forma de encuadrar los antecedentes de un caso.

Por ende, en su dimensión de precedente las decisiones de los tribunales de primera instancia en los casos típicos del *common law* comparten

¹⁴² Ver id. págs. 1285-88

¹⁴³ [N.de T.] Esta noción latina se refiere al deber de "estarse a lo decidido", y en concreto alude al deber de los tribunales del *common law* de seguir las decisiones emitidas en casos anteriores.

¹⁴⁴ Ver en general, por ejemplo, Lauren B. Edelman y otros, *Professional Construction of Law: The Inflated Threat of Wrongful Discharge* [La construcción profesional del derecho: la amenaza inflada del despido ilegítimo], 26 *Law & Society Review* 47 (1992).

algunas características que Chayes le atribuía al litigio de interés público. Dichas decisiones tienen efectos que se extienden más allá de las partes: los demandados muestran su conciencia a este respecto cuando coordinan sus estrategias en el juicio entre sí, o siguen casos en los que no están directamente involucrados. Los jueces, al tomar decisiones, usualmente intentan considerar los efectos de aquéllas como precedentes; y estos efectos futuros no son necesariamente proporcionales con (o predecibles a partir de) el daño alegado por el actor frente al tribunal. En la medida en que el caso genera un precedente, la demanda no se agota en sí misma, pues el tribunal va a volver a usar el precedente en el futuro. Al aplicar y elaborar esa decisión, el tribunal mira a sus propias decisiones anteriores y a las de otros tribunales, y no solo a los antecedentes del caso que tiene que resolver.

Por último, el aspecto de precedente de las decisiones del *common law* hace menos nítida la distinción entre problemas simples y autónomos por un lado, y problemas complejos y con ramificaciones por el otro, que es muy común en la literatura sobre litigio de interés público¹⁴⁵. Chayes asociaba al litigio privado con disputas autónomas, y al litigio de interés público con lo que Lon Fuller llamó problemas “poli-céntricos”¹⁴⁶. La metáfora de Fuller para los problemas poli-céntricos era la de la telaraña: tirar de una cuerda en un punto genera un movimiento que se siente en toda la red. La resolución de controversias, sugería, es más apropiada para problemas localizados y autónomos. Cuando los efectos de resolver una disputa en particular se ramifican de manera amplia, él argumentaba, la resolución de controversias no es una actividad apropiada. Un ejemplo clave mencionado por Fuller y tomado por autores más tarde es el de la asignación de recursos en un presupuesto determinado¹⁴⁷. La decisión de aumentar el financiamiento para una actividad en particular requiere que se quiten recursos de otras, y quizás también hacia otras, en la medida en que el nuevo compromiso exija gastos complementarios (por ejemplo, más gasto en policía puede requerir más gasto en tribunales y prisiones). Sin embargo, los partidarios del litigio de interés público señalan problemas que los tribunales tratan de manera rutinaria, y que parecen ser poli-céntricos, como las sucesiones¹⁴⁸ y los divorcios. Además, cada decisión judicial implica una asignación de recursos públicos suficientes para implementarla; los gastos de implementación, incluso de los casos típicos de derecho privado, muchas veces son sustanciales y la implementación puede depender de la iniciativa discrecional de los agentes públicos, como los agentes encargados de identificar y ejecutar los bienes de un demandado.

Si nos enfocamos en los aspectos de precedente de la resolución de controversias del *common law*, vemos otro aspecto sorprendente en el que la

¹⁴⁵ Ver, por ejemplo, *Missouri v. Jenkins*, 515 U.S. 70, 135-36 (concurrencia del Juez Thomas) (1995); Fletcher, *supra* nota 1, págs. 645-50.

¹⁴⁶ Ver Chayes, *supra* nota 1, pág. 1304 (citando a Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication* [La forma y los límites de la resolución de controversias], 92 *Harvard Law Review* 353, 395-98 (1978)). El artículo de Fuller circuló en manuscrito por varios años antes de ser publicado, y Chayes citó esa versión. Ver *id.* al 1304 n° 94.

¹⁴⁷ Ver Fuller, *supra* nota 128, págs. 394-96.

¹⁴⁸ Ver Theodore Eisenberg y Stephen C. Yeazell, *The Ordinary and the Extraordinary in Institutional Litigation* [Lo ordinario y lo extraordinario en el litigio institucional], 93 *Harvard Law Review*, 465, 479-86, 488-93 (1980).

resolución de controversias típica es poli-céntrica. Sean cuales sean los efectos directos, obligatorios de una decisión, sus efectos de precedente en general se ramifican en formas innumerables y muchas veces imprevistas¹⁴⁹. Un caso de negligencia, por ejemplo, en general va a fijar un estándar que eleva los costos de una práctica o de un producto, y esos costos pueden o no ser transferidos a los consumidores. La satisfacción de ese estándar puede aumentar y disminuir la demanda del productor sobre otros bienes y servicios. La modificación de la conducta del productor, o los cambios del producto, pueden tanto aumentar como disminuir su atractivo para los consumidores con relación a otros productos. La modificación puede inducir desarrollos tecnológicos, generando beneficios que se extienden a otros productos, o de manera alternativa, fomentar el estancamiento tecnológico. Aun así, el tribunal en general decide en base a una parte pequeña de toda la información relevante. El hecho de que esas doctrinas puedan tener efectos muy grandes pero inciertos es una premisa dominante del pensamiento jurídico contemporáneo¹⁵⁰. Esta premisa es evidente, por ejemplo, en los debates actuales sobre responsabilidad por daños y perjuicios. Aunque no están de acuerdo sobre cuáles son los efectos de esa responsabilidad, la mayoría de los autores asumen que son grandes. Pero incluso aquellos autores que consideran esos efectos como negativos, los ven como problemas de doctrinas específicas¹⁵¹ más que como motivos por los que los tribunales no están en condiciones de resolver ese tipo de casos.

2. Los aspectos desestabilizadores de las regulaciones del *common law*. – Joseph Schumpeter acuñó la frase “destrucción creativa” para resaltar que los procesos del mercado que generan desarrollo económico dependen de subversiones institucionales abruptas y frecuentes, y de reorganizaciones¹⁵². Las normas del *common law* juegan un rol importante en este proceso. Hay dos ejemplos especialmente importantes de derecho de daños: el deber de cuidado ante terceros y la inmunidad de la competencia de precios.

El deber de cuidado hace a las industrias responsables, en general mediante daños, por las consecuencias de sus prácticas socialmente irrazonables. La razonabilidad se mide tanto en términos de eficiencia y justicia. Mientras que las costumbres de una industria se usan muchas veces como una representación tanto de la eficiencia como de la justicia ellas no son determinantes, e incluso prácticas viejas y universales han sido interpretadas como irrazonables¹⁵³.

¹⁴⁹ Ver Owen M. Fiss, *The Supreme Court, 1978 Term--Foreword: The Forms of Justice* [La Corte Suprema, Término de 1978- Prólogo: las formas de la Justicia], 93 *Harvard Law Review* 1, 39-44 (1979) (que sugiere que toda declaración de normas judicial es poli-céntrica). Aunque él asoció la resolución de controversias tradicional del *common law* con problemas “uni-céntricos”, Fuller reconoció que el precedente le daba una dimensión poli-céntrica. Ver Fuller, *supra* nota 128, al 398. Él no elaboró esta idea, sin embargo, excepto para especular al pasar que el hecho de que las normas de precedente fueran desarrolladas de manera flexible y gradual podría hacerlas adaptables a los problemas poli-céntricos. La mayoría de los críticos del derecho de interés público que desarrollaron la idea de poli-centrismo ignoraron esta calificación.

¹⁵⁰ Dos historias prominentes le atribuyen grandes efectos sociales al *common law* del siglo diecinueve. Ver Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law* [La transformación del derecho estadounidense], 1780-1860 (1977); J. Willard Hurst, *Law and the Conditions of Freedom in the Nineteenth-Century United States* [El derecho y las condiciones para la libertad en los Estados Unidos del siglo diecinueve] (1956).

¹⁵¹ Ver, por ejemplo, Peter W. Huber, *Liability: The Legal Revolution and Its Consequences* [Responsabilidad: la revolución legal y sus consecuencias] 3-18 (1988).

¹⁵² Joseph A. Schumpeter, *Capitalism, Socialism, and Democracy* [Capitalismo, Socialismo y Democracia] 81-86 (3ra. Ed. 1950).

¹⁵³ Ver, por ejemplo, *The T.J. Hooper*, 60 F.2d 737, 740 (Segundo circuito, 1932).

Cuando un tribunal implementa los estándares más comunes de una industria, en los hechos está presionando a las compañías más débiles y menos expertas. Algunas van a mejorar sus prácticas, otras se van a ir del rubro. Así, cuando un tribunal eleva los estándares para la industria, presiona a todas las empresas. Y la pauta de razonabilidad se revisa permanentemente, pues se elabora en el contexto de unas circunstancias sociales particulares. Por ende, es difícil que las compañías se puedan relajar con confianza en que sus prácticas actuales van a ser suficientes, ya que es posible que sean presionadas para mejorar.

La regla de competencia de precios es lo opuesto a una regla de responsabilidad; en principio protege a aquellos que compiten de manera exitosa mediante la calidad o precio de un producto de los reclamos de los productores no exitosos, perjudicados por las actividades de los primeros¹⁵⁴. Esta norma expone a los actores económicos a una vulnerabilidad inevitable, y a pérdidas potencialmente devastadoras y por ende promueve un mejor desempeño. Como en el caso del deber de cuidado, la inmunidad de la competencia de precios crea presiones para el cambio continuo, y muchas veces genera interrupciones y pérdidas.

Las normas del *common law* como el deber de cuidado y la inmunidad de la competencia de precios regulan de manera indirecta y parcial. Algunas veces, sin embargo, los tribunales del *common law* se involucran de manera más directa y omnicomprensiva en reestructurar compañías. Dos áreas son especialmente importantes en este punto: la defensa de la competencia y las quiebras.

La defensa de la competencia consiste en una serie de herramientas diseñadas para desestabilizar compañías que reducen su vulnerabilidad a las presiones de la competencia. De hecho, esta doctrina obliga a las empresas a permanecer abiertas a esas presiones. Algunas veces, los daños y la prohibición de ciertas prácticas son considerados suficientes. Otras veces, cuando una empresa o un grupo adquieren poder monopólico u oligopólico, los tribunales se ven obligados a realizar reestructuraciones directas y omnicomprensivas. A través de los años, grandes partes de las industrias del petróleo, tabaco, cemento, y cinematográfica, entre otras, han sido reestructuradas por decisiones judiciales basadas en leyes de defensa de la competencia¹⁵⁵.

Las quiebras son otra área en la que los tribunales han realizado reorganizaciones directas y omnicomprensivas. Chayes notó al pasar que “desde 1870 a 1933, los jueces federales, mediante interventores, reorganizaron más de 1000 vías de tren”; pero consideró que estas actividades estaban fuera de la tarea central de los tribunales del *common law*¹⁵⁶. Una buena parte de este trabajo de reorganización se concentra en los tribunales federales de quiebras. Sin embargo, los tribunales estatales con competencia general tienen un poder

¹⁵⁴ La norma quedó firmemente establecida recién en el siglo diecinueve. Antes de eso, las empresas establecidas en muchas líneas de negocios a veces podían recuperar de los competidores exitosos, por “pérdida de la clientela”. Ver Horwitz, *supra* nota 132, al 114-16.

¹⁵⁵ Ver en general Robert A. Skitol, *The Shifting Sands of Antitrust Policy: Where It Has Been, Where It Is Now, Where It Will Be in Its Third Century* [Las arenas cambiantes de la política de defensa de la competencia: dónde ha estado, dónde está ahora, y dónde va a estar en su tercer siglo], 9 *Cornell Journal of Law & Public Policy* 239 (1999).

¹⁵⁶ Chayes, *supra* nota 1, al 1303 n° 92.

sustancial para reestructurar organizaciones en casos en los que haya una quiebra o riesgo de ella. El derecho de quiebras tiene aspectos tanto de re-estabilización como de desestabilización. Uno de sus objetivos principales es proteger a las empresas en contra de las presiones excesivamente desestabilizantes que se pueden generar cuando los acreedores ejercen sus reclamos de manera individual, sin coordinación. El desorden consecuente genera riesgos tanto de una distribución desordenada como de destruir empresas potencialmente viables. El derecho de quiebras mitiga los efectos desestabilizantes destructivos de los contratos. Pero en otra dimensión, el derecho de quiebras desestabiliza: desmantela la posición que los dueños o administradores de los deudores tendrían de otro modo. Una vez que el proceso hacia una decisión se frena por la intervención pública o el acuerdo entre acreedores, el deudor tiene algunas ventajas. Tiene la mejor información sobre las condiciones y perspectivas del negocio, y puede negociar su estrategia sin las dificultades que enfrenta una coalición diversa de acreedores. Otros aspectos del proceso de quiebra están, por ende, diseñados para igualar la balanza, al forzar al deudor a revelar información, facilitar la coordinación entre acreedores y, en un caso extremo, disponer el desplazamiento del deudor o de sus directivos¹⁵⁷.

En un plano más general, la cuestión de la desestabilización está reflejada en dos características persistentes de las normas del *common law*. En primer lugar, el precedente del *common law*, en su versión paradigmática de una decisión de daños, regula de manera indirecta. Indica que aquellos en la posición del demandado van a tener que pagar daños por lesiones futuras semejantes, pero no dicta una conducta específica. En muchos casos, da libertad a los demandados para elegir entre compensar en el futuro o reducir el daño, y sobre cómo reducirlo. En segundo lugar, una norma del *common law* tiene textura abierta y es flexible. Tiene textura abierta en el sentido de que declara un principio más que una regla rígida o específica, y el principio está embebido en una serie de hechos. Su aplicabilidad futura tiene que determinarse con razonamientos informales y analógicos. Una norma del *common law* es flexible en el sentido de que siempre está abierta a revisión, modificación y elaboración. Sea que este proceso se presente como un intento por delinear principios perennes y amorfos, o como un proceso de permanente ajuste regulatorio, lo cierto es que las normas del *common law* tienen una calidad provisional.

Chayes ignoraba estos aspectos regulatorios y desestabilizadores del *common law* por dos razones relacionadas. Primero, como ya notamos, veía al *common law* en gran medida como un mecanismo de resolución de controversias que resolvía casos de a uno, sin alterar las prácticas establecidas del mercado. En segundo lugar, él asociaba la regulación efectiva en la época del Estado Administrativo con el modelo de comando y control y una serie omnicompreensiva de reglas fijas y rígidas. La resolución de controversias en el derecho de interés público, en su concepción, era básicamente una innovación en el proceso de emisión de normas, no en el tipo de normas que se generaban. Por ende, tenía una

¹⁵⁷ Ver Thomas H. Jackson, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law* [La lógica y los límites del derecho de quiebras] 7-19, 193208 (1986).

doble reticencia a detectar la corriente regulatoria del derecho “tradicional”.

Pero la evolución del derecho de interés público mismo demuestra las limitaciones de esta perspectiva. La tendencia en los remedios estructurales, ya hemos visto, se aleja del comando y control hacia iniciativas que se basan en las características de indirección y provisionalidad típicas de las normas del common law, e incluso las sistematiza.

C. Derechos de desestabilización

Un derecho de desestabilización, en el derecho de interés público, es un derecho a desenmascarar o desmontar una institución cuando, en primer lugar, no satisface los estándares mínimos de desempeño adecuado y, en segundo lugar, tiene una inmunidad sustancial respecto de los mecanismos políticos convencionales para corregir ese incumplimiento. En el patrón típico de una demanda moderna de interés público, la demostración (o admisión) de responsabilidad genera un proceso de negociación y deliberación supervisadas entre las partes y otros interesados. El resultado característico de este proceso es un régimen de reglas continuas o provisionales que se revisan periódicamente en función de evaluaciones transparentes sobre su implementación.

1. Un caso *prima facie*.- El caso *prima facie* para la desestabilización del derecho de interés público tiene dos elementos: la falla en alcanzar estándares y el bloqueo político. El primer elemento es explícito y es el foco de la prueba y las alegaciones en la fase de establecimiento de responsabilidad. El segundo se discute menos, pero aun así es una premisa de fondo relevante.

La determinación sobre el cumplimiento de estándares mínimos es el aspecto menos controversial de la resolución de conflictos de reforma institucional. Muchas veces la alegación de que la institución no cumple estándares mínimos está fuera de discusión¹⁵⁸. Frecuentemente, los administradores de la institución empatizan y hasta apoyan estos reclamos porque ellos mismos han estado tratando de hacer que las instituciones cumplan. Incluso los agentes públicos de mayor jerarquía, incluidos los gobernadores e intendentes, están dispuestos a veces a admitir este punto, en especial cuando pueden culpar a las administraciones anteriores. Por eso, la administración Dukakis se negó expresamente a defender lo “indefendible”, y aceptó que las instituciones de salud mental de Massachusetts no cumplían con estándares mínimos, y la administración de Williams en el Distrito de Columbia admitió que las instituciones para personas con discapacidad mental del distrito eran inaceptables. El director de prisiones de Arkansas incentivó el cuestionamiento de un tribunal federal respecto de las instituciones que él dirigía, y cooperó con los actores y el tribunal. En el litigio de prisiones de Texas, un abogado del Departamento Correccional informó al Procurador General del Estado que las condiciones en las prisiones eran, en algunos aspectos, peores de lo que los actores alegaban. En el caso

¹⁵⁸ La frecuencia del acuerdo entre las partes sobre la responsabilidad y el remedio es enfatizada en Sandler y Schoenbrod, *supra* nota 8, al 122; Rebell, *supra* nota 41, al 90; y Margo Schlanger, *Beyond the Hero Judge: Institutional Reform Litigation as Litigation* [Más allá del juez héroe: el litigio de reforma institucional como litigio], 97 *Michigan Law Review* 1994, 2012-13 (1999).

de desegregación de Kansas City, el distrito escolar inicialmente se unió a los padres como actor en contra del estado, y solo más tarde fue reposicionado por el tribunal como demandado. En Pittsburgh, un nuevo jefe de policía adoptó los procesos de monitoreo que quería el Departamento de Justicia, en el proceso de distanciarse de la reputación dudosa de la administración anterior¹⁵⁹.

En la medida en que la determinación de responsabilidad esté discutida, el rol del tribunal es esencialmente igual a su rol en un caso tradicional de daños. De hecho, el tribunal mira a los estándares de la industria para definir lo que es un cumplimiento mínimo. Los estándares se prueban mediante el testimonio de expertos sobre la práctica habitual, por agentes con experiencia o por organizaciones que fijan estándares dentro de un determinado campo. En materia educativa, los tribunales miran el desempeño de los estudiantes en exámenes estandarizados, y las calificaciones de los docentes con relación a estándares de organizaciones acreditadas. En los casos sobre prisiones, los estándares establecidos por la Asociación Estadounidense Correccional y la Agencia Federal de Prisiones han tenido un rol crítico. Los estándares nacionales sobre conducta policial han surgido de manera reciente, pero la Comisión sobre Acreditación de las Agencias de Actuación Policial juega un rol esencial. Los tribunales en los litigios sobre vivienda pública observan el sistema de evaluación de desempeño del DVDU, como así también el Código Uniforme de Viviendas promulgado por la Conferencia Internacional de Oficiales de la Construcción. Algunas veces estos estándares fueron explícitamente incorporados a las leyes en las que los actores basaron sus reclamos, como en el caso de los estándares del código de viviendas. Mas comúnmente, los tribunales han determinado la relevancia de los estándares respecto de normas constitucionales o legales en general. Aunque las disputas sobre algunas particularidades de estas pautas son habituales, el principio de usar esos estándares para interpretar normas generales ha sido aceptado en buena medida.

El segundo elemento de un caso *prima facie* -la inmunidad de una institución a la corrección política- es distintivo del campo del derecho de interés público¹⁶⁰. El proceso clásico del *common law* opera en un ambiente de competencia de mercado. Cuando ciertos actores privados se inmunizan de la competencia, las leyes de defensa de la competencia pueden intervenir. En contraste, las instituciones gubernamentales tienden a ser monopolísticas. Sus mecanismos principales de rendición de cuentas suelen ser electorales o políticos. Las normas del derecho de interés público juegan un rol análogo al de las de defensa de la competencia, al alterar instituciones que se han vuelto fortificadas frente a las

¹⁵⁹ Ver Ricci v. Okin, 537 F. Supp. 817, 820-21 (Distrito de Massachusetts, 1982) (que advierte que el reconocimiento de la administración de Dukakis de las condiciones "indefendibles"); Evans v. Williams, 139 F. Supp. 2d 79, 96-97 (D.D.C. 2001) (que advierte que los agentes habían estipulado que "el gobierno del Distrito ha fallado fundamentalmente en su obligación hacia las personas con discapacidad", pero insistieron en que la falla había ocurrido bajo administraciones anteriores); Feeley y Rubin, supra nota 6, págs. 59-63 (Arkansas); id. al 88-89 (Texas); Missouri v. Jenkins, 495 U.S. 33, 37 (1990) (Kansas City); Davis y otros, supra nota 87, al 7 (Pittsburgh).

¹⁶⁰ Dado que rechazamos la idea de que los tribunales estén especialmente o incluso -por sí solos- adecuadamente calificados para elaborar derechos de interés público, no estamos de acuerdo con la alegación de Owen Fiss de que la función tradicional de declarar el derecho de los tribunales sea una base suficiente para el litigio de interés público, en ausencia de una falla política. Ver Fiss, supra nota 131, págs. 6-13. Como hemos indicado antes, en la mayoría de los casos el establecimiento de una falla de desempeño inaceptable, o alguna forma de falla política, también es evidente. Pero hay excepciones en las que el proceso político parece adecuado para abordar las fallas de desempeño, y los tribunales deberían abstenerse. Ver, por ejemplo, Marisol A. ex rel. Forbes v. Giuliani, 185 F.R.D. 152, 164 (Distrito Sur de Nueva York, 1982) (discutido infra, nota 222).

presiones políticas¹⁶¹. El elemento político del caso prima facie en general no es explícito, pero parece ser una premisa importante de la mayoría de los casos. En este sentido, hay tres patrones recurrentes. El primero involucra al control político mayoritario que no responde a los intereses de las minorías vulnerables y estigmatizadas¹⁶². Las minorías pueden ser un grupo racial, como en algunas versiones de los casos de educación, vivienda y policía. También puede ser un grupo socialmente estigmatizado sobre la base de una conducta o de sus características, como los presos o los pacientes con afectaciones de salud mental. Algunos casos parecen seguir un segundo parámetro: la “lógica de la acción colectiva”, en donde un grupo concentrado con muchos intereses en juego explota o ignora a un grupo más numeroso pero más difuso con intereses que colectivamente son mayores, pero individualmente pequeños¹⁶³. Chayes enfatizó este patrón. Él vio a la reforma institucional como algo comparable con los desarrollos, entonces recientes, del derecho administrativo influidos por la noción de que las agencias regulatorias eran susceptibles de ser “cooptadas” por las industrias que regulaban, a costa de grupos de consumidores más dispersos (en el caso de regulaciones de precios) o de residentes locales (en los casos de regulaciones ambientales)¹⁶⁴. Los tribunales respondieron a esos problemas aumentando el acceso de los representantes de los residentes, consumidores, y organizaciones cívicas al procedimiento administrativo, y aumentando la rendición de cuentas de esas agencias frente a dichos grupos¹⁶⁵. En el litigio de interés público, las preocupaciones más comunes sobre la “cooptación” se enfocaron en los empleados públicos. En las filas más altas, los agentes con competencia en vivienda o prisiones pueden explotar su control de las instituciones públicas para favorecer amigos y a quienes los apoyan, o incluso generarse ganancias. En los niveles más bajos, como en el caso patrulleros de policía o custodias en las instituciones de salud mental, los agentes pueden sentir satisfacciones personales por abusar su poder sobre los ciudadanos o las personas privadas de su libertad, o simplemente pueden eludir sus deberes.

Y en todas las áreas, también se puede observar un tercer patrón que se superpone con uno o ambos de los dos anteriores: el dilema del prisionero, en el que los grupos se encuentran en un equilibrio de bajo nivel que se podría mejorar en general, pero solo mediante acciones coordinadas que las instituciones existentes no son adecuadas para inducir¹⁶⁶.

Los enfoques de opresión de las minorías y de “cooptación” no explican la gran discrecionalidad que muchas veces tienen los demandados en la fase remedial. Colin Diver se pregunta cómo puede ser que a los demandados, luego de que se probó que han violado de manera sistemática y extendida los derechos de los

¹⁶¹ La frase de John Hart Ely, “despejar los canales de cambio político” parece pertinente aquí, aunque él la aplica a la función más acotada de vigilar el proceso electoral. Ver John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* [Democracia y desconfianza: una teoría de la revisión judicial], 10534 (1980).

¹⁶² Ver, en general, id.

¹⁶³ Ver, en general, Mancur Olson, Jr., *The Logic of Collective Action* [La lógica de la acción colectiva] (1965).

¹⁶⁴ Ver Chayes, *supra* nota 1, al 1310.

¹⁶⁵ Ver Richard B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law* [La reforma del derecho administrativo estadounidense], 88 *Harvard Law Review* 1667, 1723-57 (1975).

¹⁶⁶ Ver, en general, Russell Hardin, *Collective Action* [Acción colectiva] (1982).

actores, se les permita tener el liderazgo para diseñar e implementar el remedio para sus propias ilegalidades¹⁶⁷. Por supuesto, el demandado no siempre tiene ese rol. Una determinación de responsabilidad se sigue indefectiblemente de algunas restricciones o ajustes a su autoridad, y en situaciones límites -cuando los tribunales deciden una intervención- el demandado puede ser desplazado o reestructurado. Pero la pregunta de Diver es pertinente en los muchos casos en los que el tribunal permite que el demandado juegue este rol dominante. Parte de la respuesta reside en el hecho ya mencionado de que los demandados, o una buena parte de los miembros dentro de las instituciones demandadas, muchas veces empatizan con los reclamos de los actores. Y de manera más frecuente aún, los demandados agradecen los nuevos recursos que la decisión atrae, provenientes fuentes gubernamentales no partidarias y privadas. En muchos casos, el gobierno federal ha retenido fondos por los mismos problemas de los que se quejan los actores, y el remedio hace que esos recursos estén disponibles otra vez. Las universidades y organizaciones de la sociedad civil también hacen algunas veces compromisos significativos de recursos para las decisiones de reforma educativo¹⁶⁸.

En principio, los demandados pueden negociar esas disposiciones por sí mismos, sin demandas judiciales. Es posible que no tengan una inclinación a hacerlo, pero también es posible que enfrenten obstáculos de coordinación serios para ello. Las agencias ejecutivas locales pueden estar limitadas en su habilidad de proveer la clase de garantías creíbles que harían que el gobierno federal y las organizaciones no gubernamentales se sientan cómodas dando nuevos recursos.

Hay alguna analogía aquí entre el rol de los tribunales de quiebras o de un interventor en una quiebra de una empresa. Parte del rol de un tribunal es resolver problemas de coordinación entre varias partes interesadas y la empresa. Libradas a actuar individualmente, las partes interesadas se comportarían en maneras destructivas colectivamente. Quienes están en control de una organización malgastarían sus bienes rápidamente en la expectativa de ser desplazados. Anticipando esto, cada parte interesada externa se apuraría por "agarrar" lo que pudiera antes de que desapareciera todo. La distribución resultante sería arbitraria y destruiría cualquier preocupación válida sobre la empresa. En cambio, la intervención del tribunal facilita la coordinación entre partes interesadas. El tribunal organiza un proceso en el que las partes reducen sus reclamos para permitir una distribución justa y, si la empresa tiene valor remanente, la continuación de aquélla. Cuando la empresa es viable, este proceso hace posible la atracción de nuevas inversiones. Y el proceso también permite el reemplazo de la administración o su supervisión por -o en nombre de- las partes interesadas¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Ver Diver, *supra* nota 2, al 82-83.

¹⁶⁸ Ver *Morgan v. Kerrigan*, 401 F. Supp. 216, 246-48 (Distrito de Massachusetts, 1975) (que describe el apoyo financiero federal y estadual a los programas que juntan universidades y escuelas como parte de una decisión de desegregación de Boston); Moore, *supra* nota 106, al 243-44 (que advierte el otorgamiento de fondos para modernización a la autoridad de vivienda de Boston); Raffel, *supra* nota 117, al 120-53 (que describe el apoyo de las organizaciones comunitarias a la implementación de una decisión de desegregación en Wilmington, Delaware); Pioneering Panel Hastens Pace of Child Welfare Reform, Casey Connects (Annie E. Casey Found., Baltimore, Md.), Primavera de 2000, página 1, disponible en http://www.aecf.org/publications/data/connects_spring_00.pdf (describe el apoyo de la fundación a la implementación de la reforma sobre bienestar de la niñez).

¹⁶⁹ Cfr. con David G. Epstein y otros, *Bankruptcy [Quiebras]* 737-41, 745-48 (1993).

El segundo elemento del caso *prima facie* -el bloqueo político- algunas veces resulta saliente en fases posteriores de un caso en las que el tribunal evalúa la adecuación de una respuesta administrativa o legislativa a una declaración inicial de responsabilidad. Por ejemplo, tanto la Corte Suprema de Justicia de Nueva Jersey en *Mount Laurel* como la Corte Suprema de Texas en *Edgewood* eventualmente mantuvieron acuerdos legislativos sobre las cuestiones involucradas en esos casos¹⁷⁰. No hay dudas de que hubo una presión política sustancial para que los tribunales lo hicieran (aunque el tribunal de Texas había rechazado dos esfuerzos legislativos anteriores). Pero también parece que los tribunales fueron influidos por el hecho de que las leyes emergieron de procesos que involucraban una gran movilización de actores diversos, incluidos representantes de la clase actora.

2. Remedios: la tendencia experimentalista. Algunas veces las decisiones en los casos de interés público toman una forma *in terrorem* o punitiva: amenazar o, menos veces, imponer sanciones para inducir el cumplimiento de otras órdenes¹⁷¹. Estas sanciones funcionan como una suerte de “penalidad por defecto”: un resultado que nadie preferiría, pero con la intención de inducir a las partes a negociar uno mejor¹⁷². En casos extremos, la intervención judicial puede suprimir de manera temporal la autoridad de los administradores de las instituciones demandadas, como por ejemplo con una intervención. Pero la decisión más característica en un caso de interés público le da la posibilidad sustantiva de adoptar decisiones a la administración de la institución. Aunque estas decisiones pueden tomar la forma de órdenes de no hacer relativamente simples y con alcance limitado, muchas veces aquéllas son más comprensivas.

Hemos visto una tendencia de los remedios comprensivos a dejar las prescripciones detalladas de comando y control, para adoptar un enfoque experimentalista. Esta tendencia queda captada de manera útil en un modelo con tres características generales. Ninguno de los casos que examinamos expresa del todo todas estas características, pero algunos se acercan bastante, y el modelo conecta de manera sistemática los aspectos distintivos y prometedores de todos ellos. Las características básicas de esta tendencia experimentalista son las siguientes.

¹⁷⁰ Ver *Hills Dev. Co. v. Township of Bernards*, 510 A.2d 621, 654-55 (Nueva Jersey, 1986); *Edgewood Indep. Sch. Dist. v. Meno*, 917 S.W.2d 717, 750 (Texas, 1995).

¹⁷¹ Ver, por ejemplo, *Evans v. Williams*, 35 F. Supp. 2d 88, 94 (D.D.C. 1999) (que impuso una sanción por incumplimiento de \$5 millones en contra de ciertos agentes del Distrito de Columbia), dejada sin efecto, 206 F.3d 1292 (Circuito del Distrito de Columbia, 1999), sentencia homologatoria aprobada por 139 F. Supp. 2d 79 (D.D.C. 2001); *Ramos v. Lamm*, 485 F. Supp. 122, 169-70 (Distrito de Colorado, 1979) (que ordenó cerrar una prisión de Colorado); *Edgewood Indep. Sch. Dist. v. Kirby*, 804 S.W.2d 491, 498-99 (Tex. 1991) (que aprobó una decisión que prohibía el financiamiento estatal a la educación a menos que se desarrollara un plan adecuado de financiamiento escolar); *Robert Cover et al., Procedure* 378 (3d ed. 2003) (que advirtió que un juez de primera instancia de Texas en un caso penitenciario había ordenado una sanción por incumplimiento de \$800.000 por día, luego rescindida al advertirse que había progreso); *Feeley y Rubin*, supra nota 6, al 124-25 (que informa las amenazas reiteradas, pero nunca ejecutadas, de un tribunal estadual por incumplimiento, contra la Comisión de Supervisores del Condado de Santa Clara en un caso de cárceles).

¹⁷² Ian Ayres y Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules* [Llenando los vacíos en los contratos incompletos: una teoría económica de las reglas subsidiarias], 99 *Yale Law Journal* 87, 97 (1989). Ayres y Gertner enfatizan la función los “intereses sancionatorios” en el derecho de los contratos para inducir a la parte con más información a revelarla. En nuestro contexto, la función esencial es forzar a sentarse a la mesa a la parte que, de otro modo, no estaría dispuesta a negociar.

Primero, la negociación de las partes interesadas. Las partes se reúnen para negociar un plan remedial¹⁷³. Otras partes interesadas se pueden sumar también, bajo estándares de intervención liberales: los grupos que alegan intereses significativos van a ser admitidos en las negociaciones, incluso si no son parte formalmente. De hecho, los grupos cuya participación se considera importante para el éxito de la reforma pueden ser invitados activamente si no se incorporan ellos mismos. Las negociaciones pueden estar supervisadas por un *special master* o por un mediador designado por el tribunal. Estos oficiales para-judiciales, quizás con asesores expertos seleccionados por el tribunal o las partes, van a ayudar a éstas a dialogar entre sí de manera organizada, a establecer una agenda y fijar reglas para la discusión, y a reunir información.

Las negociaciones son deliberativas. Las partes interesadas se encuentran cara a cara, y defienden sus posturas con razones. Se espera que se escuchen la una a la otra de buena fe y que estén abiertas a aprender. En la medida en que las propuestas de una parte residan en premisas fácticas, esa parte debe poner a disposición la información relevante bajo su control. El objetivo de la negociación es el consenso y las partes interesadas deberían estar abiertas a la posibilidad de que, dentro de las limitaciones impuestas por la determinación de responsabilidad, ellas puedan ponerse de acuerdo un régimen remedial. Aunque el *special master* o el facilitador se esfuerzan por lograr consenso, puede ser que finalmente no se alcance. El *master* puede tener que presentarse al tribunal con varias propuestas, o con una propuesta apoyada por él y un subgrupo de partes interesadas. Pero el estándar del consenso juega un rol valioso aun cuando dicho consenso no se alcance. Por ejemplo, previene el cierre prematuro y refuerza un compromiso de línea de base a la apertura y el respeto mutuos¹⁷⁴.

En la práctica, la medida en la que la deliberación ocurre en la formulación de remedios varía. Los demandados hostiles pueden resistirse a lidiar con los actores, aun si esa resistencia aumenta el riesgo de que el tribunal vaya a rechazar sus propias propuestas. Los *special masters* a veces prefieren reunirse con las partes interesadas sucesivamente y luego intentar diseñar un plan aceptable propio, en vez de fomentar las negociaciones directas¹⁷⁵. Sin embargo, las negociaciones directas, con o sin masters, son comunes. Por ejemplo, en *Plata*, el caso sobre salud en las prisiones de California, las partes acordaron no utilizar

¹⁷³ Para un análisis extensivo de esas negociaciones, incluyendo ilustraciones del rol de las partes en la formulación de remedios, ver Sturm, supra nota 15, al 1365-76. Al menos desde *Lewis v. Casey*, 518 U.S. 343 (1996), el tribunal de primera instancia le tiene que dar a la institución demandada la "primera oportunidad" de proponer un plan de remediación. Ver id. al 362 (con cita de *Preiser v. Rodriguez*, 411 U.S. 475, 492 [1973]) (comillas internas omitidas). Pero dado que el tribunal probablemente trate con respeto las objeciones a ese plan realizadas por los actores que han ganado en el fondo, el demandado aún tiene incentivos fuertes para negociar con los actores. Ver id. al 410 (disidencia del Juez Stevens) (que resalta "el proceso de negociación supervisada por el tribunal que generalmente debería preceder al remedio general").

¹⁷⁴ Para estudios de casos de deliberación de las partes interesadas en el contexto de las políticas públicas, ver *The Consensus Building Handbook* [El manual de la construcción de consenso] (Ed. Lawrence Susskind y otros, 1999). Nótese especialmente el relato de las negociaciones entre entidades de gobiernos estatales y municipales por la asignación de responsabilidad respecto de la vivienda accesible - el mismo tema general implicado en el litigio de Mount Laurel. Ver Lawrence Susskind y Susan L. Podziba, *Affordable Housing Mediation* [Mediación de vivienda accesible], en *The Consensus Building Handbook* [El manual de construcción de consenso], supra, al 773-99.

¹⁷⁵ Berger recuenta su experiencia con esta práctica e ilustra su desventaja. Luego de que el master desarrolló un plan que buscaba incorporar todas las preocupaciones expresadas en distintas reuniones con las partes interesadas, casi todas ellas lo atacaron y el tribunal se sintió presionado a rechazarlo. Ver Berger, supra nota 15, al 730-33.

un *special master* u otro intermediario porque querían lidiar una con la otra directamente¹⁷⁶.

En segundo lugar, la intervención toma la forma de un régimen de *rolling-rule*^{177,178}. Las reglas que surgen de la negociación remedial son provisorias. Incorporan un proceso de reevaluación y revisión con participación continua de las partes interesadas, ya que éstas reconocen que no pueden elaborar eficazmente un régimen de reglas fijas y específicas. Aun con el proceso de investigación de los hechos apoyado por los jueces, las partes tienen información limitada. No pueden expresar completamente sus intenciones, inevitablemente tienen que dejar vacíos y ambigüedades, y no pueden anticipar todas las contingencias futuras¹⁷⁹.

Hemos visto que una respuesta a este problema es enfocarse en normas de resultados que le dan amplia discrecionalidad a quienes están sujetos a ellas. Esas normas pueden expresarse en una variedad de formas, desde lo relativamente específico y formal hasta lo relativamente general e informal. Dado que los problemas de conocimiento incompleto y articulación también se aplican a los resultados, las normas informales que difieren la elaboración del camino para la implementación tienen su atractivo. Pero ese enfoque tiene desventajas importantes también. En primer lugar, les quita a las partes interesadas la responsabilidad de clarificar sus entendimientos en la mayor medida posible. Además, difiere la tarea de especificación a escenarios futuros en los que las personas gobernadas por esas normas van a tener, generalmente, intereses divergentes. Al momento inicial de la negociación, algunas partes interesadas van a tener un sentido general de su interés propio en las normas. Pero para muchas (o quizás la mayoría) de ellas va a haber una buena medida de incertidumbre sobre cómo se van a interconectar esas normas con sus intereses personales. A medida que la implementación avanza, algunos actores van a desarrollar un interés especial en interpretaciones particulares de las normas generales. Por ejemplo, los empleados públicos cuyo desempeño está siendo evaluado van a desarrollar un interés en las interpretaciones que sean más acorde con su desempeño.

El modelo que estamos considerando se inclina por lidiar con los problemas de información limitada, articulación y predicción mediante la provisionalidad

¹⁷⁶ Ver Estipulación de Plata, supra nota 73; entrevista telefónica con Don Specter, abogado, Oficina Legal Penitenciaria (6 de julio de 2002). La Ley de Litigio de Reforma Penitenciaria de 1996 limita el uso típico de los masters como intermediarios, al requerir que todas sus actividades queden registradas. No está claro si la limitación se aplica solo a aquellos designados con poderes de investigación de los hechos o de manera más amplia a roles más informales, como los de mediadores o controladores designados por el tribunal. Ver Boston, supra nota 65, al 722.

¹⁷⁷ [N.d.T.] Un régimen de rolling-rule se basa en la experimentación local, y los reguladores usan propuestas y resultados reportados para reformular una serie de estándares mínimos y objetivos deseables. Los actores locales proveen información, y el sistema genera mejoras continuas y aumenta la rendición de cuentas. Ver infra, nota 159.

¹⁷⁸ Charles Sabel y otros, *Beyond Backyard Environmentalism* 7 (2000).

¹⁷⁹ Mirando en retrospectiva a un caso de educación especial de Nueva York, el abogado de los actores escribió: lo que los abogados de ambas partes no apreciaron completamente al principio, sin embargo, fue que el plan de reorganización del Dr. Gross no constituía un sistema educativo comprobado que pudiese ser implementado totalmente a través del tiempo si se asignaban recursos suficientes. En cambio, era una propuesta imaginativa para empezar un proceso de reforma estructural cuya dirección y sustancia estarían sujetas a una reformulación permanente. Michael A. Rebell, Jose P. v. Ambach: *Special Education Reform in New York City*, in *Justice and the School Systems* [Jose P. v. Ambach: reforma de la educación especial en la ciudad de Nueva York, en La justicia y en el Sistema escolar], supra nota 41, al 35.

más que mediante la informalidad. En el comienzo, las partes interesadas tratan de generar medidas de desempeño que sean tan específicas como sea posible. Estas medidas van a dejarle una discrecionalidad sustancial a las partes, pero van a especificar metas específicas. Además, se especifican en detalle algunos procesos que en general incluyen documentación y generación de información, lo que facilita la evaluación del cumplimiento. Pero se espera que la aplicación de las normas también sea una ocasión para su reevaluación y revisión. Las partes interesadas siguen estando involucradas en los procesos de monitoreo y evaluación. En la medida en que cualquiera de ellas crea que las normas ya no reflejan sus expectativas de manera apropiada, aquéllas pueden ser reconsideradas y revisadas mediante el proceso de evaluación. Por ejemplo, si los resultados de las evaluaciones educacionales son buenos solo porque los docentes, de manera inapropiada, adaptaron un modo de "enseñar para la evaluación", esa evaluación debe ser revisada o el peso de sus resultados cambiado. Si los administradores en los casos de vivienda esquivan el mantenimiento a largo plazo para responder de manera más rápida a las quejas de los inquilinos, se puede introducir una nueva medida de desempeño que se enfoque en las tareas de largo plazo. Los participantes que buscan excusar las fallas de cumplimiento criticando los estándares aplicables tienen que dar razones de sus críticas y proponer estándares revisados en base a los que serían responsables en el futuro. Por supuesto, en cada interacción los participantes van a intentar renegociar los estándares de modo que beneficien sus intereses propios. Los mismos controles sobre el oportunismo que operan en las negociaciones iniciales -la conciencia sobre los intereses en común, las presiones psicológicas hacia la honestidad del proceso de persuasión deliberativa, y la posibilidad de una penalidad en caso de que no se llegue a un acuerdo- funcionan también en estas etapas posteriores. Además, en las etapas más tardías, los demandados pueden enfrentar una presión adicional: en la medida en la que están atacando estándares acordados que no han logrado cumplir, tienen una carga de persuasión más alta.

Los reformistas de Texas, por ejemplo, informaron un progreso significativo lidiando con el fenómeno de "enseñar para la evaluación". El primer examen de evaluación adoptado bajo el Sistema de Rendición de Cuentas de las Escuelas Públicas enfatizó el aprendizaje por memorización de un modo que motivó a los docentes a enfocarse en una instrucción que tenía poca utilidad por fuera de los exámenes. A los estudiantes que estaban aprendiendo a diferenciar el área del perímetro se les podía enseñar que el área era "sobre la multiplicación" y el perímetro "sobre la suma". Pero aun este régimen relativamente crudo produjo sorpresas importantes. Algunos docentes que habían perdido toda esperanza en las aptitudes de sus estudiantes se sorprendieron al descubrir que se les podía enseñar a rendir un examen. Pero cuando surgieron las quejas sobre la "enseñanza para la evaluación", la colaboración entre los docentes y los directivos produjo un nuevo régimen para las evaluaciones, enfocado menos en la pedagogía algorítmica y más en el aprendizaje conceptual. Los estudiantes que se preparan para el examen ahora aprenden que el área es sobre la cobertura y se mide multiplicando las longitudes de los lados, y que el perímetro es sobre el encuadre y se mide sumando las longitudes de los lados.

“Enseñar para la evaluación” está empezando a significar enseñar el poder de la abstracción¹⁸⁰.

En muchos casos, las decisiones se limitan a descripciones generales de los objetivos de las partes, prescripciones para medir su progreso hacia ellos, y compromisos a poner información a disposición. Pero el régimen completo también incluye una variedad de otras normas que presentan, a veces en detalle, prácticas o procedimientos de funcionamiento. Estas normas de prácticas seguramente van a ser establecidas en “planes”, que pueden o no ser presentados al tribunal pero que generalmente no se espera que sean examinados y aprobados por un juez. Los planes están pensados para ser fácilmente revisables¹⁸¹. Algunas veces los demandados pueden revisarlos unilateralmente sin notificar a los actores y al tribunal. Otras veces, los actores tienen que aceptar que haya revisiones, y el tribunal puede intervenir en casos de disputas, pero se espera que esa intervención sea excepcional. La decisión puede ordenar que el demandado cumpla con los planes vigentes, pero las normas en los planes en general no son directa o inmediatamente ejecutables mediante un proceso de incumplimiento. En principio, una directiva judicial más específica puede ser la base de una declaración de incumplimiento, pero en la práctica los tribunales en general solo intervienen en casos de incumplimiento sistemático.

Por ende, cualquiera que sea el estatus legal de los planes, su función no es tanto generar obediencia sino inducir deliberaciones internas y transparencia externa. Forzar a los demandados a acordar sobre una descripción clara de sus prácticas les pone presión para reflexionar y explicar lo que están haciendo. Además, las normas de prácticas les permiten a las terceras personas determinar qué esfuerzos realizan los involucrados, y complementan las normas de desempeño describiendo los insumos que generan los resultados indicados en esas normas¹⁸².

El tercer elemento del modelo es la transparencia. Como mínimo, este elemento confirma el requisito de que las políticas y normas de funcionamiento de los regímenes de *rolling-rule* tienen que ser explícitas y públicas. De manera más ambiciosa, la transparencia implica que tienen que haber medidas y procedimientos acordados para evaluar el cumplimiento, y que esos procedimientos y sus resultados se deben hacer públicos.

La transparencia es tanto una norma de rendición de cuentas como un instrumento de aprendizaje. Busca, en parte, facilitar las prácticas de comparación disciplinada. Al decidir qué nivel de desempeño se puede esperar razonablemente, el tribunal y las partes pueden mirar unidades de desempeño

¹⁸⁰ Entrevista con W. David Hill, Director Adjunto, Charles A. Dana Center, University of Texas at Austin, Texas (15 de agosto de 2002).

¹⁸¹ La Regla 23(e) de las Reglas Federales de Procedimiento Civil requiere que el tribunal apruebe los acuerdos de las acciones de clase, y bajo *Rufo v. Inmates of Suffolk County Jail*, 502 U.S. 367 (1992), una parte que busca alterar una sentencia homologatoria con la objeción de la otra debe demostrar un “cambio significativo en los hechos o el derecho”. *Id.* al 393. Aunque la doctrina no es explícita, parece poco probable que cualquier de los requisitos se aplique a normas de prácticas que no estén directamente incorporadas en la decisión.

¹⁸² Para una discusión sobre las normas de desempeño y prácticas, ver *Am. Corr. Ass’n*, *supra* nota 62, al xxii-xxviii.

comparables. Una vez que se han identificado a quienes van a la cabeza, los más rezagados deberían poder aprender de las prácticas de aquéllos. Quienes se desempeñan exitosamente deberían ser recompensados con más autonomía, y quizás con reconocimientos formales o beneficios tangibles. Los más rezagados deberían recibir sanciones, asistencia para los remedios, o ambas. Las intuiciones aquí son obvias, pero la transparencia requiere de procesos que no son muy frecuentes y que muchas veces solo se logran con bastante dificultad. Los obstáculos son tanto políticos como técnicos y las organizaciones de todo tipo muchas veces resisten la transparencia. Quienes tienen un mal desempeño la resisten porque los hace vulnerables; los que tienen un buen desempeño, a veces la resisten porque les quita su ventaja competitiva. En la práctica, las decisiones típicamente requieren que la información se ponga a disposición de las partes y de otras partes interesadas, pero no del público. El régimen educacional de Texas, parcialmente nacionalizado por la Ley Para que Ningún Niño Sea Dejado Atrás¹⁸³, es una excepción relevante: ordena que los datos sobre desempeño de escuelas y distritos estén públicamente disponibles.

Además, las comparaciones disciplinadas requieren que los datos sobre desempeño sean formulados de una manera que permita la evaluación comparativa. Se debe diseñar un conjunto común de mediciones e incentivar a los participantes a remitir información en esos términos. En el sector público, este proceso es más comúnmente desarrollado en el campo de la educación. El sistema de evaluación de la vivienda pública del DVDU representa otro desarrollo sofisticado en esas líneas¹⁸⁴. En otras áreas, como las de conducta policial y prisiones, incluso los sistemas bastante sofisticados de monitoreo aún no han desarrollado la clase de mecanismos de reporte y parámetros que permitan esas comparaciones.

Un tema más difícil es el de discernir qué clase de intervenciones deberían hacer los tribunales una vez que los desempeños ya fueron clasificados. Mientras que los premios tangibles por buen desempeño son una opción posible, como en algunos programas legales sobre educación, la principal recompensa por buen desempeño en el contexto judicial va a ser la autonomía que genera la relajación del control judicial y la terminación de la jurisdicción. Las comparaciones disciplinadas también pueden generar recompensas intangibles en la forma de respeto y prestigio de las instituciones con buen desempeño.

En el caso del mal desempeño, el secreto es balancear el apoyo para el remedio, la pérdida del control, y las sanciones directas. Los administradores rápidamente alegan que el mal desempeño es el resultado de la insuficiencia de recursos. En alguna medida, las comparaciones disciplinadas de desempeño en relación con los niveles de recursos pueden verificar esas alegaciones. En los casos en que ellas sean reales, los recursos con finalidades específicas pueden ser la solución, como lo fueron en algunos regímenes legales de la "nueva rendición de cuentas" en materia de educación. En los casos en que el mal desempeño no puede ser

¹⁸³ Ver 20 U.S.C.A. §9622(c)(1)(A) (West Supp. 2003).

¹⁸⁴ Ver supra, Sección II.E.

excusado, las opciones son mayor intervención externa o sanciones punitivas. Si la mayor intervención toma la forma de directivas de conductas específicas, va a generar los problemas de las regulaciones de comando y control y le puede permitir a los demandados pasar la responsabilidad por los problemas al tribunal o a los actores. El reemplazo directo de los administradores fallidos, como una intervención que el Congreso ha aprobado en los casos de autoridades de vivienda con mal desempeño, no resulta en los mismos problemas pero ese remedio solo está disponible en situaciones extremas. Las sanciones punitivas son difíciles de calibrar, y hay muchos obstáculos doctrinarios y políticos para aplicarlas¹⁸⁵. Además, desincentivan la cooperación y la posibilidad de compartir información entre las partes interesadas de las que el régimen de rolling-rule depende.

El experimentalismo no provee pautas determinadas sobre la cuestión de las sanciones. Deposita en buena medida sus expectativas en los efectos de la transparencia. Al exponer el mal desempeño de la manera más clara posible, abre el sistema al control generalizado y lo expone más prontamente a la intervención no judicial.

D. Efectos de desestabilización

Las preguntas prácticas equivalentes a la cuestión doctrinaria de la relación entre derechos y remedios son: ¿qué pasa en el litigio que hace posibles los acuerdos entre partes adversarias? ¿Y por qué el acuerdo que resulta de allí sería beneficioso en términos generales? En algunos casos, el acuerdo sobre los remedios le sigue a una fuerte batalla sobre la responsabilidad. Aun en los casos en que se admite la responsabilidad, los actores y demandados muchas veces están en desacuerdo. Aun así, con una frecuencia sorprendente la pelea precede a un acuerdo sustancial sobre un marco de remediación que contempla una cooperación permanente¹⁸⁶ ¿Qué sucede? La idea de derechos de desestabilización sugiere una parte importante de la respuesta. La determinación de responsabilidad impuesta o ratificada por un tribunal y sujeta a la disciplina experimentalista de la fase de remediación puede tener grandes efectos para “desenmascarar”¹⁸⁷. Estos efectos funcionan en un nivel individual, institucional, e inter-institucional o social. En el nivel individual, los efectos parecen estar enraizados en características muy discutidas sobre los rasgos cognitivos y psicológicos de la sociabilidad humana, que contradicen las concepciones tradicionales sobre las personas como seres que tienden a maximizar la utilidad privada o bien como moralistas Kantianos desapasionados.

¹⁸⁵ Ver *Evans v. Williams*, 206 F.3d 1292, 1295-97 (Circuito del Distrito de Columbia, 2000) (que discute las barreras doctrinales a la imposición de multas punitivas).

¹⁸⁶ Ver, por ejemplo, Haar, *supra* nota 112, al 57 (que reporta que luego de años de un litigio peleado duramente, las partes acordaron en una metodología de implementación para Mount Laurel); Nota, *The Wyatt Case: Implementation of a Judicial Decree Ordering Institutional Change* [El caso Wyatt: implementación de una decisión judicial que ordena un cambio institucional], 84 *Yale Law Journal* 1338, 1367 (1975) (que advierte que aunque los demandados en el caso de salud mental de Alabama inicialmente resistieron la intervención judicial, luego de una determinación de responsabilidad ellos y los actores pudieron acordar respecto de “más del 90% de los estándares requeridos”).

¹⁸⁷ En algunos casos que se acuerdan si una determinación judicial de responsabilidad, en general en el área de mala conducta policial, los demandados no reconocen explícitamente sus prácticas indebidas y el acuerdo puede llegar a excusar esa declaración. Ver, por ejemplo, sentencia homologatoria de Los Angeles, *supra* nota 87, pág. 3. Esas excusaciones, sin embargo, tienen en buena medida el propósito de obviar admisiones de prueba que puedan incentivar acciones de daños en el futuro. Para pasar a la fase de negociaciones remediales y terminar un acuerdo de remediación, el demandado tiene que reconocer al menos una probabilidad sustancial de que el actor podría triunfar en su pretensión. Esa concesión muchas veces debería ser suficiente para inducir los efectos psicológicos que describimos.

En este contexto, hay seis efectos principales:

1. El efecto del velo.- La lucha por la obtención de ventajas individuales se ve impedida al inicio de las negociaciones sobre remedios por el hecho de que las partes se encuentran parcialmente sujetas a un velo de ignorancia. No pueden confiar en sus posiciones previas y puede ser difícil para ellas anticipar cuáles van a ser sus posiciones en los distintos regímenes futuros que están sujetos a consideración.

Cuanto más reformas audaces estén bajo consideración, y cuantas más partes haya comprometidas a una auto-revisión permanente, va a ser más difícil para cada actor en particular anticipar qué va a significar para él cada reforma con relación a cuestiones como compensaciones, recursos, autoridad, satisfacción laboral, y carga de trabajo. La habilidad para perseguir intereses individuales se ve limitada por la incertidumbre inherente acerca de cómo se cumplirían algunos objetivos egoístas en esquemas que aún no están explorados, y por la dificultad de definir cualquier esquema particular en un régimen que está continuamente sujeto a autoevaluaciones y revisión.

Considérese por ejemplo la posición de un director de escuela en un caso en que se cuestiona el sistema del que su institución es parte. Él puede creer que su institución es excepcionalmente capaz de ir bien en ciertas mediciones de desempeño, o creer que es excepcionalmente probable que vaya mal. En ese caso, en el que los resultados probables son conocidos, el interés individual puede llevarlo a favorecer ciertos remedios (vamos a llamar a esto el "efecto parte interesada" en un momento). Pero parece probable que al menos igual de frecuentemente el director tenga incertidumbre sobre cómo se va a desempeñar su escuela. Puede no saber cómo se va a comparar su desempeño con otras instituciones pares. Además, puede no saber si las consecuencias del mal desempeño, que en principio posiblemente incluyan asistencia para el remedio, van a ser en general buenas o malas para él.

O considere al representante de un sindicato de guardias de una prisión que responde a una propuesta, en una negociación sobre remedios, para mejorar la seguridad mediante el chequeo y el aislamiento de algunos presos con ciertos diagnósticos psiquiátricos. La propuesta sin dudas se vincula con los intereses egoístas de sus representados. Se va a crear una nueva clase de roles especializados y los profesionales de la salud mental van a tener un rol más importante en la institución. Aun así, el modo en que esas contingencias se van a reflejar en los intereses egoístas de los guardias es algo más difícil de determinar. Quizás los nuevos oficiales van a disminuir la autoridad y autonomía de los guardias; quizás van a facilitar su trabajo, o hacerlo menos estresante. Por otra parte, el impacto de la reforma sobre el interés en la seguridad que los guardias comparten con otras partes interesadas parece más fácil de predecir y evaluar. En estas circunstancias, las partes interesadas pueden no tener mejor predicción de sus propios intereses que una mera intuición sobre intereses generales. Al hacer menos nítida la relación entre intereses particulares y generales, el juicio sobre responsabilidad se aproxima en los hechos a las condiciones que los teóricos políticos como John Rawls han considerado

hipotéticamente útiles para la toma de decisiones democráticas. Rawls nos insta a evaluar las propuestas de decisiones públicas preguntándonos ellas si serían adoptadas si no supiéramos cómo van a afectar nuestros intereses egoístas¹⁸⁸.

Hay una diferencia crucial, sin embargo, entre la “posición originaria” de Rawls y la situación creada por una decisión sobre responsabilidad. Al entrar en la “posición originaria”, los participantes de una discusión política están saliendo del mundo. La imparcialidad de sus intercambios depende de abstraerlos de todas las características de su persona y de sus actividades. Hay un debate considerable sobre si es posible lograr esa visión neutral, “desde ninguna parte” y, si la hay, sobre si los arreglos decididos así son suficientemente específicos como para ser trasladados a la realidad¹⁸⁹.

El velo de ignorancia que surge del establecimiento o reconocimiento de responsabilidad no requiere que los participantes salgan del mundo, sino en cambio que se abran al mundo de formas nuevas. El aprendizaje mutuo que sugiere la prudencia los puede hacer cambiar su punto de vista sobre sus posibilidades, incluso cuando ponen sus identidades en riesgo al reorientar sus objetivos, sus ideas de colaboraciones posibles, y sus entendimientos sobre las estrategias fructíferas en la resolución de conflictos.

2. El efecto de *status quo*.— La determinación de responsabilidad revierte la presunción usual en favor del *status quo*. Sin saber cómo va a ser el nuevo régimen, las partes presumen que va a ser diferente al modo en que las cosas han sido hasta entonces. La desaprobación del *status quo* tiene un efecto cognitivo distintivo: abre la llave mental de las estructuras convencionales a la posibilidad de considerar alternativas.

Hay psicología empírica reciente que enfatiza que hay tendencias cognitivas fuertes hacia el mantenimiento del *status quo*. La “heurística de la disponibilidad” sugiere que las contingencias que pueden ser visualizadas más fácilmente en general van a recibir más consideración o más peso que las cuestiones igualmente relevantes, pero más difíciles de imaginar. El “efecto de la dotación” sugiere las personas tienden a demandar más para renunciar a algo que ya tienen de lo que harían para adquirir la misma cosa de alguien más. Estudios sobre las actitudes hacia el riesgo indican que las personas tienen más aversión a los peligros que perciben como pérdidas que a las omisiones en adquirir algo nuevo, aunque estas percepciones son bastante manipulables (un precio diferencial por efectivo o crédito va a ser percibido de manera diferente dependiendo de si se llama recargo por crédito o descuento por efectivo)¹⁹⁰.

La determinación de responsabilidad mitiga estos efectos. Genera contrapesos a la disponibilidad relativa del *status quo* como una alternativa, al estigmatizarlo. Señala que muchas posiciones supuestas en el *status quo* en realidad no son

¹⁸⁸ John Rawls, *A Theory of Justice* [Teoría de la Justicia] 195-201 (1971).

¹⁸⁹ Ver, por ejemplo, Amy Gutmann y Dennis Thompson, *Democracy and Disagreement* [Democracia y desacuerdo] 37-39 (1996).

¹⁹⁰ Ver Daniel Kahneman y otros, *Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias* [Anomalías: el efecto de la dotación, aversión a las pérdidas y parcialidad por el *status quo*], *5 J. Econ. Persp.* 193, 194-96, 197-99 (1991).

derechos de aquellos que las apoyan. El pronunciamiento de que el estado de cosas actual no va a continuar debería generar la percepción de ciertos riesgos relacionados al cambio. El régimen anterior ya no representa una pérdida potencial sino simplemente una de muchas alternativas, y de hecho una poco prometedora. La voluntad de considerar alternativas, entonces, debería ser más amplia.

3. El efecto de deliberación. – La creciente apertura de las partes a alternativas va de la mano con una presión creciente para apoyar posiciones dando razones basadas en valores públicos. Dado que no pueden aludir a la inercia institucional, las partes tienen más incentivos para crear argumentos que persuadan por la validez de sus razones. Es una premisa central de una tradición venerable recientemente revivida en la política que justificar la posición propia dando razones y respondiendo a argumentos razonados sobre puntos de vista contrapuestos puede cambiar el entendimiento de una persona sobre sus circunstancias de hecho y sus intereses, evidenciando oportunidades que antes estaban fuera de vista¹⁹¹.

Por ejemplo, en un acuerdo reciente en un caso sobre elaboraciones de perfiles raciales, la Patrulla de Autopistas de California aceptó terminar su práctica de solicitarle a los conductores de motos que “consintieran” las requisas en casos en los que no hubiera “causa probable”¹⁹². Los actores objetaron que la incidencia de ese requisito tenía un prejuicio racial y que los “consentimientos” que se daban invariablemente no eran voluntarios. La Patrulla estuvo de acuerdo en abandonar la práctica cuando supo, durante las negociaciones, que la práctica no estaba generando básicamente ninguna prueba o arrestos. Hasta que la autoridad estuvo sujeta a presiones para justificar su posición, no evaluó sistemáticamente la práctica. Una vez que lo hizo, aceptó que era indefendible¹⁹³.

4. El efecto de publicidad. – La defensa de la pretensión de los actores va a llevar atención pública a los problemas. En consecuencia, el control público sobre las partes interesadas, en especial sobre los demandados, puede aumentar. Este control acrecentado va a generar presiones difusas, aunque muchas veces poderosas, en favor de un desempeño responsable. Los agentes públicos que están tratando de reformar sus instituciones pueden advertir que pueden capitalizar la publicidad para movilizar apoyo hacia sus esfuerzos. Los agentes que hubieran preferido evitar estos temas ahora son presionados para tomar una posición. El resultado podría ser la demagogia irresponsable; pero dada la presión por ofrecer razones públicas, aumentada por el efecto de la deliberación, el resultado en la determinación del nuevo derecho de interés

¹⁹¹ Ver, por ejemplo, Gutmann y Thompson, *supra* nota 170, al 37-39.

¹⁹² [N.de T.] La causa probable es un estándar, basado en la cuarta enmienda de la Constitución Federal, que se usa en el derecho penal para evaluar cuándo hay razones suficientes para creer que se cometió un delito, y sin el cual no se pueden realizar ciertos pasos de una investigación penal. De acuerdo con la Corte Suprema, la configuración de una causa probable depende de varios factores y es una noción flexible.

¹⁹³ Ver Términos y Condiciones del Acuerdo, Rodríguez v. Cal. Highway Patrol, No. C 99-20895-JF/HRL (Distrito norte de California, 27 de febrero de 2003), disponible en <http://www.aclunc.org/police/030227-rodriguez.pdf>; correo electrónico de Michelle Alexander, abogada de los actores, Rodríguez, a William H. Simon (2 de marzo 2003) (en el archivo de la biblioteca de la Facultad de Derecho de Harvard).

público posiblemente sea un involucramiento constructivo. En los primeros casos de prisiones, por ejemplo, la publicidad de las condiciones terribles -algunas veces bienvenidas por los agentes, otras no- parece haber jugado un rol importante en facilitar al progreso del remedio¹⁹⁴.

5. Los efectos de las partes interesadas. – Hay tres efectos sobre las partes interesadas: el balance de poder entre actores y demandados cambia; se generan presiones internas dentro de la clase de actores y de la institución demandada; y hay nuevas partes interesadas que se ven motivadas o empoderadas a participar.

Primero, la determinación de responsabilidad empodera a los actores frente a los demandados, y les da legitimidad oficial a sus reclamos. Los actores ahora tienen el poder, solo por objetar al remedio propuesto por el demandado, para exponer al demandado a más riesgo e incertidumbre. En consecuencia, el demandado tiene razones más fuertes para lidiar con los actores.

En segundo lugar, la situación remedial puede transformar tanto a los actores como a los demandados. Los abogados de los actores o las organizaciones para las que trabajan pueden tener derechos a honorarios. Además, el tribunal puede inducir a que el demandado u otra institución provea recursos para la negociación y también se pueden atraer contribuciones privadas por el éxito de los actores¹⁹⁵. En consecuencia, los actores se van a ver fortalecidos tanto por el prestigio que viene con el éxito como por nuevos recursos. Pero puede haber efectos internos del lado del demandado también. Como institución, el demandado en general está compuesto de diversas comunidades. La determinación de responsabilidad o su admisión puede alterar los espacios de cada una de ellas. Los grupos con puntos de vista o intereses que se superponen con los de los actores van a ver la declaración como una oportunidad para ampliar su influencia. El orgullo por su oficio de algunos agentes de rango y de menor jerarquía, y el profesionalismo de algunos de los directores los van a llevar a resentir las prácticas descuidadas o corruptas cuestionadas por los actores y por ende van a favorecer estándares más altos. Algunos administradores de más jerarquía pueden ver en el proceso remedial una posibilidad de obtener más recursos o prestigio.

¹⁹⁴ Para una consideración de la influencia de la publicidad relacionada con el litigio sobre la reforma penitenciaria, ver Margo Schlanger, *Inmate Litigation*, 116 *Harvard Law Review* 1555, 1678-80 (2003). En un ensayo que evalúa las resoluciones negociadas sobre cuestiones de calidad del agua, David J. Hayes identifica el grado de interés del público en general sobre las negociaciones como una variable importante que favorece el éxito. David J. Hayes, *Federal-State Decision-Making on Water: Applying Lessons Learned [Toma de decisiones federales-estaduales sobre agua: implementación de las lecciones aprendidas]* 15-16 (2002) (manuscrito no publicado, en archivo en la biblioteca de la Facultad de Derecho de Harvard).

¹⁹⁵ Ross Sandler y David Schoenbrod argumentan que la participación de las partes interesadas está dominada por los abogados, con poca rendición de cuentas efectiva a sus clientes. Ver Sandler y Schoenbrod, *supra* nota 8, al 124-29. Consideramos que este argumento es implausible. Se contradice específicamente con varias historias de casos que registran participación sustancial y significativa de las partes interesadas. Ver, por ejemplo, Moore, *supra* nota 106, al 240-55 (Autoridad de vivienda Boston); Rothman y Rothman, *supra* nota 51, págs. 114-18 (Willowbrook); Liebman y Sabel, *supra* nota 16, págs. 67-108 (casos de educación de Kentucky y Texas). Es cierto que las partes interesadas en estos casos generalmente están desorganizadas y son vulnerables, y que hay muchas fallas de lealtad profesional y rendición de cuentas. Sin embargo, la asunción de Sandler y Schoenbrod de que el litigio estructural disminuye la participación efectiva de los miembros de la clase actora es contra-intuitiva. Si asumimos que las partes interesadas están tan mal organizadas y son tan vulnerables que no pueden hacer responsables a los abogados que se suponen que las representan, no hay razón para creer que les iría mejor en los procesos electorales o administrativos general. Además, el mecanismo remedial designado para hacer efectiva la responsabilidad del demandado también puede fortalecer la responsabilidad de los representantes de los actores. Ver *infra* Sección IV.B.

Colin Diver especula que hay una tendencia al cambio de poder dentro de la institución demandada desde los agentes ejecutivos de más jerarquía con responsabilidades generales de supervisión hacia los “gerentes operativos” y, en un nivel más bajo, de los empleados no profesionales como los guardias y asistentes hacia los profesionales, como los abogados y médicos¹⁹⁶. Los gerentes operativos tienen la clase de conocimiento detallado necesario para planificar el cumplimiento, y los profesionales son los que están en mejor condición de entender y comprometerse con los estándares que un tribunal ha aplicado. La tendencia, bajo este enfoque, es descentralizar al nivel de la institución, pero centralizar dentro de la institución.

Este punto de vista puede haber sido generalmente cierto en los viejos casos de interés público. Supuestamente describe, por ejemplo, la trayectoria de los primeros casos de reforma en las prisiones de los estados del sur. Sin embargo, caracteriza erróneamente el cambio bajo el nuevo derecho de interés público porque presupone una intervención del estilo de comando y control que está siendo superada en la práctica. Los regímenes experimentalistas muchas veces involucran una descentralización dramática dentro de las instituciones, ya que los agentes de menor jerarquía tienen más discrecionalidad para lidiar con las contingencias con las que tienen más familiaridad. Por ejemplo, los docentes en el régimen de la “nueva rendición de cuentas” tienen más flexibilidad en la planificación en el aula que antes. Uno de los primeros movimientos de los interventores de vivienda social es aumentar la responsabilidad por mantenimiento de los administradores de proyectos individuales con relación a la oficina central.

Al mismo tiempo, los mecanismos de responsabilidad relativamente objetivos y transparentes también pueden facilitar un monitoreo más eficaz desde encima de la institución. Este monitoreo reduce la dependencia en el conocimiento no hablado e “interno”, al forzar a los participantes a generar información importante en una forma que pueda ser usada por agentes externos, no involucrados directamente en el proceso. El objetivo principal es facilitar la rendición de cuentas de distintas partes interesadas, aunque la práctica es compatible con algunas formas de recentralización.

Por ejemplo, la calificación del desempeño en la reforma educativa de la nueva rendición de cuentas está diseñada para tener efectos tanto centralizadores como descentralizadores. Las agencias estatales deben usar información para asignar recursos entre distritos y para presionar a los distritos con malos resultados; la provisión de datos sobre escuelas en particular está establecido para estimular y asistir la participación de los padres en los esfuerzos por mejorar las escuelas de sus hijos. Ambos efectos fueron observados en algunas áreas de Texas¹⁹⁷.

El efecto de la parte interesada sobre el demandado no puede evaluarse solamente en términos de distribución de conocimiento y competencias al

¹⁹⁶ Ver Diver, *supra* nota 2, al 70-73.

¹⁹⁷ Ver Liebman y Sabel, *supra* nota 16, al 241-47.

momento en que comienzan las negociaciones. La implementación muchas veces involucra una capacitación significativa del personal existente, la búsqueda de nuevo personal y, a veces, el cambio de los agentes. Por ende, mientras que el efecto interno sobre el demandado es potencialmente dramático, no podemos hacer generalizaciones fuertes sobre esta dirección. Muchas trayectorias son posibles dependiendo del tipo de régimen remedial que las partes favorezcan.

Finalmente, el tercer efecto sobre las partes interesadas es que es posible que aparezcan nuevas partes. La decisión del tribunal puede llevar a que una variedad de actores vean sus intereses amenazados o adviertan oportunidades que los induzcan a querer participar. *Wyatt v. Stickney*, el caso emblemático de salud mental, comenzó como una protesta de los trabajadores de la salud mental que invocaron los intereses de los residentes a protestar las reducciones de personal planificadas¹⁹⁸. La perspectiva del “remedio del constructor” en Mount Laurel movilizó a los desarrolladores inmobiliarios a aliarse con los actores en varios temas¹⁹⁹. De manera similar, hemos identificado que algunos de los casos de educación han movilitado a los grupos empresariales y universidades a participar en la planificación e implementación de los remedios. En Texas, por ejemplo, el régimen de *Edgewood* disparó la creación de dos organizaciones sin fines de lucro a nivel estadual –*Just for Kids* y la *Educational Innovation Network*– dedicadas a ayudar a los grupos locales en el uso de datos sobre desempeño para mejorar sus escuelas²⁰⁰.

En el caso de *Willowbrook*, el cambio de internación comunitaria en vez de institucional fue acompañado de la emergencia de organizaciones sin fines de lucro que querían dirigir las nuevas instituciones y de intereses inmobiliarios que querían lucrar con su desarrollo. Ambos grupos dieron gran apoyo a los esfuerzos de los actores, llevando a quienes siguieron de cerca estos eventos a concluir que “el proceso de abrir los albergues, como el de contratar con las agencias voluntarias, creó una masa para la desinstitucionalización”²⁰¹.

6. El efecto de red. – Del mismo modo que la determinación de responsabilidad de un tribunal desestabiliza las relaciones y las prácticas dentro de la institución demandada, la decisión también se ramifica a otras instituciones y prácticas. Estas ramificaciones, y sus repercusiones monitoreadas sobre las instituciones del caso, son el efecto de red. Este efecto hace posible abordar secuencialmente –en una sucesión determinada en el curso mismo de la resolución de problemas– reformas que son muy complejas para ser abordadas en conjunto. Este efecto

¹⁹⁸ Ver *Wyatt v. Stickney*, 344 F. Supp. 373, 373 (M.D. Alabama, 1972); Nota, supra nota 167, pág. 1347.

No sugerimos que estas nuevas partes interesadas vayan a ser siempre útiles en los esfuerzos de reformas. Los sindicatos de guardias de cárceles y prisiones, por ejemplo, muchas veces resisten las reformas. Ver Pamela A. MacLean, *The Strong Arm of the Law* [El brazo fuerte de la ley], *California Law*, noviembre de 2002, al 24 (que reporta cómo el sindicato de guardias de prisiones de California usa su poder político extensivo para impedir los esfuerzos para hacer responsables a los guardias por sus conductas abusivas). Los sindicatos de empleados públicos a veces promueven una protección similar. Ver Sandler y Schoenbrod, supra nota 8, págs. 78-81 (que sugieren que el sindicato de los trabajadores sociales persuadió al juez en un caso de educación especial para forzar a la comisión de la escuela a incluir trabajadores sociales en los equipos de evaluación, de manera innecesaria).

¹⁹⁹ Ver Haar, supra nota 112, al 44-45.

²⁰⁰ Ver Liebman y Sabel, supra nota 16, al 243-46; ver también Raffel, supra nota 117, al 120-53 (que discute el apoyo de las organizaciones comunitarias para la implementación de la decisión de desegregación de Wilmington).

²⁰¹ Rothman y Rothman, supra nota 51, al 195. Ver, en general, id. al 150-99.

ve al poli-centrismo como una ayuda, y no un obstáculo, para la resolución de un problema.

Por supuesto, la idea de "poli-centrismo positivo" fue un oxímoron para los autores post-Chayes quienes, como vimos, asumieron que si los tribunales no pueden controlar todos los efectos de la intervención, entonces los efectos colaterales debilitarían sus esfuerzos. Mejor dejar el problema librado a una institución que puede intervenir de manera comprensiva o, en un mundo en el que todas las instituciones tienen información y control limitados, mejor no hacer nada. Estos autores negaron, por ende, la posibilidad que da pie al efecto de red y que ayuda a explicar la promesa del nuevo derecho de interés público en general. Esa posibilidad es que, bajo condiciones favorables, la intervención acotada que permite la información limitada puede ser suficientemente informativa para generar medidas correctivas subsecuentes, y dar lugar a nuevas tandas de intervenciones y correcciones.

Albert Hirschman anticipó esta posibilidad en su crítica del "crecimiento desbalanceado", tanto del planeamiento centralizado omnicomprensivo como del laissez-faire en el desarrollo económico. Hirschman señaló que el desarrollo económico en sociedades de mercado sucede mediante "cadenas de desequilibrios"²⁰². Un disturbio concreto causa presiones que se ramifican en otras áreas. En particular, las presiones van y vienen entre el dominio de lo público y de lo privado. La actividad previa genera presiones y demandas por bienes públicos complementarios (por ejemplo, rutas o educación), y viceversa. Usando la misma metáfora de Fuller, pero llegando a la conclusión opuesta, Hirschman sugirió que las estructuras "de telaraña" de las disrupciones y ajustes del mercado no son imperfecciones a ser minimizadas o superadas por procesos más coordinados. El proceso de desequilibrio y reajuste reiterado es, de hecho, un proceso de aprendizaje que no puede ser interrumpido a voluntad. Potencialmente genera un capital humano valioso y crea incentivos de una manera distintivamente eficaz.

En otras palabras, nuestro objetivo debe ser mantener vivo, en vez de eliminar, el desequilibrio. Si la economía ha de seguir avanzando, la tarea de las políticas de desarrollo es mantener las tensiones, desproporciones y el desequilibrio, la pesadilla de la economía del equilibrio. La telaraña que nunca para de girar es el tipo de mecanismo que debemos buscar como una ayuda invaluable en

²⁰² Hirschman mantiene que "las fuerzas ajenas al mercado no necesariamente son menos "automáticas" que las fuerzas del mercado". Albert O. Hirschman, *The Strategy of Economic Development* [La estrategia del desarrollo económico] 64 (1958). Y elabora: por ejemplo, cuando aparecen dificultades de suministro en el curso de un progreso desparejo en sectores -como la educación y los servicios públicos- en donde no operan las empresas privadas, hay presiones fuertes sobre las autoridades públicas para "hacer algo"; y desde que el deseo de supervivencia política es al menos una motivación tan fuerte como el deseo de generar ganancias, podríamos esperar de manera ordinaria que se tome alguna acción correctiva. Id.

el proceso de desarrollo²⁰³. Un indicador del efecto de red en el nuevo litigio de interés público es la tendencia a que el foco de preocupación cambie en el curso del litigio. Por ende, en educación y vivienda, las preocupaciones sobre discriminación muchas veces llevan rápidamente a preocupaciones sobre la calidad del servicio. En las prisiones, las preocupaciones sobre las condiciones llevan a preocupaciones sobre la duración del encierro. En todas las áreas suelen surgir problemas de personal, capacitación y contrataciones. También surgen cuestiones de recursos. Estas conexiones no eran invisibles antes de la determinación de responsabilidad; simplemente ahora parecen más prominentes y urgentes. El efecto de red también es evidente en las complementariedades institucionales que genera el derecho de interés público. Del mismo modo en que la inversión, por ejemplo, en la construcción de un edificio de oficinas puede generar inversiones en hierro y concreto al aumentar las ganancias prospectivas de los productores de los últimos, en el contexto de la reforma institucional una intervención dentro de una institución puede llevar a ulteriores intervenciones. Los críticos del litigio de reforma institucional señalan continuamente que los tribunales no tienen la capacidad de ordenar la apropiación de fondos para las mejoras que ordenan. Aun así, en todas las áreas discutidas en este artículo, las legislaturas, agencias, y organizaciones no gubernamentales ofrecieron recursos una vez que los tribunales actuaron²⁰⁴. Para estos defensores, la intervención del tribunal parece aumentar la perspectiva de tener ganancias invirtiendo en una institución.

IV. El enfoque experimentalista y las cuestiones doctrinarias

Si nuestro relato descriptivo de la sección II es correcto, entonces mucha de la discusión académica y de los tribunales superiores sobre el litigio de interés público no responde a los elementos más prometedores de la práctica reciente. Ahora vamos a abordar cómo el enfoque experimentalista se relaciona con cuatro áreas claves de la discusión doctrinal: el alcance de la discreción para los remedios de equidad de los tribunales de juicio, la separación de poderes, el problema de la atribución del mal desempeño de los agentes a las instituciones gubernamentales, y el problema de la representación de intereses. En cada caso, el modelo más nuevo tiene sugerencias prometedoras para la resolución de estos problemas recurrentes.

A. Discrecionalidad remedial

La Corte de Rehnquist no ha empatizado con el litigio de interés público. En una serie de decisiones, la Corte ha intentado derivar las limitaciones a la

²⁰³ Id. al 66. La estrategia de "sustitución de las importaciones" - subsidios y protección comercial para las empresas locales que producen para la demanda local, que los tomadores de decisiones derivaron de la idea de Hirschman - omite considerar la posibilidad de que los grupos con intereses egoístas exploten la agitación que genera el desequilibrio para ingresar y "atrincherarse" en la maquinaria estatal en los países en desarrollo. Cuando esto ocurrió, las prescripciones de Hirschman en favor de una política económica del gobierno perdieron apoyo. Ver, por ejemplo, Anne O. Krueger, *The Political Economy of the Rent-Seeking Society* [La política económica de la sociedad que persigue la renta], 64 *American Economic Review* 291, 302 (1974). Pero la aparición subsiguiente en la práctica de negocios de disciplinas de mejoramiento continuo, que usaron desequilibrios inducidos, defendió la intuición básica de Hirschman de que ese desequilibrio puede generar oportunidades de aprendizaje importantes. Ver, por ejemplo, Paul Adler, *Time and Motion Regained* [Tiempo y movimientos recuperados], *Harvard Business Review*, enero-febrero de 1993, al 97. Estas disciplinas combinaron la clase de mecanismos de desestabilización que Hirschman favorecía con procedimientos de monitoreo y transparencia que controlaban el oportunismo. Ver Charles F. Sabel, *Learning by Monitoring: The Institutions of Economic Development* [Aprendiendo mediante el monitoreo: las instituciones del desarrollo económico], en *Handbook of Economic Sociology* [Manual de sociología económica] 137, 137-65 (Eds. Neil J. Smelser y Richard Swedberg, 1994).

²⁰⁴ Ver, supra, Sección III.B. y n° 150.

discrecionalidad remedial de la naturaleza de los derechos en cuestión. Sin embargo, sería un error rechazar la hostilidad de la Corte como meramente ideológica. En primer lugar, en algunos de sus ataques centrales al derecho de interés público, la Corte problematizó regímenes remediales que eran manifiestamente ineficaces. Además, estas decisiones identificaron condiciones importantes para la eficacia de los remedios estructurales. Sin embargo, los motivos de la Corte para sus decisiones han sido individualmente dudosos y, a la vez, colectivamente incoherentes.

Tres casos ilustran estos problemas. Primero, *Missouri v. Jenkins*²⁰⁵ propuso que los tribunales de primera instancia limitaran su discrecionalidad remedial mediante un ejercicio complejo de determinaciones de hecho. En segundo lugar, *Lewis v. Casey*²⁰⁶ propuso que, en la medida en que las cuestiones remediales fueran indeterminadas, los tribunales inferiores deberían ser deferentes a los demandados. En retrospectiva, el enfoque de Jenkins es imposible de ejecutar, y el de Lewis cae por su propio peso. La premisa compartida de estos casos es que la indeterminación remedial debe resolverse sea mediante la propia decisión de la corte o mediante deferencia a la agencia administrativa. De hecho, el enfoque experimentalista muestra que aquélla es una falsa dicotomía que excluye la alternativa más prometedoras. Entendemos que un reconocimiento parcial de esta mayor complejidad existió en un caso anterior, *Youngberg v. Romeo*²⁰⁷, que aun cuando trata de evitar la intervención judicial señala el camino hacia sus variantes experimentalistas.

Luego de decidir que había una segregación ilegal en Kansas City en el Distrito Escolar de Missouri, atribuible al distrito y al estado, el tribunal de primera instancia de Jenkins emitió una serie de órdenes con el propósito declarado de "eliminar todos los vestigios de la segregación impuesta por el estado", en particular el mal "desempeño escolar"²⁰⁸. Dada la fracción pequeña de estudiantes no pertenecientes a minorías en el distrito, la reasignación de los estudiantes generaría poco progreso hacia un balance racial. Por eso, las decisiones se enfocaron en medidas orientadas a mejorar la calidad de la educación lo suficiente para atraer a los estudiantes desde los suburbios mediante un movimiento voluntario entre distritos. A falta de alguna idea precisa de lo que hacía a las escuelas más eficientes y por ende atractivas, este programa de "atracción des-segregadora" se convirtió en un programa para establecer una "comparabilidad suburbana": hacer las escuelas de Kansas City lo más parecidas a sus mejores contrapartes suburbanas, en la medida que permitieran las vastas reservas de buena voluntad y financiamiento (la última de ellas, mejorada por nuevas contribuciones del estado²⁰⁹). Al amparo de esta decisión, los tamaños de las clases se redujeron a los niveles requeridos

²⁰⁵ 515 U.S. 70 (1995) (Jenkins IV).

²⁰⁶ 518 U.S. 343 (1996).

²⁰⁷ 457 U.S. 307 (1982).

²⁰⁸ Jenkins IV, 515 U.S. al 74 (con cita de *Jenkins v. Missouri*, 69 F. Supp. 19, 23, 24 [Distrito oeste de Montana, 1985]) (comillas internas omitidas).

²⁰⁹ Id. al 78, 98.

para conseguir una certificación de la máxima categoría en el sistema de clasificación de la Comisión de Educación estadual y se aumentaron los salarios de prácticamente todos los 500 empleados. El distrito realizó un programa de desarrollo temprano, jardines de jornada extendida, expandió las escuelas de verano, y puso a disposición tutorías escolares antes y después de las clases, disponibles para todos los estudiantes. Cerca de cincuenta y cinco escuelas fueron renovadas, dieciocho cerradas, y diecisiete construidas. Al ordenar las renovaciones, el tribunal rechazó el enfoque del estado de “emparchar” porque “no generaría una comparabilidad suburbana o la atracción visual que el tribunal buscaba, dado que resultaría en coberturas para el suelo con secciones desparejas de alfombras que no combinaban y con paredes que tendrían individualmente colores diferentes”²¹⁰. El plan requería aire acondicionado y quince computadoras personales en cada aula de las escuelas secundarias. Otros servicios incluían: un planetario de 2000 pies cuadrados; viveros e invernaderos; una granja de 25 acres con una sala de reuniones con aire acondicionado para 104 personas; un modelo de Naciones Unidas con conexiones para traducciones; un estudio de televisión y radio con capacidad de transmitir, con un laboratorio de edición y animación; una galería de arte con control de temperatura; salones de edición y proyección de películas; un salón de mecánica de Diesel de 3500 pies cuadrados y libre de polvo; salones de 1875 pies cuadrados para las escuelas primarias para usar en proyectos de zoológico; [y] piletas...²¹¹ El plan del tribunal de primera instancia podría ser descrito como “el programa remedial más ambicioso y caro en la historia de la desegregación escolar”²¹².

Analizados frente al objetivo del tribunal de eliminar los “vestigios de la segregación”, sin embargo, los beneficios de los primeros pasos de este programa, tal como fueron reflejados en el rendimiento de los exámenes estandarizados, fueron insuficientes. El tribunal notó una “tendencia a la mejora” en el desempeño académico, pero encontró que el distrito estaba “todavía en el límite o por debajo de la media nacional en muchos grados”. No proveyó ningún lineamiento sobre cómo acelerar la reforma. En cambio, el tribunal observó casi de manera reflexiva que había “permitido soñar a los planificadores en el distrito” y “provisto los mecanismos para que esos sueños se hicieran realidad”²¹³.

Cuando el estado apeló, la Corte Suprema decidió que este esquema de remediación era inapropiado sobre la base de que no estaba adecuadamente conectado con las violaciones de los derechos de los actores probadas en el caso. Al escribir por la mayoría, el Presidente de la Corte Rehnquist enfatizó el carácter inconexo de la decisión del tribunal inferior:

²¹⁰ Id. al 78.

²¹¹ Id. al 79 (con cita de *Missouri v. Jenkins* (*Jenkins II*), 495 U.S. 33, 77 (1990) (concurrencia del Juez Kennedy).

²¹² Id. al 78 (con cita de *Jenkins ex rel. Agyei v. Missouri*, 19 F.3d 393, 397 (Octavo Circuito, 1994) (Juez Bean, en disidencia en la negativa a volver a entender en el caso en plenario).

²¹³ Id. al 79-80 (con cita al apéndice del pedido de certiorari) (comillas internas omitidas).

El objetivo del tribunal de primera instancia de lograr una “atracción desegregativa” no puede ser reconciliado con nuestros casos que ponen limitaciones a la autoridad remedial de los tribunales de primera instancia. Sin dudas es teóricamente posible que un mayor gasto por alumno en el distrito escolar involucrado haga más probable que un número (imposible de estimar) de estudiantes que no pertenezcan a minorías y que hoy no van a la escuela en dicho distrito, decidan anotarse en aquellas escuelas. Bajo este razonamiento, sin embargo, cada aumento en el gasto, sea para docentes, no docentes, libros, o infraestructura, haría al distrito en cuestión más atractivo de alguna manera y quizás induciría a estudiantes no pertenecientes a minorías a inscribirse en estas escuelas. Pero este razonamiento está fuera de cualquier limitación objetiva ²¹⁴.

La “limitación objetiva” que la Corte tenía en mente era la doctrina anunciada en casos anteriores acerca de que la práctica remedial debe estar limitada a deshacer el “efecto segregativo incremental” de actos particulares que violan la Constitución –esto es “restablecer a las víctimas de una conducta discriminatoria a la posición que hubieran ocupado de no existir esa conducta”²¹⁵. Desde este punto de vista, el exceso del tribunal de primera instancia resultó de su falla inicial en “identificar el efecto incremental que la segregación ha tenido en el desempeño de los estudiantes pertenecientes a minorías, o los objetivos específicos de los programas de calidad educativa” ²¹⁶.

La objeción de la Corte Suprema sobre el estilo indisciplinado y vago de los esfuerzos del tribunal de primera instancia es entendible, pero la doctrina del “efecto incremental” tiene pocas perspectivas de mejorar las cosas. El esfuerzo por aislar esos efectos genera cargas sobre la investigación de los hechos que son insuperables por el “poli-centrismo” que los críticos del litigio de interés público han enfatizado. Los problemas del derecho de interés público nacen de manera invariable de una interacción compleja de la conducta de un sinnúmero de actores. Es muy improbable que los tribunales puedan alguna vez manejar la prueba o metodología necesaria para aislar los efectos de decisiones ilegales en particular.

Además, incluso si un tribunal pudiera aislar los efectos presentes de actos pasados ilegales específicos tampoco está claro cómo este hecho podría limitar su autoridad remedial. Si el tribunal tiene que limitar sus decisiones a las mismas cuestiones involucradas en la conducta ilegal anterior –por ejemplo, la asignación de estudiantes–entonces podría encontrar que sus únicas opciones disponibles posiblemente no disminuirían el daño. Las reasignaciones de estudiantes, por ejemplo, tienen poco potencial de remediación en los casos en los que los estudiantes pertenecientes a una minoría predominan en todo el sistema.

Por supuesto, la futilidad era una objeción crítica al decreto de *Jenkins*. De manera alternativa, la doctrina del efecto incremental puede significar que el

²¹⁴ Id. al 98 (con cita de *Milliken v. Bradley*, 433 U.S. 267, 280 [1977]).

²¹⁵ Id. al 87 (con cita de *Milliken v. Bradley*, 418 U.S. 717, 746 [1974]) (comillas internas omitidas).

²¹⁶ Id. al 101 (con cita de *Dayton Board of Education v. Brinkman*, 433 U.S. 406, 417 [1977]).

juez de primera instancia tiene autoridad para ordenar medidas de remediación de cualquier tipo en tanto y en cuanto sea claro que tienen la posibilidad de producir mejoras proposicionales al daño demostrado de la ilegalidad del pasado. Pero esto no parece ser un límite muy grande. Hay formas potencialmente innumerables de producir cualquier medida de mejoras.

Por último, las decisiones acotadas y específicas incentivadas por la mayoría en *Jenkins* pueden ser ineficazmente rígidas e innecesariamente intrusivas en el poder del ejecutivo. Aunque Ross Sandler y David Schoenbrod apoyan el enfoque de *Jenkins*, uno de sus ejemplos principales de intervención judicial inapropiada es una disposición que impone vencimientos estrictos para procesar las evaluaciones de los alumnos en el programa de educación especial en la Ciudad de Nueva York. Ellos objetan, de manera plausible, que estos requisitos indujeron al personal de la escuela a sacrificar la calidad y desviar recursos de otros programas importantes a fin de cumplir con los plazos. Pero los plazos estaban entre las disposiciones de la decisión derivadas directamente, al estilo de *Jenkins*, del derecho establecido en una ley aplicable a este caso²¹⁷.

Un segundo enfoque de la discrecionalidad remedial está ilustrado en *Lewis v. Casey*. En un caso anterior *-Bounds v. Smith*²¹⁸- el tribunal había confirmado una decisión, basada en el derecho constitucional de acceso a los tribunales, que le requería al sistema de prisiones estadual tener bibliotecas jurídicas. En *Lewis*, los presos cuestionaron las bibliotecas de Arizona como inadecuadas a la luz de *Bounds*. Luego de decidir a favor de los actores, el tribunal de primera instancia designó un *special master* para determinar “cómo lograr de la mejor manera el objetivo de un acceso constitucionalmente adecuado de los presos a los tribunales” y adoptó, casi sin modificaciones, su propuesta de veinticinco páginas como una decisión permanente²¹⁹. Esta decisión “microscópicamente detallada” incluyó disposiciones que determinaban las horas de funcionamiento de las bibliotecas, la cantidad de tiempo que se tenía que permitir a los presos usarlas, las credenciales mínimas de los empleados de las bibliotecas, las formas de pedir libros, los niveles de ruido permitidos en las bibliotecas, el programa del curso introductorio de investigación jurídica para los presos, y los libros y otros materiales que deberían estar disponibles²²⁰.

La Corte Suprema dejó sin efecto la orden. Escribiendo para la mayoría, el Juez Scalia²²¹ criticó al tribunal inferior por actuar como si el derecho constitucional en cuestión fuera el “derecho a una biblioteca jurídica”²²². El remedio era por ende objetable desde dos puntos de vista. Primero, no se apoyaba en una

²¹⁷ Sandler y Schoenbrod, *supra* nota 8, págs. 68-72, 92-93, 197-204.

²¹⁸ 430 U.S. 817 (1977).

²¹⁹ *Lewis v. Casey*, 518 U.S. 343, 347 (1996) (con cita al apéndice del pedido de certiorari) (comillas internas omitidas).

²²⁰ *Id.* al 390 (concurencia del juez Thomas).

²²¹ [N.de T.] Antonin Gregory Scalia fue un juez de la Corte Suprema designado en la Administración de Ronald Reagan, quien ejerció sus funciones desde 1986 hasta su muerte en 2016. Ha sido una figura notoria, conocida especialmente por su defensa de las interpretaciones constitucionales originalistas en apoyo de sus votos generalmente conservadores.

²²² *Lewis*, 518 U.S. al 350.

demostración adecuada de la violación de un derecho. Los actores no solo necesitaban demostrar que la biblioteca era inadecuada, sino también que tenían pretensiones que no habían podido presentar a los tribunales. En segundo lugar, incluso si los actores hubieran demostrado un impedimento en el acceso, sería un error ordenar esta respuesta en particular cuando una variedad de otras respuestas -diferentes clases de biblioteca, o diferentes combinaciones de materiales escritos y asistencia profesional- podrían ser igualmente eficientes. El tribunal inferior debería haberle dado al demandado más oportunidades para diseñar un remedio que dé respuestas antes de imponérselo por sobre sus objeciones.

Posiblemente, el tribunal de primera instancia en *Lewis* había seguido el mandato de *Jenkins* para definir el daño constitucional de la manera más acotada y precisa posible. La Corte Suprema, al insistir en que el derecho en cuestión era considerablemente más general que lo que el tribunal de primera instancia había asumido, hizo las opciones de remediación más amplias y más indeterminadas. La decisión de *Lewis* propuso resolver esta indeterminación siendo deferente a la agencia. Sin embargo, esa deferencia es una solución cruda al problema de indeterminación, exacerbado por el enfoque expansivo de la Corte para definir los derechos. En cualquier caso, es posible que haya una disputa sobre cuánta deferencia es apropiada dado el mal desempeño corroborado de un demandado. La disidencia del Juez Stevens²²³ en *Lewis* argumentó que la agencia había tenido chances de desarrollar planes remediales tanto en este caso como en uno anterior que involucraba pretensiones similares y que sus antecedentes de falta de cooperación justificaban la decisión del tribunal de primera instancia²²⁴. Además, tiene que haber algún límite a la diferencia y *Lewis* no dice mucho sobre cuál debería ser ese límite.

Una respuesta posible puede encontrarse en un tercer caso, *Youngberg v. Romeo* -un cuestionamiento a las condiciones de encierro de Pennhurst, una institución conocida para personas con discapacidad mental en Pennsylvania²²⁵. El actor del caso alegaba que, como paciente internado involuntariamente, tenía derechos constitucionales a una seguridad razonable, a ser libre de limitaciones innecesarias, y a una rehabilitación mínimamente adecuada, todos ellos violados por las prácticas desaprensivas de Pennhurst. Luego de aceptar que los pacientes internados involuntariamente tenían derechos constitucionales de la clase que el actor alegaba, el tribunal consideró cómo se deberían delimitar esos derechos. Rechazó la decisión del tribunal inferior de que las medidas que infringieran la libertad de los pacientes o sus intereses de seguridad requieran demostrar una "necesidad apremiante o sustancial". Concluyó que este estándar impondría "una carga inapropiada en los administradores de

²²³ [N.d.T.] John Paul Stevens fue juez de la Corte Suprema designado por la Administración de Ford entre 1975 y 2010, cuando se retiró. Está comúnmente aceptado que Stevens se encontró en el lado más liberal y progresista de la Corte.

²²⁴ *Id.* al 411-14 (disidencia del Juez Stevens).

²²⁵ U.S. 307 (1982). *Youngberg* era una acción de daños individuales y no un caso de reforma institucional, pero la cuestión que generó sobre el estándar constitucional de cuidado fue el tema central de los casos de reforma institucional y el holding, por ende, fue influyente en casos institucionales siguientes. Ver, por ejemplo, *Soc'y for Good Will to Retarded Children v. Cuomo*, 737 F.2d 1239, 1248-49 (Segundo Circuito, 1984).

instituciones como Pennhurst”, y requeriría que los jueces “adivinaran” criterios institucionales que no estaban calificados para evaluar. Aun así, en vez de requerir la deferencia administrativa general propuesta por *Lewis*, el tribunal de *Youngberg* habló de “deferencia al juicio ejercido por un personal calificado”: solo se impondría responsabilidad cuando la decisión del profesional fuera un apartamiento tan sustancial del criterio profesional comúnmente aceptado, sus prácticas o estándares, que demostrara que la persona responsable de hecho no basó su decisión en tales juicios²²⁶.

Este precepto es una forma más limitada de deferencia que la de *Lewis*. Hemos advertido que quienes proveen servicios profesionales en las instituciones demandas frecuentemente están de acuerdo con un rango sustancial de las pretensiones de los actores y que los directivos de mayor jerarquía a veces admiten que sus propias decisiones no cumplen con los estándares aplicables y por ende no son “decisiones profesionales” en el sentido en que lo usa la Corte. Aunque el estándar de *Youngberg* fue prescripto para casos de salud mental, expresa la realidad práctica en muchos casos de otras áreas: los equipos profesionales adquieren mayor influencia sobre el cumplimiento, al margen de las disposiciones expresas de una decisión²²⁷.

Sin embargo, el enfoque de la Corte está sujeto a dos críticas. Primero, al aceptar como “presuntivamente válida” cualquier decisión oficial que no sea lo suficientemente escandalosa como para ser calificada como “no profesional”, la Corte en verdad no está sustituyendo una especulación judicial amateur por la pericia administrativa. En verdad, lo que está haciendo es darle preferencia a la opinión de un experto designado por la administración en vez de a un experto designado judicialmente. Cuando los tribunales imponen remedios en los casos de interés público, no los diseñan *ex nihilo*, sino que los formulan en base a las recomendaciones de los expertos que designaron. El sistema de bibliotecas de *Lewis*, por ejemplo, no fue designado por el tribunal sino por “un profesor de derecho de Flushing, Nueva York”²²⁸. Aun aceptando las críticas de la Corte hacia algunos de estos remedios, no hay razón para considerar que la pericia de una autoridad elegida por un juez para revisar las decisiones de otros expertos sea sistemáticamente inferior al juicio de uno de los expertos sujetos a la decisión.

La perplejidad aumenta cuando –ésta es la segunda objeción– el oficial hacia cuyo juicio el tribunal va a ser deferente es parte de la institución que las opiniones profesionales en general condenan. Esto es, claramente, el caso en Pennhurst. Basándose en una decisión anterior en otro caso contra Pennhurst, el tribunal de primera instancia notó que “nadie discrepó con las muchas opiniones profesionales en el campo de la salud mental que testificaron que la “normalización” [es decir, la desinstitucionalización] ha sido universalmente aceptada como el único método exitoso de rehabilitar a una persona con

²²⁶ *Youngberg*, 457 U.S. al 322-23.

²²⁷ Ver *Diver*, supra nota 2, al 70-73. Pero adviértase la calificación hecha en supra, Sección III.D.

²²⁸ *Lewis*, 518 U.S. al 363.

discapacidad”²²⁹. No hay duda de que hay mejores y peores formas de administrar una institución que no cumple con sus obligaciones -legales y de otro tipo- hacia las personas que tiene que servir. Un tribunal, sin embargo, posiblemente no pueda discernir las mejores opciones solamente siendo deferente a los puntos de vista de los agentes de la institución condenada.

El litigio en Pennhurst, del modo en que evolucionó luego de la decisión de la Corte Suprema, reflejó un cambio ulterior, más general, en la caracterización de las opiniones profesionales. *Youngberg* asumió la imagen tradicional en la que un practicante individual, basado en una disciplina particular y especializada, confronta y resuelve problemas de una manera sustancialmente única e implícita. En las décadas durante las que el litigio de Pennhurst avanzó esta concepción cambió. De manera creciente, la toma de decisiones profesionales empezó a ser vista como el resultado útil pero provisional de una discusión permanente, mutuamente crítica, entre expertos con experiencias en diferentes disciplinas. Cuanto más pronunciada es esta tendencia, menos sentido tiene hablar de deferencia a los puntos de vista de un profesional en particular: los profesionales individuales no tienen puntos de vista, los grupos de expertos colaborativos son los que los tienen.

El Acuerdo Final de Pennhurst mostró de manera sucinta cómo este cambio podría transformar el significado de “profesional” que *Youngberg* asumió: el acuerdo especificó que los servicios provistos por el Commonwealth y otras entidades gubernamentales a los miembros de la clase serían determinados por “juicios profesionales, expresados mediante equipos interdisciplinarios”²³⁰. De hecho, este uso no era muy excepcional. Para mediados de los 1980, “equipos interdisciplinarios” era una noción que aparecía frecuentemente en casos que involucraban los derechos de las personas con discapacidad mental, como un término bien establecido que no requería una definición ulterior²³¹.

Las características claves de esta nueva noción sobre las tomas de decisiones profesionales son el diálogo colaborativo, la provisionalidad, y la transparencia²³² (las mismas características de lo que llamamos enfoque experimentalista). En la medida en que esta visión del profesionalismo converge con el experimentalismo, sugiere una solución al problema de la discrecionalidad judicial. El tribunal no necesita elegir entre remedios derivados de normas sustantivas ambiguas, por un lado, o deferir a agentes del ejecutivo manifiestamente no confiables, por el otro. En cambio, puede intentar crear un proceso en el que las partes interesadas generen estándares de manera colaborativa, procedimientos para revisarlos, y mecanismos de rendición de cuentas de quienes están sujetos a ellos. Al hacerlo, hay un sentido en el que el tribunal puede estar difiriendo al juicio profesional, aunque en una forma diferente a la que asumió *Youngberg*. Antes de que el tribunal pueda deferir a

²²⁹ *Halderman v. Pennhurst State Sch. & Hosp.*, 784 F. Supp. 215, 220 (Distrito este de Pensilvania, 1992).

²³⁰ *Id.* al 218.

²³¹ Ver, por ejemplo, *Sermak v. Manuel*, No. 98-3345, 1999 WL 801571, al *4- 5 (Sexto Circuito, 1 de octubre de 1999); *S.H. v. Edwards*, 860 F.2d 1045, 1049 (Onceavo Circuito, 1988); *Ky. Ass’n for Retarded Children v. Conn.*, 718 F.2d 182, 186 (Sexto Circuito, 1983).

²³² Ver, por ejemplo, Instituto de Medicina, *Crossing the Quality Chasm: A New Health System for the 21st Century* [Cruzando la grieta de la calidad: un nuevo sistema de salud para el siglo 21] 111-63 (2001). Para un ejemplo de uno de nuestros contextos, ver *Schiff y Shansky*, supra nota 74, al 21-25, que afirma que “los equipos multidisciplinarios son los verdaderos impulsores” de un esfuerzo por mejorar el

esta nueva clase de criterio, sin embargo, va a tener que supervisar la creación de los procesos que hacen que eso sea posible.

B. División de poderes

La tendencia hacia el experimentalismo en los casos de interés público debería mitigar las preocupaciones acerca de los remedios estructurales relacionadas con la división de poderes. De hecho, dicha tendencia sugiere que un rol de los tribunales, que puede llamarse de reforzamiento de la rendición de cuentas, que encuadra bien en las nociones tradicionales de separación de poderes.

Ni la constitución federal ni las constituciones estatales delimitan específicamente las esferas de cada rama de gobierno, y no parecen buscar una separación rígida de las actividades entre ellas²³³. La separación de poderes es una limitación implícita, y se le tiene que dar significado en términos de prácticas gubernamentales o de otro entendimiento de la democracia basado en principios.

La objeción a las *injuncti*o*ns* estructurales basada en la tradición ha sido, precisamente, la discontinuidad que Chayes enfatizó entre el “modelo tradicional” y el litigio de interés público²³⁴. Las objeciones basadas en el principio democrático apuntan a dos roles asignados a la división de poderes en el pensamiento constitucional estadounidense. El primero es que la fragmentación de los poderes es una barrera contra la tiranía; el segundo es que la asignación de responsabilidades es un mecanismo para asegurar la rendición de cuentas frente al electorado²³⁵. Las *injuncti*o*ns* estructurales son acusadas de subvertir estos principios al concentrar excesivamente el poder en un tribunal a expensas de las ramas electorales²³⁶. Sin embargo, hemos advertido que hay un precedente tradicional que es sustancial para el litigio de interés público. Chayes exageró la discontinuidad entre la adjudicación tradicional del derecho privado y las acciones que buscan remedios estructurales²³⁷. Además, también hay claros precedentes para los casos estructurales en la práctica tradicional del derecho público, en los casos en los que se obliga a los agentes administrativos

²³³ Ver, por ejemplo, El Federalista, números 45-46, al 308-23 (James Madison) (Ed. Jacob E. Cooke, 1961).

²³⁴ Ver, por ejemplo, *Lewis v. Casey*, 518 U.S. 343, 349 (1996) (Juez Scalia) (“el rol de los tribunales es darle un remedio a quienes reclaman, en acciones individuales o de clase, y han sufrido o van a sufrir de modo inminente una lesión real; no es el rol de los tribunales, sino de las ramas de gobierno políticas, darle forma a las instituciones de gobierno de modo que cumplan con la ley y la Constitución”).

²³⁵ Martin S. Flaherty, *The Most Dangerous Branch* [La rama de gobierno más peligrosa], 105 *Yale Law Journal*, 1725, 1740-42 (1996).

²³⁶ Ver *Lewis*, 518 U.S. at 385 (concurria del Juez Thomas) (“las decisiones remediales amplias les quitan a los administradores su autoridad para fijar metas de largo plazo para las instituciones que gestionan, y de la flexibilidad necesaria para hacer decisiones razonables con poca anticipación en circunstancias difíciles...Dejan sin efecto la autoridad discrecional del estado sobre sus propios programas y presupuestos y fuerzan] a los oficiales públicos a reasignar recursos públicos y fondos al plan del [tribunal de primera instancia] a costa de otros programas de gobierno (la segunda y tercera alteraciones se encuentran en el original) (con cita de *Missouri v. Jenkins*, 515 U.S. 70, 131 [1995]) (concurria del juez Thomas). Cuando un tribunal federal decide un reclamo en contra de un demandado del ejecutivo estadual, las preocupaciones sobre la división de poderes están mediadas por el federalismo. Más allá de algunas sugerencias ocasionales en contrario, sin embargo, los tribunales federales tienden a ver las cuestiones de división de poderes en los casos de interés público contra instituciones estatales como análogas a las que surgen en los casos contra demandados del ejecutivo federal. Ver Robert F. Nagel, *supra* nota 3, al 665-67.

²³⁷ Ver *supra*, sección III.B.

a cumplir ciertas obligaciones legales (una característica esencial del “Estado de Derecho” en la tradición Angloamericana)²³⁸. Sin dudas, esas injuncions eran más acotadas y menos frecuentes en el pasado, pero también lo era la actividad del ejecutivo que buscaban controlar. Un grado de expansión de los remedios parece necesario para dar significado al principio del Estado de Derecho en una era en la que las actividades del gobierno se han expandido y cambiado vastamente. Además, no hay dudas de que hay límites constitucionales importantes a la autoridad de las legislaturas para limitar (o no proveer) la implementación de los derechos sustantivos, incluso los derechos que la propia legislatura ha creado²³⁹. Presentar a la actividad judicial en la reforma estructural como entrometiéndose en la discrecionalidad administrativa y legislativa ignora la complejidad de las relaciones entre los poderes en muchos de los casos. A veces, como en los casos de vivienda y salud mental, la legislatura ha materializado el remedio estructural. Solo en el área de prisiones se encuentra una actitud prominente y categórica de hostilidad legislativa –la Ley de Litigio de Reforma Penitenciaria de 1996- y aun aquí la ley podría haber sido interpretada razonablemente como imponiendo límites más modestos de los que los tribunales han inferido²⁴⁰.

Además, los regímenes remediales que emergen de los casos de interés público a veces involucran legislación elaborada y creativa. Las legislaturas de Texas y Kentucky sancionaron reformas educativas innovadoras en respuesta a los casos de “adecuación” escolar y las legislaturas de Nueva Jersey y Oregon desarrollaron programas a nivel estadual para supervisar las decisiones locales que afectaban la vivienda accesible. Después de que los tribunales en Maryland y Nueva Jersey aceptaran demandas sobre la formulación de perfiles raciales muchos gobiernos estaduales y municipales aprobaron leyes que ordenaban regímenes de monitoreo con el mismo espíritu que los remedios judiciales anteriores. En todos estos casos, las legislaturas posiblemente no hubieran sancionado leyes como lo hicieron sin los incentivos de los tribunales, pero los esquemas que surgieron fueron sustancialmente sus propias creaciones²⁴¹.

Yendo al poder ejecutivo, hemos visto que el disenso interno es moneda habitual²⁴². De manera muy frecuente, las cabezas de las agencias o los oficiales de operaciones reciben bien las demandas judiciales o al menos admiten muchas de las alegaciones de los actores. Quizás bajo los principios

²³⁸ Ver Edith Henderson, *Foundations of English Administrative Law: Certiorari and Mandamus in the Seventeenth Century* [Bases del derecho administrativo inglés: certiorari y mandamus en el siglo diecisiete] (1963). Sobre el control judicial de la acción administrativa como un principio central del Estado de Derecho, ver A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* [Introducción al estudio del derecho de la Constitución] 388-90 (10ma ed. 1959).

²³⁹ Ver *Legal Servs. Corp. v. Velazquez*, 531 U.S. 533, 542-43 (2001); *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254, 260-62 (1970).

²⁴⁰ Ver supra, Sección II.C. Incluso luego de las restricciones de la Ley de Litigio de Reforma Penitenciaria, ver supra, Sección II.C., la Ley de Derechos Civiles de las Personas Institucionalizadas de 1980, 42 U.S.C. §§ 1997-1997j (2000), continúa autorizando las demandas del Departamento de Justicia por remedios estructurales en contra de las prisiones estaduales.

²⁴¹ Ver, por ejemplo, supra, Sección II.A. y la ley citada, n°.35; Sección II.D y II.E.

²⁴² Dado que el poder ejecutivo de los estados está formalmente más fragmentando que el del ejecutivo federal, la división entre los agentes estaduales muchas veces hace difícil discernir qué significaría la deferencia judicial al ejecutivo. Por ejemplo, en el caso de las cárceles de Santa Clara, California, el alguacil -un oficial electo que fue demandado junto con la Comisión de supervisores- se sentó en la sala de juicio en la mesa de los abogados de los actores. El alguacil y la Comisión estaban peleados. El primero le atribuía los problemas de las cárceles al financiamiento inadecuado; la Comisión, a la mala administración del alguacil. Ver Feeley y Rubin, supra nota 6, al 116.

de separación de poderes es la posición que toma el funcionario que encabeza la jurisdicción –el gobernador, en el caso del estado demandado- y no la de los oficiales de menor jerarquía la que más importa. Sin embargo, aun admitiendo este punto, es destacable que es infrecuente que las prácticas que atacan los actores parezcan ser el resultado del ejercicio de poder de alguien en particular. La situación, la mayoría de las veces, es una consecuencia de una falla o negativa a hacer políticas. El componente más característico de las decisiones estructurales actuales es una exigencia de que el demandado simplemente apruebe alguna política, muchas veces con limitaciones mínimas o totalmente aceptadas acerca de los contenidos de dicha política.

Considérese a este respecto el trasfondo de un caso institucional reciente a nivel estadual²⁴³. El abogado de los actores determinó que las prácticas de una agencia estatal en una de las áreas repasada en la sección II estaban en total incumplimiento con los deberes legales aplicables. Los abogados se acercaron a los oficiales de mayor jerarquía de la agencia con estas alegaciones. Los oficiales en buena medida aceptaron las violaciones denunciadas y expresaron su voluntad de negociar una resolución que pudiera ser volcada en una ley o en una sentencia homologatoria. Las partes se pusieron de acuerdo tentativamente en los grandes lineamientos de una resolución. Cuando los oficiales se acercaron a la oficina del gobernador, sin embargo, se les informó que el gobernador no estaba dispuesto a asumir los costos políticos de tomar medidas que requerirían gastos adicionales en beneficio de un grupo políticamente impopular. Los esfuerzos por persuadir al gobernador de que la negativa a acordar involucraría al estado en un litigio costoso que eventualmente perdería no cambiaron su opinión. Cuando los oficiales de la institución incluyeron un ítem sustancial en su presupuesto para la defensa en el juicio, sin embargo, uno de los líderes de la legislatura notó este problema. El legislador luego presionó exitosamente al gobernador a aceptar un acuerdo. Los actores, la legislatura y el gobernador prefirieron que el acuerdo estuviera volcado en una decisión judicial antes que en una ley, por lo que los actores presentaron un caso con la confirmación del estado de que lo acordaría rápidamente, lo que luego hizo. Esta historia es más elaborada que la de la mayoría de los casos, pero la cuestión básica de evadir las responsabilidades en vez de ejercerlas por parte de oficiales del ejecutivo y la legislatura es común. La objeción más plausible en este caso al rol de un tribunal basada en la separación de poderes no es que aquél usurpó responsabilidades del ejecutivo, sino que permitió el uso de su autoridad para cubrir políticamente a un gobernador que debió haber asumido la responsabilidad por sí mismo.

²⁴³ Tal como nos fue relatado en confidencialidad por dos participantes.

Aun así, sin la posibilidad de un cuestionamiento judicial, hubiera persistido una situación que nadie podría haber defendido de buena fe²⁴⁴.

En la medida en que los viejos regímenes de comando y control bloquean de manera comprensiva la autoridad del ejecutivo podrían surgir preocupaciones tanto de fragmentación como de rendición de cuentas. Pero dado que el enfoque experimentalista les da a las agencias más discrecionalidad que el enfoque de comando y control, estas preocupaciones parecen menos acuciantes²⁴⁵.

Además, el enfoque experimentalista parece resolver, en aspectos importantes, las preocupaciones sobre división de poderes. Esto parece ser particularmente claro respecto de la rendición de cuentas. La intervención experimentalista sirve directamente a la rendición de cuentas electoral al requerir a los oficiales del ejecutivo que hagan explícitas las políticas y que se sujeten a los mecanismos de medición y monitoreo que hacen ese desempeño más fácil de evaluar. Este esquema hace al ejecutivo potencialmente más responsable ante la legislatura y el electorado, como también hacia el tribunal²⁴⁶.

Estos mecanismos de transparencia también deberían mejorar la rendición de cuentas del abogado de los actores, otras partes interesadas, y el tribunal mismo. El nuevo régimen hace más claros los objetivos a los que se comprometieron estos representantes, y hace al progreso medible en términos de criterios que los representantes han aceptado. Cuando no se progresa, los representados a veces van a estar en una posición de presionar o reemplazar a sus representantes. De manera similar, la falta de progreso se va a reflejar en el tribunal. Aunque los mecanismos directos de rendición de cuentas judicial son limitados, los jueces pueden ser reticentes a continuar dedicando esfuerzos excepcionales y sufrir las críticas públicas que estos casos muchas veces generan cuando no creen que se está haciendo un progreso tangible.

La intervención experimentalista sirve a la dispersión y la rendición de cuentas en otra forma menos tradicional. Abre las instituciones que se desempeñan mal a la influencia y participación de los ciudadanos insatisfechos, mediante la negociación de partes interesadas. El proceso de intervención de las partes interesadas es, por definición, una fragmentación de poder y, cuando

²⁴⁴ Sandler y Schoenbrod hacen la versión de “protección política” del argumento de la rendición de cuentas reducida. Ver Sandler y Schoenbrod, *supra* nota 8, al 117-38, 153-61. Su preocupación es importante, pero sus propuestas para restringir la intervención judicial no pueden mejorar la rendición de cuentas cuando el ejecutivo está predispuesto a la pasividad y no siente presiones para actuar. No hay dudas de que hay ejemplos de agencias con mal desempeño que han comenzado de modo independiente proyectos de reforma prometedores, en formas en las que se han abierto a las partes interesadas. El relato de Sandler y Schoenbrod de la reorganización de la Administración de la Niñez de Nueva York sugiere que este puede ser un ejemplo. Pero en el caso promovido contra la agencia, el tribunal se demostró capaz de reconocer la calidad de los esfuerzos de la agencia y respondió de manera apropiada, negándose a emitir la clase de órdenes intrusivas que objetan Sandler y Schoenbrod. Ver *id.* págs. 193-97; ver también Marisol A. *ex rel.* Forbes v. Giuliani, 185 F.R.D. 152, 164 (Distrito sur de Nueva York, 1999) (que advierte que incluso si los actores establecieran la responsabilidad en el juicio, “el tribunal podría no haber estado en una posición de dar un mayor remedio que simplemente incentivar la continuación de los esfuerzos y las mejoras por parte del demandado”). Nuestra noción de derechos de desestabilización anticipa esas situaciones, al requerir como condiciones de los remedios estructurales ambiciosos tanto una falla en el desempeño como el “atrincheramiento” político.

²⁴⁵ Ver Nagel, *supra* nota 3, al 708-10 (que discute como una decisión detallada intensifica las preocupaciones basadas en la separación de poderes).

²⁴⁶ Sin dudas, la legislatura podría prescribir un régimen de monitoreo, participación y rendición de cuentas por sí misma. Cuando un tribunal ordena esos regímenes, está por ende afirmando poder frente a la legislatura. Pero la separación de poderes permite, e incluso requiere, órdenes judiciales que limitan la práctica legislativa cuando las limitaciones son del tipo que induce a la legislatura a cumplir su propia función adecuadamente. Piénsese en la redistribución nula por su vaguedad, o en la doctrina de la delegación.

funciona, mejora la rendición de cuentas hacia esos con mayor interés en las instituciones. Como una forma de democracia directa más que representativa, y como un proceso informal sin criterios fijos de legitimación u operación, el proceso de involucramiento de las partes interesadas se aparta de las premisas tradicionales del constitucionalismo estadounidense. Pero es potencialmente una elaboración valiosa, una que sirve los valores generales de fragmentación y rendición de cuentas en circunstancias en las que los procesos políticos tradicionales, por sí mismos, no lo harían de manera eficaz.

El litigio de interés público rechaza la noción de que la rendición de cuentas pueda ser dada por sentada a partir del hecho de que una agencia está inserta en una estructura administrativa mayor, formalmente liderada por un oficial electivo. Esa asunción convertiría a la doctrina de la separación de poderes en un formalismo vacío. El electorado como un todo tiene información e interés limitados sobre el funcionamiento de instituciones públicas, y los asuntos de estas instituciones están entremezclados con varios otros cuando se presentan en las votaciones. Los oficiales de más jerarquía en las tres ramas del gobierno tienen información e intereses limitados y también un rango amplio de responsabilidades. El proceso de participación de las partes interesadas permite una manera más informal y *ad hoc* de compartir el poder y de rendición de cuentas hacia aquellos a quienes más afecta²⁴⁷.

C. El problema de la atribución.

La siguiente cuestión doctrinal puede ser llamada el problema de la atribución. El actor busca un remedio estructural contra los oficiales de jerarquía o contra el gobierno. Algunas veces, como en los casos de segregación de *jure*, el actor va a poder probar una mala conducta sistemática por parte de los oficiales de más jerarquía. Más comúnmente, sin embargo, su prueba va a consistir en una serie de episodios concretos de mala conducta por agentes de mejor jerarquía. De aquí surge la pregunta de cuándo esos episodios van a ser considerados como demostrativos de un mal desempeño sistemático, o dicho de otra manera, cuándo van a ser atribuidos a los oficiales de más jerarquía o al gobierno, contra quienes se busca el remedio.

El asunto está presente, en teoría, en todos los contextos repasados más arriba, pero surge de modo más prominente en los casos de abuso policial. El remedio federal disponible bajo Código de los Estados Unidos, título 42, § 1983 contra los gobiernos locales o los oficiales de jerarquía estatales basado en la mala conducta de sus subordinados requiere demostrar que dicha mala conducta fue una cuestión de "política" expresa o de una "práctica o patrón" tácitamente

²⁴⁷ Por ende, un estilo experimentalista de remedios de interés público comparte el mismo espíritu, como una variedad de las reformas recientes que se basan en la participación ciudadana directa en áreas que incluyen la policía, la protección ambiental, y el desarrollo económico local. Ver, en general, Jeffrey M. Berry, *The New Liberalism: The Rising Power of Citizen Groups* [El nuevo liberalismo: el poder naciente de los grupos ciudadanos] (1999); *Deepening Democracy: Institutional Innovations in Empowered Participatory Governance* [Profundizando la democracia: innovaciones institucionales en la gobernanza participativa empoderada] (Eds. Archon Fung y Erik Olin Wright eds., 2003); William H. Simon, *The Community Economic Development Movement: Law, Business, and the New Social Policy* [El movimiento de desarrollo económico comunitario: derecho, negocios, y la nueva política social] (2001).

aceptados²⁴⁸. Además, tanto la tradicional “lesión irreparable” que exige el remedio de equidad como los requisitos de legitimación activa dependen de una demostración de que la conducta cuestionada posiblemente se repetirá en una escala significativa en ausencia de un remedio estructural²⁴⁹.

Dado que la mala conducta en cuestión rara vez está expresamente autorizada, los actores en general intentan mostrar una “práctica o patrón” permanentes. Típicamente, la prueba toma la forma de evidencia sobre un número de episodios de mala conducta acompañado de un conocimiento y falta de reacción por parte de los superiores. En algún punto, si se prueban instancias concretas y repetidas, es inevitable una inferencia de la aceptación de esas conductas.

Pero los actos de mala conducta de los agentes de menor rango no establecen por sí solos la responsabilidad de los supervisores, excepto que permitan una inferencia sobre un cierto “estado mental” de estos últimos. El caso típico es el de la participación intencional o la incentivación. Los casos más recientes, sin embargo, difícilmente encuadran en este escenario. Los tribunales no han acotado la responsabilidad de los agentes de mayor jerarquía a los casos en los que éstos activamente tienen conductas ilegítimas. Pero tampoco se han sentido cómodos con la idea de que la simple omisión de los oficiales en frenar una conducta sea suficiente para atribuir responsabilidad. En cambio, los tribunales exigen la prueba de un estado mental intermedio entre la intención y la indiferencia. De esta interpretación surgen estándares como el de la “indiferencia deliberada”²⁵⁰.

El cuerpo de doctrina que lidia con estos temas tiene dos deficiencias principales. Primero, trata lo que son problemas centralmente institucionales en términos psicológicos y, de hecho, términos psicológicos incoherentes. La “indiferencia deliberada” es un oxímoron. Capta mal las realidades psicológicas e institucionales más relevantes. En un caso típico, actualmente, los agentes de mayor jerarquía ni desean ni promueven activamente el mal desempeño. De hecho, si hubiesen podido eliminarlo sin costos, lo hubieran hecho. El problema es que eliminar la conducta generaría costos sustanciales de varias clases –económicos, políticos, emocionales– y por razones que pueden ser tanto egoístas como de opinión pública, dichos agentes hacen compromisos que permiten que la mala conducta continúe. La pregunta importante es si esos compromisos son aceptables o si por el contrario implican darle menos peso de lo que la ley requiere a algunos valores. La preocupación por los estados mentales simplemente quita atención y energía de consideraciones más pertinentes.

En segundo lugar, el foco en el estado mental de los oficiales genera el riesgo de crear fuertes desincentivos para la clase de monitoreo interno que es crítica para abordar muchos otros problemas involucrados en estas demandas. Si la responsabilidad depende de la intención, entonces los oficiales pueden

²⁴⁸ Por ejemplo, *Porter v. Nussle*, 523 U.S. 516, 530 (2002). Los principios de inmunidad soberana sobreviven lo suficiente para impedir la responsabilidad general del superior por los agentes que realizan funciones públicas del tipo considerado aquí. La justificación principal es que las tareas públicas requieren suficiente discrecionalidad y que los oficiales tienen derecho a tener suficiente deferencia debido a su posición en el poder ejecutivo. Ver *Monell v. Dep’t of Soc. Servs.*, 436 U.S. 658, 676-83 (1978).

²⁴⁹ Ver, por ejemplo, *Rizzo v. Goode*, 423 U.S. 362, 371-73 (1976).

²⁵⁰ Por ejemplo, *City of Canton v. Harris*, 489 U.S. 378, 388 (1989).

concluir razonablemente que la ignorancia es la mejor defensa²⁵¹. En general no pensamos que las personas quieren lograr consecuencias de las que no tienen siquiera conocimiento. Por supuesto, los tribunales en algún punto van a asumir que los agentes “tienen que haber sabido” acerca de ciertas conductas que eran extendidas y salientes en una institución, y algunas veces van a concluir que la elusión deliberada del conocimiento es equivalente al conocimiento mismo. Sin embargo, los tribunales no llegan a esas conclusiones fácilmente; muchas veces requieren una prueba bastante elaborada por parte de los actores. Los agentes que admiten el conocimiento del mal desempeño sostenido en general van a estar en una posición peor que los que pueden negarlo razonablemente. Los agentes rara vez están en una mejor posición por haber buscado ese conocimiento.

La perspectiva experimentalista sugiere dos mejoras a los estándares presentes sobre responsabilidad institucional. Primero, saca la evaluación del desempeño de las instituciones demandas del campo de las motivaciones de los individuos que ocupan sus cargos de más jerarquía. En cambio, sugiere que estas fallas son más comúnmente el producto de una serie de compromisos políticos en los que los valores a los que apelan los actores han sido dejados de lado o, de manera relacionada, el producto de una clase de equilibrio político de poca monta en el que todo funciona peor de lo que es posible, pero en el que ningún actor en particular tiene ni los incentivos ni el poder para realizar cambios sin presiones.

En segundo lugar, la perspectiva experimentalista favorece un cambio de la “sanción por monitorear” que está implícita en el enfoque del estado mental. Si el enfoque remedial más prometedor para la implementación de los derechos de interés público exige monitoreo, participación, y comparaciones disciplinadas, entonces los demandados que ya han iniciado estas prácticas deberían tener crédito por hacerlo. La iniciación de buena fe debería contradecir la existencia del atrincheramiento político que, a nuestro juicio, es un prerrequisito de la responsabilidad en estos casos. Estas prácticas tienden tanto a crear presiones para cumplimiento por parte de los empleados de mejor jerarquía, como así también a abrir los sistemas en general a las presiones políticas. Por ende, le dan credibilidad a la defensa de que los procesos políticos (no judiciales) son suficientes para inducir una reforma. Por el contrario, la omisión por parte de las instituciones demandas de adoptar procedimientos de cumplimiento de avanzada debería ser considerada negativamente en las determinaciones de responsabilidad.

El enfoque experimentalista en el derecho de interés público es análogo a algunas tendencias recientes en la responsabilidad de las organizaciones privadas. En el área corporativa, por ejemplo, la misma tendencia a rechazar la responsabilidad de los directivos por omisiones en supervisar el cumplimiento

²⁵¹ Durante el juicio, en un caso que cuestionaba las condiciones médicas de las prisiones, la cabeza del Departamento Correccional de California testificó que se había resistido a desarrollar un procedimiento para examinar a los internos con afecciones mentales “porque él sabía que una vez que se identificaran individuos con padecimientos mentales, él sería responsable de tratarlos”. Craig Haney y Donald Specter, *Treatment Rights in Uncertain Times* [Derechos al tratamiento en tiempos inciertos] en *Treating Adult and Juvenile Offenders with Special Needs* [tratando a los infractores adultos y juveniles con necesidades especiales] 51, 70 (Ed. José B. Ashford y otros, 2001).

con deberes legales y a tratar la inadvertencia de la mala conducta (incluso la rutinaria) de los subordinados como exculpatoria es prominente hace tiempo. Esta tendencia ha cambiado significativamente en las décadas recientes. Como una cuestión práctica, se ha vuelto la norma que las empresas tengan programas de cumplimiento en una variedad de áreas sensibles, como derecho ambiental y finanzas. Las Pautas Federales sobre Condenas a Demandados Corporativos de 1991 abrieron camino en este sentido, al hacer a los esfuerzos de monitoreo sobre cumplimiento realizados de buena fe un factor de mitigación importante al decidir la persecución penal federal de empresas²⁵². Los tribunales han comenzado a sugerir que el deber de cuidado de los ejecutivos corporativos incluye una obligación afirmativa de monitorear²⁵³. Un cambio en el foco del litigio de interés público que cambia el eje de los estados mentales para pasar al de la eficacia institucional estaría en línea con esos desarrollos del derecho privado.

D. El problema de la representación de intereses

El artículo de Chayes concluyó con una discusión del “problema de la representación de intereses”²⁵⁴. El litigio de interés público requiere la representación de las personas afectadas. De hecho, la mayor parte de la participación debe hacerse mediante representantes. Por ende, el tribunal debe identificar a las personas afectadas, evaluar la representatividad de quienes intentar hablar por ellas, y a veces asignar pesos a los intereses contrapuestos alegados en el proceso. Chayes argumentaba que los tribunales no están mal equipados para identificar los intereses afectados, y lo hacen rutinariamente bajo las reglas federales de acumulación y las de las acciones de clase. Él apoyaba la tendencia de las teorías sobre acumulación y de las prácticas remediales hacia la inclusividad y advertía varias técnicas para inducir la representación de grupos que no se presentaban por su propia iniciativa. Estas técnicas incluían una amplia notificación de la demanda y del proceso, la negativa a proceder hasta que las partes originarias procuren la representación de algunos intereses en particular, los esfuerzos de búsqueda por parte de los *special masters*, y las invitaciones a *amicus curiae*. Con respecto al problema de cómo ponderar los intereses, Chayes dijo, sin más elaboración, que “una parte de la respuesta puede encontrarse en la sugerencia de que la decisión, o al menos el remedio, involucra una especie de negociación entre las partes”²⁵⁵. Nuestra perspectiva sugiere algunas elaboraciones sobre esta respuesta. Como primera medida, la tendencia experimentalista trata a la participación no solo como un aspecto de la formulación remedial inicial sino como una característica clave del remedio en sí mismo. Los términos sustantivos del remedio son provisionales: se espera que sean renegociados en base a la experiencia. Por ende, un elemento crítico de la decisión es el establecimiento de un proceso participativo para

252 Comisión de Sentencias de los Estados Unidos, Manual de directrices, capítulo 8 (1994).

253 El Canciller Allen discutió estos desarrollos en *In re Caremark International, Inc. Derivative Litigation*, 698 A.2d 959, 969-70 (Del. Ch. 1996). Otro contexto privado análogo es la discriminación laboral por acoso sexual, en donde nociones como “ambiente de trabajo” han cambiado el foco de las motivaciones de los gerentes, individualmente, hacia las estructuras institucionales, y han llevado a un deber implícito de monitoreo. Ver Sturm, *supra* nota 10, al 480-90.

254 Chayes, *supra* nota 1, al 1310-14

255 *Id.* al 1312.

esas renegociaciones. La tarea de identificar los intereses afectados e inducir su participación no necesita ser lograda completamente desde el principio. Nuevos representados van a aparecer en el curso de la implementación, y dado que las reglas son revisables, ellos van a tener la oportunidad de cuestionarlas.

Aún más, la sugerencia de Chayes de que la dificultad de balancear intereses se puede remediar en parte mediante una "especie de negociación entre las partes" es más poderosa en el enfoque experimentalista. La discusión de Chayes de la negociación era ambigua. Desde una lectura, él la concebía como una suerte de negociación pluralista en la que diferentes grupos comprometían sus intereses pluralistas en una resolución que reflejaba su poder relativo. Bajo esta lectura, el problema de balancear intereses genera un dilema. O bien la resolución negociada simplemente reflejaría el balance de poder preexistente entre los grupos afectados, en cuyo caso estaría manchada por las desigualdades que la demanda quiso abordar; o, alternativamente, reflejaría una reasignación de poder mediante la declaración de derechos por parte del tribunal en su determinación de responsabilidad. En este caso, sin embargo, el tribunal tendría que tener capacidad de especificar los derechos de las partes y requeriría algo así como una ponderación específica de intereses que Chayes admitía que sería difícil.

Bajo otra lectura, Chayes discutía la negociación remedial en términos del consenso deliberativo del experimentalismo democrático. En oposición a la negociación, la deliberación está centralmente comprometida con la provisión de razones y la apertura a ser convencido. Insiste en que las partes estén abiertas a la posibilidad de que no puedan entender totalmente sus intereses individuales y de que al menos deben aspirar a encontrar soluciones que defiendan valores comunes. La deliberación intenta ser un proceso de aprendizaje y construcción de solidaridad, más que una simple resolución de controversias.

Los derechos de desestabilización y la remediación experimentalista complementan el enfoque del consenso, pero no son útiles y pueden incluso ser dañinos a la negociación pluralista. La negociación pluralista procede mediante amenazas implícitas de las partes sobre los costos que cada una le puede imponer a la otra si no se alcanza un acuerdo. Cuanto más estén de acuerdo las partes en cuáles son esos costos, más posible será que consideren que es en su propio interés llegar a un acuerdo. Cuantas más diferencias haya entre las estimaciones de las partes sobre los costos de no acordar, más probable será que la negociación pluralista falle²⁵⁶.

Además, cada parte en el proceso pluralista evalúa los beneficios de un acuerdo, centralmente, en términos de sus propios intereses, y la contraparte calcula su estrategia en términos del comportamiento que anticipa en función de su entendimiento personal de los intereses propios de su adversario. En la medida en que las partes no están seguras acerca de sus propios intereses,

²⁵⁶ Cfr. con Robert H. Mnookin y Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce* [Negociando en las sombras del derecho: el caso del divorcio], 88 *Yale Law Journal* 950, 975-80 (1979) (que argumenta, sobre asunciones pluralistas, que las diferencias en las expectativas sobre el resultado del litigio tienden a reducir la probabilidad de un acuerdo).

las decisiones de ambas sobre qué resultados aceptar y sus predicciones sobre lo que van a aceptar sus adversarios se hacen más difíciles. Esto hace a la negociación pluralista más vigorosa. Los derechos de desestabilización están designados para aumentar la incertidumbre sobre los intereses de ambas partes y los costos de negarse a acordar y, por ende, pueden amplificar los impedimentos que ya son inherentes a una negociación pluralista. Por otra parte, esta incertidumbre tiene la potencialidad de mejorar la negociación deliberativa en las formas discutidas anteriormente. Puede abrir a las partes a las orientaciones cognitivas y morales más amplias que producen soluciones creativas. Si seguimos la perspectiva de desestabilización para entender a la negociación remedial como deliberativa, podemos darle algo de sustancia a la sugerencia de Chayes de que esa negociación responde al problema de balancear intereses. Desde una perspectiva pluralista, balancear intereses privados es importante porque la solución es vista como un esfuerzo por maximizar la satisfacción de intereses diversos. En contraste, la deliberación es un intento de alcanzar un interés común. Incluso en la medida en que conocen sus intereses y poderes actuales, los deliberantes asumen que esos entendimientos pueden cambiar durante la deliberación; no pueden asumir que haya una relación fuerte entre la posición de poder de un determinado participante y su capacidad de contribuir al descubrimiento de soluciones generalmente valiosas.

Esta alegación, sin embargo, no debe exagerarse. Bajo las mejores circunstancias, los deliberantes van a tener compromisos definidos con intereses particulares, y van a estar influenciados por un sentido general acerca de las posiciones posibles que tendrían en el caso de que no se llegue un acuerdo. Aquellos con mejores posiciones alternativas van a tener más poder en la negociación. Las partes se van a beneficiar por tener más capacidades y recursos en el proceso de negociación en sí mismo, y de sus ventajas culturales y psicológicas. En este caso, las dinámicas de desigualdad en el poder de negociación afectan tanto a las negociaciones deliberativas como a las pluralistas. Además, incluso una negociación que genera un resultado ostensiblemente consensual puede aparecer frente a un observador externo, o ante uno o más de los participantes, como impuesta. La intuición que reside detrás de los derechos de desestabilización sugiere, solamente, que hay recursos de buena fe y creatividad que pueden ser extraídos de la combinación de incertidumbre y oportunidad.

Los "intereses" en el sentido pluralista van a seguir jugando un rol, pero ese rol va a ser uno más provisional. En la medida en que los efectos de desestabilización inducen negociaciones deliberativas, la carga del tribunal de definir y balancear intereses debería ser menor que bajo una negociación pluralista.

V. Conclusión

Los debates recientes han tendido a menospreciar el potencial del litigio de interés público, porque frecuentemente han percibido erróneamente sus formas. Muchas críticas se han dirigido a un modelo de intervención centrado

en el juez, jerárquico, y basado en reglas que ha dejado de corresponderse con las prácticas en los tribunales de primera instancia. De hecho, los jueces de primera instancia y los litigantes han creado formas de intervención más descentralizadas e indirectas, que descansan en la negociación entre partes interesadas, los regímenes de rolling-rule, y la transparencia. Aun no es posible hacer una evaluación definitiva de la eficacia del enfoque experimentalista, pero éste evita los defectos enfatizados por los críticos del régimen anterior, y los resultados iniciales de algunos de sus esfuerzos dan motivos para ser optimistas. El enfoque experimentalista también responde a preocupaciones sobre la legitimidad de la intervención judicial en los casos de interés público. La intervención experimentalista es a la vez más consistente con la práctica judicial de los casos del common law y más compatible con los mecanismos electorales de rendición de cuentas democrática de lo que admiten muchas descripciones sobre el litigio de interés público. Los remedios experimentalistas exponen a las instituciones públicas a las presiones de las comparaciones disciplinadas, que se asimilan a las presiones del mercado defendidas por las normas del common law. Al mismo tiempo, la transparencia que ellos inducen facilita ciertas formas de intervención democrática relacionadas, incluidas las electorales.

Las características de la intervención experimentalista que responden a las preocupaciones sobre eficiencia y legitimidad están capturadas en la idea de derechos de desestabilización. Al estigmatizar el status quo, la intervención del tribunal abre la institución demandada a la participación de partes interesadas antes marginalizadas y despeja el camino para la redefinición de las relaciones entre las partes más establecidas. De manera contra-intuitiva, la desestabilización mediante el nuevo derecho de interés público crea oportunidades para el aprendizaje colaborativo y la rendición de cuentas democrática que muchas veces se ven impedidas en el terreno más certero de la negociación pluralista guiada por los tribunales o las legislaturas.

EL NUEVO DERECHO DE INTERÉS PÚBLICO: UNA MIRADA HACIA ATRÁS A LA SITUACIÓN EN ESTADOS UNIDOS Y HACIA ADELANTE A SU FUTURO BRILLANTE EN OTRAS PARTES.

Charles F. **SABEL**

Traducción al español de *María Emilia* **MAMBERTI**

Cuando apareció por primera vez en 2004, *Destablization Rights: How Public Law Litigation Succeeds* (escrito en coautoría con William Simon) repasó la evolución prometedora de una variante experimentalista del litigio de interés público que, en su momento, parecía ser una innovación distintiva e incluso única de los tribunales estadounidenses. En el litigio de interés público, los tribunales pueden encontrar que instituciones completas -departamentos de policía, sistemas escolares, agencias de protección de la niñez- violan la constitución o normas legales y por ende son puestas bajo supervisión judicial hasta que se corrijan las fallas. Esto último sucede típicamente al implementar un plan comprensivo de reforma elaborado por las partes interesadas y ejecutado bajo la supervisión de un funcionario designado por el tribunal con aprobación de las partes.

Desde entonces, el litigio de interés público, en especial en su variante deliberativa o experimentalista, ha mantenido su promesa como un instrumento de reforma. Pero mientras que el uso del nuevo derecho de interés público se cuestiona solo de vez en cuando, aparentemente su aplicación no ha crecido ni en su alcance ni en su frecuencia. Aunque la doctrina lo tolera, raramente lo ha adoptado explícitamente, incluso en el nivel de los tribunales de primera instancia donde se dictan las decisiones y se supervisan las reformas.

Los desarrollos sorprendentes e inspiradores han venido de otras partes, fuera de los Estados Unidos. El litigio de interés público está siendo más prominente, y en algunos casos generando arreglos institucionales innovadores, en países como Colombia, India, Sudáfrica y por supuesto Argentina. Lo que distingue a estos países como un grupo es la combinación de poderes judiciales constitucionales fuertes, una sociedad civil activa, partidos políticos fracturados o atrofiados y estructuras administrativas débiles que luchan por cumplir con las cargas que tienen asignadas y muchas veces fallan en esa tarea. En todos los casos,

el nuevo derecho de interés público es un esfuerzo, entre otros, por hacer algo -algo eficiente y democráticamente responsable- frente a situaciones difíciles. La publicación de esta hábil traducción del artículo, que se sigue de cerca de la aparición de un artículo profundamente informado y agudo de Pablo Carducci sobre el giro prometedor de la remediación de la cuenca Matanza Riachuelo (el caso emblemático de interés público en Argentina y seguramente uno de los más interesantes e instructivos en cualquier parte del mundo), genera una oportunidad apropiada para hacer un comentario sobre las vicisitudes del litigio de interés público en Estados Unidos y, más importante aún, para comenzar a sumar a la reflexión sobre la posible utilidad de este instrumento en países de ingresos medios que están luchando por cumplir con las expectativas sociales y económicas de sus ciudadanos y con sus obligaciones constitucionales.

Hasta los 1960s, los tribunales tanto en los Estados Unidos como en otras partes del mundo respondieron al mal desempeño administrativo invalidando actos administrativos específicos o imponiendo daños monetarios a instituciones u oficiales en particular, para evitar los problemas de la inmunidad soberana. Esto empezó a cambiar a medida que se evidenciaba crecientemente, primero en el sur y luego en el norte de los Estados Unidos, una resistencia a la orden de des-segregar las escuelas públicas contenida en la famosa decisión de la Corte Suprema en el caso de *Brown v. Board*. Cuando las autoridades escolares locales se resistieron, los tribunales federales las sujetaron a decisiones que les requerían desarrollar planes para la desegregación. Desde estos comienzos, la práctica se expandió para reformar otras instituciones, especialmente las prisiones y las instituciones de salud mental. Abraham Chayes (Chayes, Abraham. "The Role of Judges in Public Law Litigation", *Harvard Law Review* [1976]) y Owen Fiss (Fiss, Owen M. "The Supreme Court, 1978 Term" *Harvard Law Review* 93.1 (1979): 1-281) reconocieron la nueva práctica como una forma distintiva del litigio de interés público que no se enfocaba como el common law en la resolución de disputas concretas del pasado respecto de dos partes privadas, sino en la reestructuración a largo plazo y el monitoreo de instituciones públicas a partir del impulso de un grupo amorfo de partes interesadas, con su participación continua.

Todo esto era familiar para los lectores estadounidenses del artículo y solo lo referenciamos al pasar. El foco, en cambio, fue el cambio en la naturaleza del remedio impuesto luego de una determinación de responsabilidad institucional. Mientras que en los primeros planes de reforma, representados en decisiones emitidas bajo la autoridad del tribunal, se tendía a especificar en gran detalle cómo debería operar la institución a reformarse -el tamaño e iluminación de las celdas en las prisiones; el número y capacitación del personal de apoyo en las instituciones de salud mental; el periodo en el que ciertas decisiones claves deberían tomarse-, en los más recientes se rompió con este enfoque de comando y control en favor de métodos más experimentalistas. Estos últimos consistieron en acordar en un marco de objetivos -una educación adecuada-, en mediciones para evaluar el progreso hacia ellos, y en una revisión regular de los resultados para generalizar los resultados exitosos, responder a las fallas y, de ser necesario, modificar las mediciones o clarificar los objetivos. El argumento

era que el énfasis en la participación y deliberación continua y transparente de las partes interesadas -como un último remedio cuando los procesos políticos ordinarios de reforma habían fallado manifiestamente- hacía al remedio más eficaz, al permitir el ajuste en base a circunstancias imprevistas y consecuencias no intencionadas. Y también lo hacía más legítimo, al reducir el peligro de que los jueces actúen tanto más allá del alcance de su competencia como por fuera de los límites del poder judicial a expensas de la legislatura y la autodeterminación democrática en general. Dicho de otro modo, el argumento era que los ciudadanos tienen el derecho de requerir la desestabilización de instituciones que fallan persistentemente en cumplir con sus deberes constitucionales, con el fin de elaborar, mediante los remedios de interés público correspondientes, un camino a la reforma que aborde los problemas sistémicos.

¿Qué ha sucedido con el nuevo derecho de interés público en el ínterin? En algunos campos, las reformas que ese litigio ayudó a catalizar han sido tan extensas, de tan alto alcance y adaptables que, por el momento, el nuevo litigio de interés público es a lo sumo incidental para ellas. El ejemplo más claro es el de la educación pública, el territorio local de la innovación. El nuevo litigio de interés público jugó un rol importante en las reformas a nivel estadual -en Texas, Kentucky y Tennessee, entre otros- que establecieron la viabilidad de nuevos principios de gobernanza bajo la rúbrica de “nueva rendición de cuentas”: mayor autonomía para los distritos y escuelas en las prácticas institucionales y el control presupuestario a cambio de más responsabilidad por alcanzar metas de mejoramiento como la reducción en la brecha de desempeño entre los grupos vulnerables y los que obtenían buenos resultados. La nueva rendición de cuentas se incorporó a la legislación nacional en la Ley Para que Ningún Niño sea Dejado Atrás (No Child Left Behind Act) de 2001. Esta ley a su vez enmarcó y animó incontables reformas municipales y estatales cuyos éxitos y errores (muchas veces innecesarios) amenazaron y antagonizaron con los sindicatos docentes y con algunas de las comunidades vulnerables a las que intentaban beneficiar (Liebman, James S., y Charles F. Sabel. “Public Laboratory Dewey Barely Imagined: The Emerging Model of School Governance and Legal Reform.” *New York University Review of Law & Social Change* 28 (2003): 183). En el contrataque consecuente que recibieron las reformas, sus componentes más valiosos y los que mejoraron rápidamente se han reconstituido por fuera del sector tradicional de escuelas públicas en la forma de escuelas “chárter” -escuelas comisionadas bajo la autoridad pública, financiadas en buena medida con fondos públicos y, en los mejores casos, sujetas a un control estricto de su desempeño por parte de las autoridades educativas. Estos cambios sencillamente han superado la capacidad de respuesta de los abogados de la reforma educativa de todos los sectores. Aquí, especialmente, uno puede decir que el nuevo derecho de interés público es en parte una víctima de su propio éxito.

En el caso de la reforma de los departamentos de policía, en contraste, la historia es de progreso lento y fue interrumpida por la elección de Donald Trump como Presidente. Bajo una ley de 1994, el Departamento de Justicia está autorizado para investigar a los departamentos de policía sospechados de

involucrarse en “prácticas o patrones” de discriminación racial. Los hallazgos de estas investigaciones típicamente resultan en decisiones de interés público que les han requerido a los departamentos mirar de manera más cuidadosa las prácticas y rutinas administrativas que aumentan el riesgo de abuso. Por ejemplo, el desempeño de los oficiales individuales se revisa periódicamente para identificar signos de estrés que puedan llevar, en una crisis, a una respuesta impermisible y para disparar una respuesta remedial antes de que ocurra el daño. De manera similar, se revisa el comportamiento de los supervisores para chequear que ellos respondan de forma oportuna y eficaz ante esas alertas. Un número de decisiones van aún más allá, y requieren una policía orientada a la resolución de problemas en la que los oficiales, muchas veces en colaboración con miembros de las comunidades o sus representantes, pongan su atención y esfuerzos de remediación en un número pequeño de lugares “criminógenos” -bares al final de ciertos callejones- y de ofensores responsables por la mayoría de las trasgresiones, incluso en zonas de alta criminalidad (Sabel, Charles F., and William H. Simon. “The Duty for Responsible Administration and the Problem of Police Accountability.” *Yale Journal on Regulation* 33 (2016): 165.) Pero al tiempo en que una sucesión reciente de tiroteos policiales terribles demostró la necesidad de redoblar estos esfuerzos y las decisiones de incumplimiento comenzaron a proliferar, el control del Departamento de Justicia pasó a las manos de un Procurador General notablemente empático con la policía severa y reacio a la reforma. Los intentos anteriores de ahogar el litigio de interés público -por ejemplo, mediante legislación que aumentó las cargas de los actores en las demandas en las que se alegaban condiciones penitenciarias inconstitucionales- fallaron y de hecho pueden haber derivado en innovaciones que mejoraron los casos de los actores. Del mismo modo, quizás sea posible demandar a los departamentos de policías que funcionan al margen de la ley sin la ayuda del Departamento de Justicia. Pero por ahora la reforma policial del nuevo derecho de interés público parece haberse estancado.

En otros campos, los nuevos remedios de derecho de interés público han demostrado ser más efectivos que otros enfoques, aunque alcanzaron solo resultados modestos. Al escribir sobre litigio de interés público para mejorar las condiciones de los estudiantes con necesidades especiales bajo la Ley de Educación de Personas con Discapacidad de 1990, Bagenstos encuentra que los remedios omnicomprendidos de comando y control tienen resultados pobres comparados con las decisiones experimentalistas, pero que en general el impacto directo de la intervención judicial de cualquier tipo ha sido magro (aunque magnificado en alguna medida por sus efectos de demostración). Encuentra también que “más allá de la naturaleza legalista de la ley, los tribunales federales tienen muy poco involucramiento en la administración de la educación para las personas con discapacidad” (Samuel R. Bagenstos, “The Judiciary’s Now-limited Role in Special Education, en Dunn, Joshua M., y Martin R. West, eds. *From Schoolhouse to Courthouse: The Judiciary’s Role in American Education*. Brookings Institution Press, 2010). Y así continua. A pesar de las diferencias relevantes entre distintas áreas, el nuevo derecho de interés público en los Estados Unidos mantiene su promesa, pero sin convertirse en ningún caso en una herramienta indispensable para los abogados reformistas.

La discusión del nuevo derecho de interés público (en su teoría y su práctica) en los países de ingresos medios con constituciones fuertes e instituciones administrativas débiles es más urgente, cuanto menos porque la brecha entre los problemas públicos apremiantes y la capacidad pública para resolver los problemas es claramente grande y parece estar creciendo. Las respuestas del nuevo derecho de interés público de los países de este grupo forman un espectro definido por el alcance con el que los tribunales incentivan la innovación institucional para elaborar e implementar remedios. En un extremo del espectro se encuentra Sudáfrica. Allí, la Corte Constitucional ha rechazado los esfuerzos por definir un mínimo esencial sustantivo de derechos económicos y sociales como el derecho a una vivienda digna. En cambio, ha tomado un "giro procedimentalista", al establecer condiciones que limitan el ejercicio de la autoridad pública declarando inconstitucionales ciertas prácticas como los desalojos injustificados y requiriendo que las autoridades adopten procedimientos inclusivos y justos para alcanzar las decisiones que involucran los derechos en cuestión. Mientras que ciertos autores ven este giro como una retirada decorosa de la exigibilidad de los derechos económicos y sociales, Brian Ray argumenta de manera persuasiva que la "procedimentalización" abre camino a los remedios dialógicos asociados con el experimentalismo. Pero aun asumiendo que esto es así, sigue siendo el caso que la Corte de Sudáfrica, preocupada por demostrar un respeto escrupuloso por la tradicional separación de poderes, no está dispuesta a fomentar, y menos a insistir en, la creación de nuevas instituciones a los efectos de este diálogo (Ray, Brian. *Engaging with Social Rights: Procedure, Participation and Democracy in South Africa's Second Wave*. Cambridge University Press, 2016). El litigio de interés público en Estados Unidos, para el caso, está mucho menos limitado institucionalmente respecto de esas innovaciones. Como apreciaba Chayes, el funcionario judicial que consulta continuamente con las partes constituye una clase de entidad administrativa creada con un propósito específico -teóricamente, una mini-agencia flexible, precisa y enfocada- y diseñada para guiar la reforma en un caso en particular.

Colombia ocupa una posición media en este espectro de audacia institucional. La respuesta de los tribunales allí queda bien ejemplificada con la decisión T-25 de 2004, que encontró un estado de cosas inconstitucional (ECI) respecto de los millones de personas desplazadas por la guerra civil. En este caso, el tribunal mismo ha sido un monitor extremadamente activo, como se refleja en los 84 autos y 13 sesiones de revisión públicas en los 6 años que siguieron a la decisión original. Pero mientras que esta actividad prueba el reconocimiento de la Corte de la necesidad de una revisión continua de la respuesta oficial ante la declaración de un comportamiento como inconstitucional, parece que en este caso también los jueces se abstuvieron de crear instituciones que facilitarían la colaboración entre partes interesadas en la articulación y ajuste de las reformas, o la hicieran obligatorias de ser necesario (Rodríguez-Garavito, César. *Más allá del Desplazamiento: Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*, Universidad de Los Andes, 2009).

Argentina, vista a la luz del caso de la Cuenca Matanza-Riachuelo, está en el extremo opuesto del espectro, al desarrollar una variante de remedio de interés

público dialógico rico en innovación institucional que se ramifica, o así parece, en el tejido de la administración a nivel municipal, provincial y federal. La tarea es intimidante. La cuenca está afectada por -literalmente- dos siglos de residuos industriales acumulados; y a este legado se suma el daño causado a diario por la operación de muchísimas empresas, varias de las cuales son fuentes de contaminación.

Carducci detalla el desarrollo de un sistema eficaz de deliberación inclusiva y monitoreo por las partes interesadas, eventualmente supervisado por la Corte Suprema. La decisión, en 2008, unió una agencia de supervisión autónoma –La Autoridad de Cuenca Mantanza Riachuelo (ACUMAR), formada dos años antes para integrar las autoridades nacionales pertinentes con las de la Ciudad y la Provincia de Buenos Aires– y un nuevo Cuerpo Colegiado, compuesto por la Defensoría del Pueblo y ONGs de derechos humanos y ambientalistas activas en la temática. Hasta el 2012, la supervisión de la deliberación se delegó al Juez Federal de Quilmes, cuyo enfoque era mucho más de comando y control que experimentalista. En ese año, sin embargo, la Corte Suprema en una nueva decisión dividió la responsabilidad por la supervisión entre el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 12–responsable por la supervisión de los contratos formados en el curso de la limpieza y de los asuntos presupuestarios en general– y el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 2 de Morón – responsable de obligar mediante deliberaciones a varias de las entidades administrativas a realizar las tareas acordadas para mitigar el daño a la cuenca, prevenir el daño futuro, y mejorar en general la calidad de vida de sus habitantes, los propósitos generales de la decisión original.

Para dar una idea del rango y volumen de los asuntos manejados por el segundo tribunal “ejecutivo”: actualmente procesa más de 1000 asuntos relacionado con los objetivos marco fijados por la Corte Suprema y organizados bajo temáticas genéricas como “Urbanización de Villas y Asentamientos Precarios” y por jurisdicción geográfica (Lanús, Lomas de Zamora, La Matanza, Almirante Brown, etc., con tres expedientes diferentes para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Cada uno de estos asuntos se discute en sesiones periódicas en las que los actores de la sociedad civil, las autoridades públicas relevantes y los organismos públicos de control reunidos y coordinados por un oficial del tribunal “ejecutivo” formulan planes de trabajo –incluidas medidas para informar a los ciudadanos de los cambios que los van a afectar– y revisar el avance hacia las metas ya fijadas. El Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 2 de Morón ha conducido muchísimas de esas sesiones y numerosas inspecciones judiciales en las que los jueces adquieren impresiones de primera mano de las condiciones locales y la opinión pública. En los primeros dos años y medio en los que este método deliberativo fue implementado de manera rutinaria, solo 5 decisiones del Juzgado fueron objeto de recursos extraordinarios –un signo seguro de que las deliberaciones son inclusivas y que resultan en planes ampliamente aceptados.

Pero justamente en este punto surge la curiosidad ¿Produjeron los planes una reducción considerable de la contaminación? ¿En la contaminación actual?

¿Han mejorado generalmente las condiciones de vida? ¿Las ONGs están interactuando con las autoridades públicas en modos distintos? ¿Hay nuevas formas de activismo político local, o cambios en el comportamiento de las partes?

¿Y las administraciones públicas y el derecho administrativo? Si la colaboración entre los niveles municipal, provincial y nacional y entre varios organismos administrativos ha sido exitosa, ¿ella se está "derramando" de formas que mejoran el funcionamiento de las diversas entidades involucradas? O, puesto de otro modo, ¿está el modo deliberativo de resolución de problemas a nivel local permeando horizontal y verticalmente en la administración, más generalmente? ¿Cómo es que el proceso de revisar o al menos adaptar el derecho y la práctica administrativa mediante la deliberación de las partes interesadas se está integrado o reconciliado con los cánones tradicionales del derecho y la práctica administrativas, si es que lo está haciendo en alguna medida?

Y así sucesivamente. Los éxitos del nuevo derecho de interés público en los Estados Unidos, importantes como lo son, han sido demasiado esporádicos y contenidos para disparar preguntas de este tipo. Los desarrollos en las democracias constitucionales de ingresos medios que enfrentan problemas socio-económicos ahora son más prometedores. Entre esos países, Argentina está posiblemente a la vanguardia. Su Corte Suprema y poder judicial están comprometidos con la reivindicación de al menos algunos derechos sociales y económicos al insistir en las reformas inclusivas y deliberativas de partes de la administración pública. Aún más: a la vez que la profundidad y amplitud de esta combinación de compromiso y limitación judicial se está volviendo aparente, una nueva generación de líderes políticos está emergiendo. Algunos de esos líderes tienen consciencia de las patologías del estado y están comprometidos con construir instituciones que sirvan a los grupos vulnerables. Si -este es un "sí" crucial- las reformas del nuevo derecho de interés público de la escala de la limpieza de la Cuenca Matanza-Riachuelo son exitosas, seguramente vayan a ser notadas. Siendo optimistas, las innovaciones administrativas inclusivas luego pueden ayudar a llenar el vacío dejado por el desorden de los programas políticos actuales, y por ende resonar dentro de la administración pública y en su relación con los tribunales y los ciudadanos.

Pero la tarea inmediata, encomendada tanto por los reclamos de honestidad e innovación como por el desencanto con nuestras elecciones políticas, es ver en detalle qué reformas ha traído el caso de la cuenca Matanza- Riachuelo, en qué no ha bastado, y dónde, en la tradición del viejo y nuevo derecho de interés público, sorprende con innovaciones en el derecho y la democracia que nos hagan ver nuevas oportunidades en ambos.

O TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS DE INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO BRASILEIRO

Ana Maria DAMASCENO DE CARVALHO FARIA¹
Leonardo SILVA NUNES²

Resumo: Os litígios de interesse público necessitam de um tratamento adequado. O presente estudo tem como objetivo evidenciar alguns problemas decorrentes do uso de técnicas processuais típicas de litígios individuais a esse tipo de lide que envolve interesses públicos, difusos e/ou coletivos. A partir das noções de reforma estrutural originada no caso Brown vs. Board of Education of Topeka, este artigo apresentará dois casos emblemáticos brasileiros que poderiam ser encarados pelo Poder Judiciário como processos estruturais. Conclui-se o trabalho com algumas notas sobre participação e efetividade, garantias que norteiam o tratamento adequado dos litígios de interesse público.

Palavras-Chave: Litígios de interesse público, Direitos difusos e coletivos, Processo Coletivo, Participação.

Abstract: Public interest litigation must properly be regarded. This article aims to demonstrate some problems that arise from the application of traditional procedural techniques to public litigation -concerning public, diffuse and/or collective interests-. Departing from the notions of structural reform originated in the case Brown vs. Board of Education of Topeka, this paper will present two emblematic brazilian cases that could be considered as structural processes by the Judiciary. The paper concludes with some notes on participation and effectiveness, both guarantees that provides a suitable basis to address public interest litigation.

Key-Words: Public interest litigation, Diffuse and collective rights, Collective Procedural Law,, Participation.

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada. Endereço eletrônico: anamaria.dcf@gmail.com.

² Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Adjunto de Direito Processual Civil e Coletivo do Departamento de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG) e do Instituto de Direito Processual (IDPro). Advogado. Endereço eletrônico: msleonunes@gmail.com.

I - Introdução

É preciso se repensar um novo modelo de tratamento dos litígios de interesse público. Essa é tônica deste estudo, que tem como objetivo evidenciar os problemas enfrentados pela sociedade brasileira decorrentes do tratamento de litígios complexos que envolvem interesses difusos e coletivos tal como se fossem lides individuais, com reflexos bipolares e estanques.

O Poder Judiciário tem sido cada vez mais importante na efetivação dos direitos constitucionais.

A falência do Estado Social (ou Estado Providência) atrelada à complexidade crescente da sociedade contemporânea evidenciam a ineficiência da Administração Pública (especialmente dos Poderes Legislativo e Executivo) na criação e implementação de políticas públicas com grau de efetividade minimamente satisfatório. Esse cenário é um catalizador natural do processo chamado de ativismo judicial, pelo qual o Poder Judiciário tem sido chamado a efetivar direitos, em verdadeira substituição à Administração Pública. Embora não seja a única e tampouco possa afirmar-se a melhor, é inegável que a via jurisdicional ainda é uma das mais importantes para o acesso à Justiça. No Brasil, a exposição de um amplo catálogo de direitos na Constituição abre espaço para a intervenção judicial em prol da concretização de direitos e de políticas públicas, mormente quando se tem estabelecido no próprio Texto Constitucional um relevante acervo de garantias aptas a torná-los efetivos (NUNES, 2015, p. 284).

Não raras vezes, tais lides extrapolam o mero interesse individual das partes, para atingir inúmeros outros sujeitos de direitos, em razão do bem jurídico difuso ou coletivo a ser tutelado por meio do processo, adquirindo verdadeira natureza pública. São casos, por exemplo, dos processos coletivos que versam sobre danos ambientais de grandes proporções ou extensão, ou, ainda, aqueles fundados no direito à educação ou saúde de determinada coletividade.

Litígios desse tipo exigem um tratamento diferenciado, não só pela relevância social, mas também porque o procedimento próprio das lides individuais não consegue alcançar todos os sujeitos de direitos envolvidos ou afetados pelo provimento jurisdicional, tampouco é capaz de efetivar os inúmeros interesses, garantias e valores em jogo.

Nos Estados Unidos, esse modelo diferenciado de tratamento de litígios complexos começou a se delinear na década de 1950 do século XX, com o julgamento do emblemático caso *Brown vs Board of Education of Topeka*. A questão era de uma necessária mudança do sistema educacional norte-americano, que dividia as crianças brancas e negras em escolas diferentes, segregando-as pela "raça". Como bem coloca Owen Fiss:

It required new procedures for the assignment of students; new criteria for the construction of schools; reassignment of faculty; revision of the

transportation systems to accommodate new routes and new distances; reallocation of resources among schools and among new activities; curriculum modification; increased appropriations; revision of interscholastic sports schedules; new information systems for monitoring the performance of the organization; and more (FISS, 1979, P 2-3).

A decisão proveniente da Suprema Corte norte-americana que determinou a superação dos sistemas duais de escolas, separadas para negros e brancos, para um sistema unitário de escola, não-racial, não veio acompanhada de fórmulas para execução. Cabia aos juízes das instâncias ordinárias encontrarem os meios adequados para fazer cumprir aquela ordem de promoção da igualdade.

E foi nesse cenário que surgiu a primeira ideia de reforma estrutural, em que as formas tradicionais de execução - tais como as condenações pecuniárias, aplicação de multas, constrição de bens, etc. - já não faziam sentido, tampouco eram eficazes para atingir a finalidade da ordem judicial.

A ideia de mudança de uma estrutura social, econômica e cultural por meio de medidas judiciais prospectivas, isto é, orientadas para o futuro, é uma das notas características desse tipo litígio denominado estrutural.

Como adverte Santiago Pereira Campos, este tipo de sentenças inovadoras e controversas abre uma enorme variedade de possibilidades, riscos e dilemas. Entre outras questões, a literatura especializada estrangeira questiona se esses julgamentos afetam o princípio da separação de poderes, se viola o princípio da congruência e qual deve ser o papel dos tribunais constitucionais (CAMPOS, 2016).

A exemplo do que se passou no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, a promoção de tão radical alteração na estrutura sociocultural não é imediata, demandando, ao contrário tempo e disposição dos agentes envolvidos. Como aponta Fernando Garcia Souza, somente uma década após a prolação da decisão é que o cenário de integração racial nas escolas começou a mudar efetivamente. Citando Gerald Rosenberg, o autor relata que essa mudança política resultou na frequência de 91% das crianças afro-americanas dos estados do sul em escolas integradas, no ano letivo de 1972/1973, em contraposição com os 1,2% no ano escolar de 1964/1965 (SOUZA, 2017).

A partir dessa ideia inicial de litígio estrutural, este estudo evidenciará os entraves de se tratar as lides complexas e de interesse público como conflitos comuns, submetidos à sistemática processual bipolarizada, que se esgota em um provimento orientado para a reparação do dano, tão somente, sem levar em conta os efeitos que a desconsideração dos sujeitos diretamente afetados pela decisão pode ocasionar.

li - Desenvolvimento

Afinal, o que seriam lides de interesse público? A resposta a esse questionamento é que definirá quais os casos em que se poderia aplicar técnicas processuais diferenciadas para a solução do conflito, adequando o procedimento à ideia de litígio estrutural.

Os conflitos de interesse público são aqueles em que, para além da multipolaridade característica, isto é, da existência de um largo plexo de interesses igualmente legítimos, por vezes convergentes, às vezes antagônicos, tem por objeto situações que extrapolam a esfera de individualidade das partes, para atingir direitos da sociedade, ou, ao menos, de um grupo de pessoas, de uma coletividade. Quando submetidos ao Poder Judiciário, dão lugar a processos em que se buscam tutelar direitos difusos ou coletivos, de modo que uma das partes (ou ambas) é sempre composta por uma multiplicidade de sujeitos, dotados de interesses diversos e igualmente legítimos.

No modelo brasileiro, a coletividade titular de direitos difusos ou coletivos é representada por um ente legitimado³, sendo esta uma das críticas ao microsistema de processos coletivos (WATANABE, 1984). Por este método, o processo se torna um verdadeiro litígio individual, revelando-se uma contenda dual, bipolar, enquanto os sujeitos componentes do grupo titular do bem jurídico tutelado acabam sem voz ativa, tendo que suportar os efeitos da decisão proferida sem terem participado diretamente de sua formação. Com efeito, tanto na formulação do pedido quanto na condução do processo, acaba prevalecendo a vontade do autor coletivo, que, por vezes, pode não ser exatamente a mesma vontade da sociedade ou grupo em favor de quem se atua (ARENHART, 2017).

O modelo processual brasileiro de tratamento dos litígios coletivos apresenta dificuldades para a efetivação de direitos difusos e coletivos do ponto de vista material, tanto que, à exceção de alguns poucos casos em que a sociedade é ouvida pela via de audiências públicas, não se oportuniza a participação dos sujeitos, algo essencial no trato adequado das causas estruturais. Em consequência, não chega ao conhecimento do Juízo, portanto não integra os limites da lide, todos esses interesses igualmente legítimos, totalmente imbricados na causa de pedir eleita pelo ente legitimado.

Roberto Omar Berizonce, ao discorrer sobre os litígios de interesse público, elenca algumas de suas características gerais:

³ O microsistema de tutela jurisdicional coletiva brasileiro legitima, entre outros, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, as Associações, os Partidos Políticos e os Sindicatos (art. 5º, Lei 7.347/1985, art. 82, Lei 8.078/1990, art. 21, Lei 12.016/2009). Sobre o modelo *opae legis* de legitimação ativa no processo coletivo brasileiro, conferir em: THIBAU, 2003 e NUNES, 2015.

a) [...] el activismo procedimental y la ampliación de los poderes del juez, y especialmente por la posibilidad del dictado de medidas de urgencia [...]

b) El método dialogal [...] que “expone” a las partes y las compromete en la búsqueda de soluciones consensuadas al diferendo. [...]. Se trata - como se ha señalado - de un modelo normativo basado en la institucionalización de procedimientos democráticos, un verdadero paradigma cooperativo de administración de justicia.

c) La decisión judicial no se esgota en un “trancher” que dirima el conflicto hacia el pasado, sino que comúnmente se proyecta hacia el futuro y habitualmente tende a incidir en las políticas públicas del sector involucrado.

d) El “diálogo”, al cabo de la sentencia, pervive y se profundiza para facilitar el cumplimiento o la ejecución de lo decidido. [...] 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 (BERIZONCE, 2017, p. 268-269).

Em adição, Mariela Puga também comenta sobre os elementos básicos do processo estrutural:

(1) La intervención de múltiples actores procesales.

(2) Un colectivo de afectados que no intervienen en el proceso judicial, pero que sin embargo son representados por algunos de sus pares, y/o por otros actores legalmente autorizados.

(3) Una causa fuente que determina la violación de derechos a escala. Tal causa se presenta, en general, como una regla legal, una política o práctica (pública o privada), una condición o una situación social que vulnera intereses de manera sistémica o estructural, aunque no siempre homogénea.

(4) Una organización estatal o burocrática que funciona como el marco de la situación o la condición social que viola derechos.

(5) La invocación o vindicación de valores de carácter constitucional o público con propósitos regulatorios a nivel general, y/o demandas de derechos económicos, sociales y culturales.

(6) Pretensiones que involucran la redistribución de bienes.

(7) Una sentencia que supone un conjunto de órdenes de implementación continua y prolongada (PUGA, 2013, p. 46).

A solução adequada de conflitos complexos, que envolvem interesse público, não se restringe à reparação do dano, ou ao restabelecimento de um status quo anterior. Há um nítido caráter prospetivo nesse tipo de processo, que determina (e condiciona) a adequação das medidas executivas voltadas para a mudança de uma estrutural social, econômica ou cultural. O provimento judicial se orienta para o futuro, inclusive porque a própria reparação do dano pode não ser viável ou possível por meio de um comando estanque.

Ressalta-se o caráter policêntrico de tais lides (FERRARO, 2015). Quando se está diante de um caso de interesse público, não se deveria tratá-lo tal como no modelo adversarial, em que autor e réu litigam pela reparação de um direito violado através de uma sentença condenatória. O policentrismo é que dá o

tom desse tipo de conflito, na medida em que os vários interesses em jogo por vezes se encontram, em outras se distanciam, em um contínuo tangenciamento. E não há um interesse que se sobreponha ou que adquira um status de maior relevância do que outro. Todos são igualmente considerados e imbricados.

Melhor explicando, segundo Mariela Puga, o litígio estrutural não se configura meramente pela pluralidade de partes:

En efecto, cuando hablamos de litigio estructural estamos siempre refiriendo a casos o litis con una fisonomía policéntrica. Es decir, una fisonomía parecida a la tela de una araña, o la de un puente, en la cual se entiende que los intereses individuales están subordinadas a una idea de conflicto más general. Esta última contiene o imbrica aquellos intereses, en un circuito de interconexiones con otros intereses. De tal forma, la decisión que se tome en un conflicto estructural deberá considerar el impacto sobre quienes no están presentes en el proceso, pero que se hallan ineludiblemente conectados por la definición judicial del conflicto (PUGA, 2013, p. 55-56).

É nessa medida que a participação se apresenta como requisito para que os litígios de interesse público sejam adequadamente saneados, atribuindo-lhes o caráter estrutural (quando for o caso), e permitindo não só a reparação do ilícito, mas a modificação de uma estrutura (social, cultural, econômica, regulatória, etc.) orientada para o futuro. Obviamente, só é possível ao Poder Judiciário adotar essa postura ativa de forma legítima se todos os sujeitos titulares de direitos relacionados àquele processo tiverem voz ativa, e não sejam, simplesmente, representados por uma entidade que sequer participa dos problemas, tampouco sofrerá os reais efeitos do provimento estruturante.

O tratamento adequado de lides de interesse público perpassa pela participação, como defende Francisco Verbic:

A esta altura de los tiempos resulta imprescindible contar con una participación más intensa de los ciudadanos a fin de obtener una mejor gestión de la cosa pública, lo cual dispara inmediatamente la necesidad de pensar en instrumentos adecuados que habiliten tal participación (VERBIC, 2013, p. 20).

Preocupação semelhante é manifestada por Kazuo Watanabe, referindo-se à participação do grupo envolvido em conflitos dessa natureza como mecanismo de participação política dos jurisdicionados na gestão da coisa pública:

De nossa parte, gostaríamos de fazer algumas ponderações sobre o aspecto subjetivo desse processo, principalmente sobre a abertura de acesso à Justiça por ele propiciado e sobre a sua significação política como instrumento de participação política dos jurisdicionados na gestão de coisas públicas (WATANABE, 2017, p. 230)

Nada obstante, no Brasil, os processos que versam sobre litígios complexos

acabam se reduzindo a um comando condenatório simplório, lançado nos estritos limites do pedido certo e determinado formulado pelo ente legitimado (União, Defensoria Pública, Ministério Público, entre outros). Em contraposição a esse viés limitado e retrospectivo, dois casos recentes, ocorridos na Região dos Inconfidentes, em Minas Gerais, Brasil, podem ilustrar exemplos de litígios de interesse público, que determinam e condicionam o tratamento adequado de litígios estruturais.

II.1 - O caso SAMARCO: o dano ambiental e a pulverização de ações judiciais

O rompimento das barragens de Fundão e Santarém, de propriedade da empresa Samarco Mineração S.A. (sociedade controlada pela Vale S.A e BHP Billiton), em 5 de novembro de 2015, é considerado um dos mais graves eventos danosos ao meio ambiente no Brasil. As estruturas, que continham rejeitos de mineração, sofreram rachaduras que abalaram os taludes de contenção. Com isso, o material inundou comunidades rurais localizadas logo abaixo das barragens (como ocorreu com Bento Rodrigues e Barra Longa), atingindo inúmeros afluentes até alcançar o Rio Doce, um dos maiores da Região Sudeste do Brasil e que banha os estados de Minas Gerais e Espírito Santo. O rejeito percorreu 600 quilômetros até desaguar no oceano Atlântico.

É fácil listar os inúmeros danos causados por esse acidente: morte de pessoas, 19 ao todo (BRANCO; PONSO, 2016); eliminação de comunidades tradicionais e os impactos morais e culturais decorrentes disso; mortalidade de peixes e prejuízo para a atividade pesqueira pelos ribeirinhos do Rio Doce; o dano ambiental de extensão significativa e a impossibilidade de se reparar o meio ambiente, ao menos de forma imediata (LINHARES, 2017); carência de água potável para os Municípios que dependiam do Rio Doce para abastecer sua população; entre outros.

Tão logo ocorrido o acidente, foram deflagradas inúmeras ações judiciais para pleitear algum tipo de provimento reparatório (G1, 2017). Em simples consulta ao sítio do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, é possível contabilizar 19 ações coletivas (02 Ações Populares e 17 Ações Cíveis Públicas) cuja causa de pedir é a mesma: o rompimento das barragens e os danos decorrentes do acidente. Além dessas demandas, ainda existem diversos processos que tramitam perante a Justiça Estadual de Minas Gerais e do Espírito Santo, muitos destes com pretensões coletivas, outros individuais, contendo o mesmo objetivo: a busca pela reparação de danos. Algumas dessas ações ensejaram o bloqueio de bens e ativos da empresa, ocasionando, ainda, a paralisação de suas atividades. Além disso, o Instituto Brasileiro de do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) aplicou multas preliminares à empresa da ordem de 250 milhões de reais (cerca de U\$ 790mi).

Até o momento, fala-se em recomposição do meio ambiente afetado, em realocação da comunidade desalojada, no pagamento de indenizações e salários mensais aos atingidos, mas, nenhum desses projetos ocorre de forma

integrada aos demais, e, principalmente, com a participação dos sujeitos diretamente interessados nos provimentos judiciais já proferidos e naqueles que ainda virão a sê-lo. Prova disso é que, mesmo com essa quantidade de ações judiciais e de suas inúmeras decisões de cunho pecuniário, passados quase dois anos do rompimento da barragem, movimentos ambientalistas permanecem reivindicando soluções efetivas, e grande parte da coletividade atingida (tanto a população residente nas áreas inundadas, quanto a das cidades circunvizinhas) ainda clama pelo retorno das operações da atividade mineradora, fonte de seu trabalho, sustento e de desenvolvimento econômico da região. Veja-se que, afora o incontestável dano ambiental de grandes proporções, diversos municípios da região são dependentes da atividade mineradora, que constitui sua principal fonte de renda, e que é responsável pela geração de inúmeros postos de trabalho para a população do entorno.

Diante desse cenário, duas medidas se apresentam fundamentais para o tratamento adequado do conflito: de um lado, fomentar a participação material, efetiva e direta das pessoas faria com que todos os múltiplos interesses, mesmo que antagônicos, fossem encaminhados eficazmente às entidades legitimadas para as ações coletivas, dotando-as de maior legitimidade no equacionamento das diversas pretensões e mesmo durante a condução do processo; de outro lado, o gerenciamento integrado das demandas, além de permitir a economia de recursos e energia processual rumo à reparação dos danos já experimentados, também viabilizaria a definição de novas metas e responsabilidades como condicionantes à eventual retomada da atividade empresarial. A conjugação desses dois fatores resultaria na promoção de uma cultura pela proteção ambiental e de desenvolvimento sustentável.

II.2 - O caso da Santa Casa de Misericórdia de Ouro Preto: o direito à saúde e o interesse do Município de Ouro Preto

Outro caso emblemático é o da Santa Casa de Misericórdia de Ouro Preto e a paralisação do atendimento à população pelo Sistema Único de Saúde.

O Município de Ouro Preto ajuizou ação em face da Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Ouro Preto e seu corpo diretor, com o fim de exigir contas a partir do ano de 2013 e restabelecer a prestação eficiente dos serviços essenciais de saúde (processo n.º 0040552-23.2015.8.13.0461)⁴.

O Município alega que a Irmandade, apesar de receber regularmente os repasses municipais, não vem prestando contas dos gastos, além de ter, reiteradamente, atrasado os pagamentos dos funcionários do hospital. Essa situação impede o ente público de renovar o contrato de prestação de serviços existente entre as partes, deixando a população da região, dependente dos serviços de saúde, totalmente desassistida. A petição inicial narrou a paralisação do atendimento aos usuários do SUS desde 01/06/2015, sendo que a prestação de serviços privados e para os planos de saúde continuava sendo realizada.

⁴ Este processo tramita em segredo de justiça, motivo pelo qual são omitidos outros dados.

A ação movida pelo Município, com aspecto individual, foi distribuída por conexão a uma Ação Civil Pública (ação coletiva) preexistente, ajuizada pelo Ministério Público, por meio da qual discutia essas mesmas irregularidades no atendimento ao usuário do SUS pela Irmandade.

Diante dos fatos, o Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Ouro Preto/MG determinou liminarmente a intervenção judicial na Santa Casa, a destituição da Mesa Administrativa da Irmandade, a busca e apreensão de documentos contábeis e gerenciais do hospital e a decretação da indisponibilidade de seus bens móveis e imóveis.

Ainda não se sabe qual será o deslinde do processo⁵, mas algumas questões podem ser antevistas e permitiriam o tratamento do caso como verdadeiro litígio estrutural. A começar pelo fato de que não é do interesse do Município que a Irmandade paralise as suas atividades. Ou seja, as partes estão em polos opostos no processo, mas os interesses de ambas, e da própria sociedade se tangencia e converge para uma única finalidade: a prestação adequada do serviço público de saúde, com a continuidade dos repasses financeiros pela municipalidade.

Portanto, nenhuma sentença condenatória pecuniária que inviabilize a continuidade das atividades hospitalares seria útil ou atenderia ao interesse público. Este é um nítido caso em que não se admite o tratamento adversarial e bipolarizado do processo, pois, caso contrário, a sociedade (sobretudo a população mais carente), titular do direito constitucional à saúde, sofreria com os efeitos da inexistência do serviço público de saúde.

lII - Conclusão

O Poder Judiciário não está preparado para lidar com esse tipo de litígio de interesse público, complexo, multipolar, policêntrico, prospectivo. O abarrotamento do sistema, sobretudo pelos inúmeros processos envolvendo litigantes habituais (repeat players), impede que os litigantes eventuais, muitas vezes titulares desses direitos difusos e coletivos, alcancem a Justiça, e participem da formação do provimento judicial que os afetará de forma direta e incisiva.

Como se apontou ao longo da exposição, a participação material e efetiva é requisito para que os litígios de interesse público atinjam a finalidade a que se propõem: a tutela dos interesses difusos e coletivos. De fato, é pela materialização do acesso à justiça que se alcançará a realização do direito material que se busca tutelar nesses processos.

No caso SAMARCO, por exemplo, seria viável o gerenciamento integrado das demandas, com a reunião e tratamento conjunto de todos os processos e um único, ou em alguns poucos, que possibilitasse a definição de novas metas e

⁵ No dia 27.09.2017, foi publicada decisão (ainda provisória) que deferiu o efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento 0519022-57.2017.8.13.0000, interposto pela Irmandade, pela qual se determinou "a transferência da plena administração do nosocômio (Santa Casa da Misericórdia de Ouro Preto) aos agravantes, isso no prazo de 1 (um) mês". Disponível em http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10461150040552001. Acesso em 27 de setembro de 2017.

responsabilidades, bem como a construção conjunta de um verdadeiro plano de ações, em que todas as coletividades, devidamente representadas, pudessem ter voz ativa e influenciar o conteúdo das decisões judiciais. Talvez esse modelo não ensejaria a solução mais célere para a multiplicidade de problemas que o evento ocasionou, mas, sem dúvida, seria a mais legítima, porque construída mediante efetiva participação, e não simplesmente adjudicada de forma impositiva.

O litígio envolvendo a Santa de Casa de Misericórdia de Ouro Preto, por sua vez, também merece uma adequação do procedimento. O direito à saúde e o acesso da população ao Sistema Único - SUS não podem ficar reféns da litigância entre Município e da Irmandade. A responsabilização dos eventuais culpados por condutas negligentes deve acontecer, mas sem olvidar que primeiro deve-se garantir o retorno da prestação de saúde, com a reestruturação da administração para o futuro, de modo a evitar e prevenir novas interrupções de atendimento.

Ainda não há uma teoria pronta ou uma fórmula para o tratamento de litígios de interesse público. É preciso, porém, empregar ao ordenamento jurídico vigente a adaptação necessária à implementação de técnicas adequadas de efetivação dos direitos. O caminho que se buscou demonstrar nesse estudo foi o de que o Brasil também pode e deve aplicar as técnicas estruturantes em demandas que já tramitam perante o Poder Judiciário, a fim de obter o tratamento adequado dos litígios de interesse público.

Referências Bibliográficas

ARENHART, Sérgio Cruz (2017). Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Processos Estruturais*. (pp. 423/448) Salvador, Brasil: Juspodivm.

BERIZONCE, Roberto Omar (2017). Los conflictos de interés público. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Suzana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público* (pp. 229/236). Salvador, Brasil: Juspodivm.

BRANCO, Marina; PONSO, Fabio (2016). Maior desastre ambiental do Brasil, Tragédia de Mariana deixou 19 mortos. *O Globo*. Disponível em: <<http://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/maior-desastre-ambiental-do-brasil-tragedia-de-mariana-deixou-19-mortos-20208009>>. Acesso em 27 Set. 2017.

CAMPOS, Santiago Pereira (2016). *Procesos Colectivos: derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. Montevideo, Uruguay: La Ley Uruguay.

FERRARO, Marcella Pereira (2015). *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. (Dissertação de Mestrado). Universidade Federal do Paraná, Brasil.

FISS, Owen M.. *The forms of Justice*. (1979). Faculty Scholarship Series. Paper 1220. Disponível em http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220. Acesso em 02 de julho de 2017.

G1. Minas Gerais. Processos contra mineradora Samarco após desastre de Mariana (2017). *G1.Globo.com*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/processos-contram-mineradora-samarco-apos-desastre-de-mariana.ghtml>>. Acesso em 3 Out. 2017.

LINHARES, Carolina. Um ano após lama da Samarco, ambiente segue impactado, diz estudo (2017). *Folha de São Paulo*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/07/1901918-um-ano-apos-lama-da-samarco-ambiente-segue-impactado-diz-estudo.shtml>>. Acesso em 3 Out. 2017.

NUNES, Leonardo Silva (2015). *Mandado de Segurança Coletivo: tutela de direitos difusos e legitimidade ativa expansiva*. Belo Horizonte: D'Plácido.

PUGA, Mariela G (2013). *Litigio estructural*. (Tesis Doctoral). Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

SOUZA, Fernando Garcia (2017). *Política Educacional - Suprema Corte dos EUA - Caso Brown v. Board of Education 347 U.S. 483 (1954) - Julgamento em 17 de maio de 1954*. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Suzana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público* (pp. 251/258). Salvador, Brasil: Juspodivm.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho (2003). *A legitimação ativa nas ações coletivas: um contributo para o estudo da substituição processual*. (Tese de Doutorado). Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil.

VERBIC, Francisco (2013). *Ejecucion de sentencias en litigios de reforma estructural-dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones*. XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Córdoba, Argentina.

WATANABE, Kazuo (Abril de 1984). Tutela jurisdiccional dos interesses difusos: a legitimação para agir. *Revista de Processo*. Vol. 34, p. 197.

WATANABE, Kazuo (2017). *Processo civil de interesse público: introdução*. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Suzana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público* (pp. 229/236). Salvador, Brasil: Juspodivm.

LAS ACCIONES COLECTIVAS EN JAPÓN: EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y REGULACIÓN ACTUAL¹

Michiyo MAEDA²

Resumen: Por medio del presente artículo, nos proponemos tratar la reciente Ley sobre Reglas Procesales Especiales para las Acciones Colectivas de Consumo en Japón, con vigencia a partir del 1 de octubre de 2016. Si bien esta ley se encuentra basada en la regulación brasileña para las acciones de clase vinculadas con los denominados intereses individuales homogéneos, en Japón posee muchas limitaciones al momento de su aplicación. Así por ejemplo, la legitimación para demandar está restringida a asociaciones expertas en consumo. En este contexto, el artículo se enfoca en legitimación para demandar en las acciones de clase en Japón desde una perspectiva histórica así como teórica y plantea opciones para promover una legitimación más amplia que incluya a entidades públicas.

Palabras clave: Legitimación, acciones colectivas, interés legítimo colectivo, asociaciones de consumidores.

Abstract: In this article, we focus on the new Japanese Act on Special Rules of Civil Procedure for Collective Recovery of Consumer's Property Damages came into force on 1st October 2016. The rule was adapted from Brazilian Class Action Procedure for so-called "homogeneous individual rights" with its unique rule of res judicata. In comparison with Brazilian system, however, there are so many limitations placed on the scope of application for our new rule. Other than these limitations, the standing to sue is also limited to Specified Qualified Consumer Organizations. We first discuss on historical and theoretical perspectives of standing in the context of consumer class action in Japan. We then examine any possible way to provide a broader scope of application and a wide range of standing including public entities.

Keywords: Collective redress, standing, Consumer Organizations, collective representation.

¹ La autora contó con la colaboración de Caren Kalafatich y Alejo J. Giles, integrantes de la Secretaría de Redacción, quienes se encargaron de realizar una lectura minuciosa y sugerir a la autora los ajustes necesarios para allanar dificultades idiomáticas, propias de su manejo del Español como lengua extranjera.

² Profesora Adjunta de la Facultad de Derecho de la Universidad Keio, Tokio, Japón. Este trabajo fue apoyado por JSPS KAKENHI con los números de subsidio JP16H03574, JP 25870721, JP21730092. This work was supported by JSPS KAKENHI Grant Numbers JP16H03574, JP 25870721, JP21730092.

1. Introducción

La reciente entrada en vigor de la ley que incorpora las acciones colectivas reparadoras de los daños individualmente sufridos en materia de consumo es fruto de un esfuerzo plagado de obstáculos y retos para atender los conflictos generados a lo largo de la historia de la economía japonesa, en la cual resulta cada vez más evidente que los consumidores individuales resultan indefensos ante el agente económico preponderante y discriminados en el ejercicio de sus derechos (Maeda, 2017). Las novedades que introduce el nuevo régimen jurídico del sector privado implican una transformación radical al sistema de protección de los derechos e intereses en Japón que, de un sistema centrado en la tradición individualista, pasa a incorporar la protección de los derechos e intereses colectivos pluriindividuales homogéneos, además de los derechos e intereses difusos y colectivos. Sin embargo, debido a un régimen limitativo de legitimación y a un estrecho ámbito de aplicación, aún no se han interpuesto acciones de ese tipo desde la entrada en vigor de aquella norma.

La presente investigación tiene como fin, por una parte, abordar precisamente la evolución histórica y la polémica doctrinal que han tenido repercusión sobre el régimen actual de legitimación. Además se analizará la protección de los intereses individuales homogéneos, señalando que el régimen de cosa juzgada funciona como factor determinante en la fijación del ámbito de aplicación, además de la legitimación. La finalidad de este análisis es identificar las brechas que permiten la posible ampliación tanto de la legitimación activa como del ámbito de aplicación en nuestro ordenamiento jurídico para que los legitimados cumplan las finalidades inherentes a la facultad procesal conferida por la ley.

2. Evolución histórica y polémica doctrinal

2.1 Los primeros tiempos de acciones colectivas en Japón

Tras el éxito del sistema de *class action* en los EE.UU modificado en 1966 con la reforma completa de la Regla 23 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil (*Federal Rules of Civil Procedure*), surgieron en Japón durante la década de los 70 las primeras tentativas de establecer un sistema de acciones colectivas de los consumidores³. Se presentaron diversos proyectos de ley, tanto por un grupo de académicos como por un partido político⁴, sin embargo ninguno logró una sanción definitiva del Congreso.

Antes de la década del 2000, Quebec y Brasil eran los únicos sistemas del *civil law* que habían desarrollado un sistema sofisticado de acciones de clase (Gidi, 2003). En Japón, al igual que en otros países de tradición jurídica romano-germánica (sistema de *civil law*) en Europa y a la diferencia de lo que ocurrió en los países con ordenamientos jurídicos de tradición anglosajona (sistema

³ La *class action* norteamericana es indiscutiblemente –después del jurado– la noción jurídica más conocida, por su divulgación por el cine y la literatura popular americana. A la vez, es el instrumento principal del *public interest litigation*, el sueño de los abogados litigantes y la pesadilla de los jueces concienzudos. Véase Carnota, 2012.

⁴ El proyecto de ley presentado varias veces por el partido político el Komeito se dejó abandonado sin debate parlamentario.

de *common law*)⁵, por entonces prevalecían reacciones adversas denominadas como *Class Action Allergy*; “alergias” a la figura de las acciones colectivas que afectasen al crecimiento económico más deseado en aquel tiempo. Lo más importante de la década de los 70-80 en nuestro país era mejorar la competitividad internacional de las empresas japonesas. Se ha llamado milagro japonés al crecimiento económico vivido por nuestro país desde los años 1960 hasta los años 1980, con un promedio del 5 % durante los años 1960, un 7 % en los años 1970 y una media del 8 % en los años 1980⁶. Durante estos períodos excepcionales de rápido crecimiento económico, era difícil lograr un consenso nacional sobre las medidas que protejan al consumidor o el medio-ambiente por el temor a que las regulaciones consumeristas o ambientales frenaran su ritmo de crecimiento.

Por otra parte, a todo esto se puede añadir que se expresaron preocupaciones de carácter teórico y práctico sobre la forma de notificación de las sentencias pronunciadas en acciones colectivas (Garrido, 2002). Las principales y lógicas críticas al modelo de *opt-out* adoptado por el legislador norteamericano se centran en la vulneración de los derechos de defensa de los sujetos indebidamente notificados al inicio del proceso colectivo. Por ello, las críticas más primordiales y fundamentales se dirigen hacia la idea de que se consideraran incluidos en el proceso colectivo aquellos que no hayan manifestado su voluntad expresa de formar parte del mismo. Esto puede atentar contra el derecho al acceso a la justicia consagrado en el art. 32 de la Constitución japonesa.

2.2 Reformas del sistema judicial

El debate sobre las acciones colectivas se materializa de nuevo en las discusiones acerca de las reformas del sistema judicial que comienzan en el año 2000⁷. En el marco del diálogo sobre el fortalecimiento de la garantía de acceso a la justicia, se planteó la conveniencia de implementar la acción colectiva reparadora de los daños individualmente sufridos para aquellos casos que implican numerosas demandas individuales de poco valor. En la propuesta de programación formulada en 2002 se propone habilitar a cada *autoridad pública relevante*⁸ para que participe en la redacción del borrador de ley especial por cada ramo del que resultare representativa y de acuerdo con la naturaleza de los bienes jurídicos tales como competencia, consumidor y prácticas comerciales

⁵ En Canadá, la comisión para la reforma legislativa de Ontario publicó en 1982 un informe masivo en tres volúmenes para impulsar un amplio cambio legislativo en este ámbito basado en el art. 23 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil de los EE. UU. Sin embargo, no fue sino hasta 1992 que se estableció la Ley de Procedimientos de Clase en Ontario. Esta ley fue seguida por la Ley de Columbia Británica de 1995. También en Australia, se instauró en 1992 el régimen de acciones colectivas por la incorporación de la nueva parte (Parte IVA) a la Ley de la Corte Federal de Australia de 1976. Véanse Rodríguez, 2014; Beisner, 2008; Thai, 2016.

⁶ El crecimiento redujo su marcha notablemente a finales de los 80 y durante la década de los 90, en lo que sea conocido como la década perdida, en gran parte debido al fracaso del Banco del Japón de bajar las tasas de interés con la suficiente rapidez para contrarrestar los efectos del colapso de la burbuja inmobiliaria sufrida a finales de los años 1980. Véase Van Der Wee, 1986

⁷ Entre todos los proyectos llevados a cabo en relación a las reformas del sistema judicial, cabe destacar que el gobierno japonés, consciente del número muy escaso de profesionales (jueces, abogados y fiscales), ha incluido dentro de su plan un nuevo sistema de oposiciones, el establecimiento de la escuela de derecho o Law school, la admisión de abogados extranjeros, etc. Para más información, véase Asami, 2014.

⁸ Eran autoridades responsables designadas respectivamente la Comisión de Comercio Justo de Japón (Japan Fair Trade Commission: JFTC) en materia de defensa de la competencia, la Oficina de Gabinete en materia de defensa del consumidor y el Ministerio de Economía, Comercio e Industria (Ministry of Economy, Trade and Industry: METI) en materia de las prácticas comerciales reglamentadas. En 2009, la Agencia de Asuntos del Consumidor (Consumer Affairs Agency: CAA) fue creada como una agencia extra-ministerial de la Oficina de Gabinete y actualmente es el órgano encargado, entre otros, tanto del consumidor como de las prácticas comerciales reglamentadas.

reglamentadas (ya sea venta a domicilio, por teléfono o a distancia), en lugar del establecimiento de reglas generales del proceso colectivo introducidas en el Código Procesal Civil.

2.3 Esfuerzos doctrinales en la materia

2.3.1 Legitimación otorgada al tercero como administrador del pleito (representante adecuado)

Ante la parálisis legislativa arriba expuesta, los esfuerzos doctrinales se han dirigido a determinar el fundamento teórico-jurídico para el reconocimiento de una legitimación activa en las acciones colectivas.

La legitimación es un concepto que define la posibilidad de acceder a los Tribunales y las condiciones y circunstancias que permiten hacerlo, en función de la relación que se tiene con el objeto del procedimiento⁹. Configurada en el marco de la tutela individual sobre todo en los procesos declarativos¹⁰, la teoría de la legitimación tradicionalmente defendida por la doctrina japonesa es la llamada legitimación *ad causam*, es decir, la relación exigible entre el sujeto y el objeto¹¹. Rompiendo esta conexión estrecha entre el sujeto y el objeto, la teoría defendida por Makoto Ito (1978) atribuye la legitimación a un tercero como administrador del pleito. Por lo común, se diferencian los poderes de administración (que requieren menos formalidades) del derecho de disponer, máxima atribución jurídica sobre las cosas ("*jus disponendi*"). Según Ito, teniendo en mente la tutela procesal del medio-ambiente, el administrador del pleito no es titular del derecho subjetivo sino un tercero incapaz de disponer del mismo ni de administrarlo en general, pero habilitado para administrarlo sólo en sede procesal porque tiene un papel vital e importante en la resolución de conflictos antes de promover la acción. Pese a ello, el Tribunal Supremo ha rechazado atribuir la legitimación a un tercero como mero administrador del pleito sin precepto legal que expresamente lo autorice ni otorgamiento de legitimación por parte del titular¹². Frente a este significativo precedente jurisprudencial, Ito (1988) fijó unos criterios para reconocer la condición de administrador a un sujeto concreto, en especial organizaciones ambientales. Según el autor, la legitimación otorgada al administrador del pleito se circunscribe al ámbito de la legitimación representativa (legitimación por "representación procesal")¹³.

⁹ La legitimación "consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte; se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que trata de ejercitar" y exige "una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada (activa o pasiva) y el objeto jurídico pretendido" (Sentencia española, STS, rec no 713/2007, Sala 1ª, de lo Civil, 27 de junio de 2007).

¹⁰ Esta regla no necesariamente se aplica en los procesos declarativos y constitutivos según la clasificación de procesos por el objeto.

¹¹ Por esta misma razón, la legitimación requerirá necesariamente que se entre a conocer el fondo del asunto (la titularidad) y que deba resolverse en la sentencia, si bien ésta tendrá sólo un efecto de cosa juzgada respecto a los litigantes, dejando prejuzgada la existencia o inexistencia del derecho ante los efectivos titulares (res inter alias acta).

¹² Sentencia japonesa, TS, no 673/1981, Sala 2ª, de lo Civil, 12 de diciembre de 1985, Hanrei-Jiho Núm. 1181, p. 77 y ss que se trata de la acción de cesación contra operación de la Central Térmica de Buzen en la Prefectura de Fukuoka, Kyushu.

¹³ Existen casos en los que las normas procesales permiten expresamente interponer la pretensión a quien no es titular del derecho subjetivo. Se habla de legitimación extraordinaria cuando la posición habilitante para formular la pretensión se confiere en virtud de una expresa atribución por la ley procesal. La actuación de la parte formal en interés de un derecho de la parte material puede ser en nombre propio, en cuyo caso nos encontraremos ante un fenómeno de "sustitución procesal" o en nombre e interés ajeno, lo que encierra una legitimación por "representación procesal". Véase Posada, 2000.

El sistema de parte designada (*appointed party; sentei-tojisha*) consagrado en el art. 30 del Código Procesal Civil japonés es una clase de legitimación representativa conferida convencional y expresamente por el titular del derecho o del interés representado. Si bien no hay precepto expreso que lo determine, la jurisprudencia y la doctrina admiten hoy algunos casos, como los propuestos por Ito, en los que se confiere la legitimación representativa afirmada por la parte para permitir el inicio y la tramitación de un proceso concreto¹⁴, siempre y cuando se respete la regla de postulación procesal que asumen profesionales de derecho en exclusiva (Parilli, 2004). Las organizaciones ambientales se pueden calificar como tales por sus conocimientos profesionales, además de los actos de administración externa e interna destinados a organizar y hacer funcionar sus propias actividades o servicios. En lo que concierne al otorgamiento de legitimación por parte del titular, entre las organizaciones ambientales y sus miembros deberá ser firmado un acuerdo por el que se delegan las facultades generales de representación de diversa índole.

Particularmente esta doctrina sirve para separar la legitimación que lleva el administrador del pleito, por su papel vital e importante en la resolución de conflictos, de la capacidad para administrar sus bienes propios en el derecho material. Esta separación indirectamente tiene que ver con el fundamento teórico de la legitimación otorgada a las asociaciones de consumidores en las etapas posteriores.

2.3.2 Reconocimiento de interés legítimo colectivo (lato sensu) como medio de legitimación

Otra teoría defendida por Aritoshi Fukunga (2004), que constituye sin dudas un ambicioso esfuerzo de innovación en la materia porque surgió no solo como alternativa sino también en abierta oposición al tradicional enfoque doctrinal estrechamente relacionado a la legitimación individual, se dirige a velar por el reconocimiento de un interés legítimo colectivo¹⁵ -supraindividual- en defensa del medio ambiente o del consumidor con el fin de poder exigir el cumplimiento de las obligaciones fijadas en las propias normas materiales. De hecho, la noción del interés legítimo colectivo se convirtió en el punto de partida para extender la tutela jurisdiccional a situaciones jurídicas difusas o colectivas -*propriamente grupales*-, rompiendo con el carácter individual de las situaciones legitimantes previamente reconocidas¹⁶. Según el autor, el interés legítimo colectivo -supraindividual-, aun siendo un interés distinto del interés individual y superior al interés de los individuos pertenecientes al grupo, se encuentra en el punto medio entre el interés particular y el público. Como no es un conjunto de los intereses individuales pertenecientes a cada miembro del grupo, como

¹⁴ Recientemente se dictó una sentencia del Tribunal Supremo donde se otorga la legitimación representativa a una empresa de gestión de deudas en relación con los bonos emitidos por un gobierno extranjero (Sentencia japonesa, TS, no 949/2016, Sala 1ª, de lo Civil, 2 de julio de 2016. Minshu Vol. 70, Núm. 5, p. 1157 y ss).

¹⁵ El interés legítimo se desarrolló esencialmente en el derecho administrativo italiano. En Italia, la distinción entre interés jurídico e interés legítimo adquiere una relevancia especial, se atribuye a diferentes jurisdicciones, según se trate de una o de otra: jurisdicción ordinaria (derechos subjetivos) y jurisdicción administrativa (interés legítimo). En Italia, paulatinamente se ha configurado una amplia jurisprudencia para encuadrar en el interés legítimo a estas consideraciones jurídicas supraindividuales, y que la distinguen del interés general de cualquier ciudadano. La idea se ha extendido a otros países conformando dentro del Derecho administrativo el concepto de interés legítimo que más tarde incorpora el juicio de amparo en España y en México, como medio de legitimación y sustituto de derechos subjetivos. Véase Mac-Gregor, 2011.

¹⁶ También en materia de igualdad, véase Martínez, 2015.

ocurre con los intereses colectivos *pluriindividuales homogéneos*, no es posible conceder legitimación a cada miembro o asociado. Por otra parte, no se reconoce capacidad procesal a entes que carecen de personalidad jurídica de acuerdo con el art. 29 del Código Procesal Civil japonés. De ahí que sea necesario exigir el cumplimiento de determinados requisitos para reconocer capacidad procesal y otorgar legitimidad en defensa del interés legítimo colectivo (*lato sensu*). Según Fukunaga, además de ser considerado como administrador del pleito, deben reunir, entre otras, las siguientes condiciones: que no se encuentre en situaciones de conflicto de interés con sus representados respecto de las actividades que realiza; que la demanda esté avalada por la mayor parte de los miembros del grupo para con ello demostrar que la misma tiene un serio fundamento; que por su especialización en el tema (idoneidad técnica) y por su idoneidad moral garantice una adecuada defensa del interés comprometido; capacidad financiera del demandante y sus buenas habilidades de organización para poder dirigir una demanda. Evidentemente, estas condiciones coinciden con las abarcadas por el concepto de *representatividad adecuada* tomado de la regulación norteamericana de las *class actions*.¹⁷

En suma, el interés legítimo colectivo (*lato sensu*) no tan solo debe ser el punto de partida para el estudio de los intereses difusos y colectivos -propiamente grupales- que fundamentan una tutela colectiva, sino que también es la pieza clave de la legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas al permitir acceder a los tribunales de forma grupal (Bach, 2014 y 2015). Efectivamente, la teoría defendida por Fukunaga tuvo mucha influencia en la elaboración de las leyes actuales que regulan acciones colectivas en Japón.

3. La instrumentalización de las acciones colectivas en las leyes especiales

3.1 Acción colectiva de cesación introducida en materia de consumo

En respuesta a la propuesta formulada en 2002 en el marco de las reformas del sistema judicial, la primera regulación de las acciones colectivas en Japón se llegó a cristalizar en la Ley de Contratos de Consumidor (LCC) reformada en 2006¹⁸.

Según el tenor literal del art. 12 de la LCC¹⁹, tienen derecho de pretensión material y están legitimadas para ejercer acciones de cesación todas las asociaciones de consumidores cualificadas y autorizadas por el Primer Ministro

¹⁷ Sobre el punto véanse Giannini, 2006 y Favela, 2013.

¹⁸ Véase Maeda, 2011a.

¹⁹ Artículo 12 de la Ley de Contratos de Consumidor (LCC). Recuperado de <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/?re=02>

(art. 13, § 3 de la LCC)²⁰. Esto implica la existencia de un derecho subjetivo por parte de las esas asociaciones del que se puede derivar una pretensión y, de la existencia de la pretensión, se puede llegar a la acción, como una de las formas de hacer valer la pretensión (Bracho, 2008).

La otra propuesta de reforma alternativa que plantea la comisión redactora de la Oficina de Gabinete (autoridad responsable de la LCC) consiste en uno de los fenómenos más modernos que podríamos llamar de legitimación representativa. Sin embargo, para esto, es necesario que los representados, es decir cada uno de los consumidores, tengan el derecho de pretensión material como base para determinar las acciones de cesación contra la utilización de condiciones generales de la contratación abusivas en los contratos celebrados con ellos. Por una parte, en la esfera material, el sistema tradicional de la responsabilidad civil como mecanismo para la obtención de una indemnización por daños y perjuicios²¹ es restrictivo en cuanto no permite que la demanda de cesación se pueda presentar de forma autónoma o acumulada a una reclamación de indemnización por daños y perjuicios si existieran, salvo los supuestos expresamente mencionados en las leyes (por ejemplo, en el área de propiedad intelectual). Por otra parte, en la esfera procesal, si la ley confiriera el derecho de pretensión material como base para determinar las acciones de cesación contra las cláusulas abusivas a cada uno de los consumidores, en realidad abarcaría literalmente a todos los consumidores actuales y potenciales. La situación acaba convirtiéndose en una clase de acción popular y es una consecuencia demasiado injusta para el empresario porque éste corre el riesgo de que sean promovidas las acciones de cesación literalmente por todos los consumidores y tiene que ganar todos los juicios para defender su propio derecho.

Por todo lo arriba expuesto, la única opción posible es la solución adoptada por la ley que es conferir a las asociaciones de consumidores cualificadas el derecho propio y exclusivo en sentido material como base para determinar las acciones colectivas de cesación. Lo que hay detrás de esta solución es, sin ninguna duda, la teoría defendida por Fukunaga que reconoce el interés legítimo colectivo supraindividual. Una acción colectiva de cesación como esta emana del interés legítimo colectivo inseparablemente compartido por todos los consumidores actuales y potenciales. Al mismo tiempo, la solución sirve para equilibrar el exceso de protección al consumidor porque la legitimación no se otorga a los consumidores individuales aunque sean víctimas, sino solamente a las asociaciones de consumidores cualificadas. De acuerdo con el espíritu de la ley, las asociaciones de consumidores cualificadas promueven las acciones colectivas de cesación en lugar de los consumidores individuales que no lo pueden.

²⁰ Artículo 13 de la Ley de Contratos de Consumidor (LCC). Recuperado de <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/?re=02>

²¹ El art. 722, § 2 del Código Civil japonés establece el principio de compensación en dinero como la forma de reparación en la responsabilidad civil.

3.2 La extensión del ámbito de aplicación de las acciones colectivas de cesación

La reforma que incorpora acción colectiva de cesación en la LCC es un gran paso adelante que permite extender su campo de aplicación a otros supuestos.

En 2009, se han modificado la Ley contra Premios y Presentaciones Fraudulentos y la Ley de Prácticas Comerciales Regladas con el fin de viabilizar las acciones colectivas de cesación en materia de publicidad engañosa y prácticas injustas de contratación. En 2013, lo mismo se extiende a la Ley de Etiquetado de Alimentos. Estas normas persiguen proteger a los consumidores potenciales indeterminados precisamente por la gran desventaja en que se halla el consumidor individual frente a la empresa para reclamar y conseguir las mejores prácticas y una publicidad veraz, legal, honesta y leal.

3.3 Acciones colectivas de cesación en materia de seguridad ciudadana: lucha contra grupo de delincuencia organizada

En 2012 se ha modificado la Ley contra Grupo de Delincuencia Organizada (Boryokudan²²) con el objetivo de incorporar allí también una regulación sobre acciones colectivas de cesación en defensa de los residentes locales.

En lo referente a la legitimación, se otorga a los Centros Provinciales para Eliminación de *Boryokudan* (grupos delictivos organizados) cualificados y admitidos por la Comisión Nacional de Seguridad Pública pero la opción adoptada por la ley es la llamada legitimación representativa. A diferencia de lo que ocurre con la LCC y otras leyes arriba citadas en materia de consumo, los representados, es decir, cada uno de los residentes locales, tienen el derecho de pretensión material como base para determinar las acciones de cesación contra las actividades desarrolladas por *Boryokudan* en sus oficinas locales. A través de la delegación de estas facultades por parte de los residentes locales, los Centros Provinciales cualificados actúan en su propio nombre a pesar de que lo hagan por cuenta de los representados, o sea los residentes locales. El criterio que puede trazar la línea divisoria entre las dos normas tiene mucho que ver con derechos morales que tienen un carácter personalísimo. En cuanto a los derechos inherentes a la persona de su titular, es indispensable respetar su voluntad. Por lo demás, hay que tener en cuenta que es fácil de circunscribir todas las víctimas potenciales, a saber, los habitantes de una determinada área.

²² El sentido literal de "Boryokudan" es "grupo violento". La "Yakuza" son los miembros del sindicato del crimen organizado originado en Japón, la mafia japonesa. La policía y los medios de comunicación los llaman "Boryokudan".

Lo que es evidente es que la teoría defendida por Ito, M. sirve para fundamentar la solución adoptada en este caso. En efecto, el papel vital e importante que desempeñan los Centros Provinciales cualificados en la resolución de conflictos está expresamente previsto en la ley (art. 32-3, § 2, núm. 6).

3.4 Acciones colectivas reparadoras de los daños individualmente sufridos

3.4.1 El modelo brasileño sobre efecto de cosa juzgada

En 2016 se dio en Japón otro gran salto adelante: la instrumentalización de las acciones colectivas reparadoras de los daños individualmente sufridos.

Es una proyección de toda una serie de trabajos iniciados en 2008. Entre estos trabajos, se destaca la misión que tiene el derecho comparado de solucionar las diversas diferencias en los sistemas jurídicos y de tomar ideas y modelos del exterior para implantarlos en nuevas leyes que buscan solucionar problemas que se plantean localmente. Para este caso concreto, se ha tomado como referencia el modelo brasileño de acciones colectivas en defensa de intereses individuales homogéneos (Maeda, 2017).

En cuanto a la legitimación para iniciar esta acción colectiva, se circunscribe a las asociaciones de consumidores especialmente cualificadas y autorizadas por el Primer Ministro.

Las asociaciones de consumidores que se encuentran legitimadas para proponer la acción colectiva de cesación deben ser nuevamente autorizadas por el Primer Ministro para convertirse en especialmente cualificadas para este fin (Art. 65, § 4 de la Ley de Medidas Especiales relacionadas al Procedimiento Civil para la Acción Colectiva Reparadora de Daños Patrimoniales de los Consumidores: LACR)²³.

Esta regla de legitimación activa general para las acciones indicadas se acomoda y es paralela a su régimen de cosa juzgada. En materia de cosa juzgada en derechos individuales homogéneos, que más excepcionalmente aparecen regulados en Brasil, también se adopta en nuestro país la cosa juzgada *secundum eventum litis*. En este caso, se liga el alcance de la cosa juzgada a la suerte de la pretensión en la sentencia, con independencia de si el rechazo se produce por falta de pruebas o no.

²³ Art. 65 (4) of the Act on Special Measures Concerning Civil Court Proceedings for the Collective Redress for Property Damage Incurred by Consumers. Recuperado de <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/?re=02>

Así, dispone el art. 103, § 2 del Código brasileño de Defensa del Consumidor que la cosa juzgada es *erga omnes*, sólo en el caso de procedencia del pedido, para beneficiar a todas las víctimas y sus sucesores. Explica el legislador brasileño que naturalmente quedan exceptuados de esta solución quienes han intervenido en el proceso en el cual se declaró la improcedencia de la demanda, aplicándose a su respecto las normas generales de la cosa juzgada en los procesos individuales. Entonces la cosa juzgada sólo favorece pero no perjudica las pretensiones individuales, por lo cual la sentencia colectiva desestimatoria no impedirá que los perjudicados ejerzan una acción individual reparatoria (Grinover, 2017 y Campos, 2014). Por otra parte, en el mecanismo norteamericano de las acciones de clase, la sentencia se extiende a todo el grupo, sea que la solución final haya resultado favorable o desfavorable al grupo, y sin que la ley haya determinado excepciones a dicha regla.

Esta vinculatoriedad de la decisión final del pleito a favor y en contra de los miembros de la clase es la razón por la cual el legislador norteamericano ha previsto determinadas herramientas tendientes a impedir que alguien se vea privado de sus derechos sin la concurrencia de su voluntad.

Entre ellas, el sistema de notificación de los miembros ausentes del grupo, el derecho -en determinados tipos de acciones- al *opt-out* y el análisis riguroso de la representatividad adecuada²⁴. En Japón, como se ha explicado previamente, el modelo de *opt-out* adoptado por el legislador norteamericano ha provocado duras críticas formuladas en el sentido de que no se haya tenido en cuenta el derecho al acceso a la justicia consagrado en la Constitución.

3.4.2 Justificaciones y consecuencias en torno a la cosa juzgada *secundum eventum litis*

El régimen de cosa juzgada *secundum eventum litis* es ventajoso para los consumidores porque les queda otra oportunidad para llevar la controversia a los estrados judiciales como acciones individuales reparatorias, aunque pierdan el juicio colectivo. Por el contrario, es demasiado desventajoso para los proveedores porque tiene que enfrentar una serie de juicios individuales aunque ganen el juicio colectivo. El mecanismo implica el desequilibrio del principio de igualdad de armas entre partes que supone que todas las partes de proceso deben tener iguales oportunidades procesales para alegar y probar, cada cual en función de sus intereses y pretensiones. Cuanto más grande sea el número de consumidores, mayor será la parcialidad. Para que opere esta situación tan excepcional, deben encontrar una justificación en las exigencias específicas del funcionamiento de la acción colectiva.

²⁴ Frente al marco aparentemente rígido de vinculatoriedad plena, la jurisprudencia norteamericana se ha encargado de desarrollar mecanismos destinados a atemperar el rigor del régimen de cosa juzgada. Es decir, se ha admitido jurisprudencialmente la impugnación de la sentencia dictada en el proceso colectivo, mediante la demostración en concreto de la ausencia de representatividad adecuada del grupo en el litigio original, de modo de obtener una nueva oportunidad de llevar la controversia a los estrados judiciales. Véase Verbic, 2016.

Es pertinente señalar que la dimensión del problema jurídico se desarrolla para ofrecer a los consumidores “unas garantías sustanciales” para el derecho de acceso a los tribunales. Abonaría esta necesidad fundamental el régimen de cosa juzgada que garantiza en todo momento un efectivo derecho de los miembros del grupo a apartarse del proceso colectivo para seguir su propio camino. Por otra parte, lo que hay de cierto es que los proveedores necesitan compensación por haber cedido a los consumidores en cuanto a la eficacia unilateral de cosa juzgada. Hiroshigue Takata (1984) explica, paradójicamente, por qué el demandado que ya había tenido la oportunidad procesal para alegar y probar puede hacerlo de nuevo contra otras partes para resolver sobre el mismo asunto u objeto del litigio. Según Takata, lo importante aquí no es el sujeto procesal sino el objeto procesal. Si el demandado ha podido ejercitar suficientemente su efectivo derecho procesal de alegar y probar en relación con ese mismo objeto del litigio, es inevitable que él ya no lo pueda contra otras partes. En este caso, efectivamente, lo más importante para el demandado es identificar el alcance de los efectos de las sentencias. Específicamente, es necesario para los proveedores poder fijar más o menos el número de consumidores afectados junto con su suma total resarcitoria. Estas informaciones previas por parte del demandado-proveedor permiten que se produzcan los efectos de la sentencia en cuanto se halle dentro de lo que se ha previsto que fuera a suceder. De esta forma surgió la limitación legal de la legitimación junto a la delimitación del ámbito de aplicación.

3.4.3 Limitación legal del ámbito de aplicación

En primer lugar, dicho ámbito de aplicación debe circunscribirse solamente a aquellos casos en los cuales haya muy poca posibilidad de que cada miembro pueda promover acciones individuales, al perder el juicio colectivo. Para esto sería preciso que se circunscribiese su ámbito de aplicación a las demandas de menor cuantía²⁵ pero en su caso se escapa al ámbito de aplicación los casos de productos financieros de inversión que ofrecen las instituciones financieras. Sin perjuicio de lo dicho, no existe ninguna regla específica para restringir el inicio de acciones individuales luego de que se haya perdido el proceso colectivo, en razón de ello, entendemos que la desestimación del proceso colectivo sólo genera un efecto disuasorio en cada miembro de la clase a los efectos de iniciar una acción individual.

En segundo lugar, a efectos de lo dispuesto en la ley, se excluyen los siguientes daños y perjuicios (art. 3, § 2): (a) daños causados por productos defectuosos, (b) lucro cesante, (c) daño corporal y (d) daño moral. El motivo de estas exclusiones reside en las dificultades enfrentadas para una fácil y rápida determinación concreta de la cuantía de indemnización por parte del proveedor. Particularmente en lo que atañe al daño corporal, resulta complejo definir hasta dónde llega el límite de la responsabilidad del proveedor respecto a las lesiones que pueden ser muy variadas dependiendo de una víctima u otra.

En tercer lugar, según lo dispuesto en la ley, es preciso que las pretensiones

²⁵ En los países escandinavos como Noruega y Dinamarca, se circunscribe el ámbito de aplicación a las demandas de menor cuantía cuando se trata excepcionalmente del modelo de opt-out.

sean provenientes de una relación de consumo circunscrita a las cinco categorías siguientes (art. 3, § 1): (a) pretensiones del cumplimiento de la obligación, (b) pretensiones por enriquecimiento injusto, (c) pretensiones de indemnización compensatoria por incumplimiento de la obligación, (d) pretensiones de indemnización compensatoria por vicios ocultos y (e) pretensiones de indemnización compensatoria por daños y perjuicios establecidos en Código Civil japonés. Las primeras cuatro categorías se derivan de un contrato de consumo, si bien la fuente de la última es un hecho ilícito como prácticas agresivas de ventas o publicidad engañosa. Estas limitaciones forman parte de la exigencia de cuestiones de hecho o derecho comunes a los miembros de la colectividad. En lo que concierne a la relación de consumo caracterizada por la presencia de un proceso masificado de producción y de contratación estandarizada, la mayoría de los contratos de consumo son contratos de adhesión y aunque existan las reclamaciones de indemnización derivadas de estos contratos en relación con sus prácticas agresivas, se presentarían daños y perjuicios similares en naturaleza.

3.4.4 Limitación legal de la legitimación

En cuanto a la legitimación activa, la otra alternativa que planteó la comisión redactora de la Oficina de Gabinete es otorgarla a un consumidor individual afectado y a su colectividad. El legislador no la adoptó justamente porque existe aquel régimen de cosa juzgada secundum eventum litis.

Se justifica este régimen muy excepcional por la muy escasa posibilidad de que los miembros de la colectividad promuevan las acciones individuales. En otras palabras, aunque no se extienda el efecto de la sentencia desfavorable a cada uno de los consumidores, se desaparece de hecho la posibilidad de compensación por parte del consumidor, al perder el proceso colectivo. Como la acción colectiva es la única posibilidad (*one chance*) que existe de compensar los importes correspondientes a las relaciones de consumo, sólo deberá ser promovida por quienes sean bastante confiables: las asociaciones de consumidores especialmente calificadas y autorizadas por el Primer Ministro. La limitación de la legitimación también sirve para evitar los abusos de acciones colectivas por los que están muy preocupados los proveedores.

4. Conclusiones. Comentarios y críticas

4.1 La posible ampliación del ámbito de aplicación

Actualmente se excluye del ámbito de aplicación los daños morales (art. 3, § 2), pero en caso de que cada perjudicado reciba, sin necesidad de justificación, una cantidad fija por concepto de daño moral, como ocurre con los casos de revelación de datos privados de una persona o familia a través de las actividades profesionales u oficiales, puede admitirse que queden incluidos en su ámbito

de aplicación. Igualmente, puede ser susceptible de resarcimiento cuando se trata de una indemnización tarifada del daño moral consistente en determinar de antemano un valor para que el magistrado lo aplique al caso concreto, observando los límites fijados en cada situación con los parámetros objetivos y preestablecidos para la cuantificación de la indemnización por daño moral.

Reparaciones de daños y perjuicios tanto en materia de defensa de la competencia (Leskinen. 2011), como los sufridos por la pérdida de la inversión a través de los contratos de compra de productos financieros de riesgo²⁶, están fuera del ámbito de aplicación porque las pretensiones de indemnización compensatoria por daños y perjuicios deben ser provenientes de un hecho ilícito según se dispone en el Código Civil japonés. Sin embargo, estos son los tipos más comunes de demandas de *class actions* en los EE. UU²⁷ y se quedan dentro del campo de aplicación en la legislación francesa²⁸. Por otra parte, provocaría una cierta dificultad incorporar en el campo de aplicación la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos porque resulta difícil fijar la cantidad concreta y total de indemnización por parte del proveedor, particularmente respecto a las lesiones que pueden ser muy variadas dependiendo de una víctima u otra. A nuestro juicio, deben quedar en el campo de aplicación como excepción sólo por lo menos los casos graves con un número muy elevado de víctimas.

4.2 La posible ampliación de la legitimación activa

4.2.1 Los posibles legitimados privado y público

Actualmente, en 2017, existen sólo dos asociaciones de consumidores (cualificadas y admitidas por el Primer Ministro) habilitadas para promover las acciones colectivas reparadoras de los daños individualmente sufridos. Mientras que hay 16 asociaciones de consumidores habilitadas para promover las acciones colectivas de cesación.

Como Japón se divide administrativamente en 47 prefecturas o “*ken*”, todavía son muy pocas asociaciones para poder atender las necesidades de los consumidores en la esfera procesal y aglutinarlos en todo el país.

²⁶ La Ley de Venta de Productos Financieros establece reglas específicas con respecto a la responsabilidad extracontractual de los proveedores de productos financieros. Véase Maeda, 2011b. Existe otra ley en la materia; la Ley de Instrumentos Financieros y sus Transacciones que se trata de la obligación de informar en los prospectos. Estas leyes facilitan las pruebas que determinan la existencia del daño y de la culpa por parte del consumidor. Actualmente los daños y perjuicios provenientes de los productos financieros regulados por estas leyes especiales están fuera del ámbito de aplicación.

²⁷ En los EE. UU, hay aproximadamente 1,000 acciones colectivas al año en materia de defensa de la competencia. Véase Searby, 2014.

²⁸ Véase Molfessis, 2014, p. 947; Rebeyrol, 2014, p. 940; Mainguy y Depincé, 2014, p. 1144.

Las principales dificultades que afrontan las asociaciones de consumidores tienen que ver con las capacidades de organización para entablar una demanda debido a la falta de recursos humanos y financieros²⁹. En el caso de acciones colectivas reparadoras se necesita mucho más dinero que en el caso de acciones colectivas de cesación porque nuestro sistema de procedimiento consistente de dos fases, los legitimados son quienes deben tomar la iniciativa también en la fase de ejecución³⁰. Ellos están obligados, por ejemplo, a notificar debidamente a los consumidores y hacer una lista de consumidores que solicitan la incorporación en la ejecución (modelo de *opt-in*).

A nuestro juicio, los Centros de Asuntos de Consumidor en cada 47 prefectura, junto con su entidad central, el Centro Nacional de Asuntos de Consumidor, pueden asumir el liderazgo y la representación de los consumidores como legitimados de acciones colectivas reparadoras.

Lo cierto es que la mayoría de las asociaciones de consumidores en Japón tienen una actividad muy escasa en comparación con las de EE.UU., Brasil³¹ y Francia³².

En cambio, los consumidores que quieren reclamar acuden a los Centros regionales de Asuntos de Consumidor en cada prefectura, una entidad estatal semejante a PROCON de cada estado o municipio en Brasil.

4.2.2 Legitimación otorgada a las entidades públicas y el modelo de opt-out

En Dinamarca la legitimación se circunscribe a las entidades públicas cuando se trata de las acciones colectivas efectuadas con el modelo de opt-out para evitar los abusos y adoptar una adecuada medida para reparación en la fase de ejecución.

Se puede afirmar que un proceso con control del representante colectivo por parte del juez, adecuadas notificaciones a los miembros del grupo y un efectivo derecho de éstos a apartarse del proceso para seguir su propio camino, justificaría una cosa juzgada de doble vía y definitiva (esto es: gane o pierda

²⁹ En cuanto a Consumers Organization of Japan (COJ), una de las asociaciones de consumidores habilitadas para promover las acciones colectivas reparadoras, consiste de 9 entidades asociadas que son las asociaciones pequeñas-regionales de consumidores y 128 asociados individuales. La cuota anual de asociados individuales cuesta 10,000 yenes (equivalentes a 100 dólares). En Japón, se discute que la financiación pública es indispensable en muchas esferas de necesidad social y bienes públicas. La financiación pública a las asociaciones de consumidores es uno de estos sectores porque se trata de "interés público".

³⁰ En el sistema brasileño, el CDC no dispone casi nada sobre la ejecución de acciones colectivas. Según la entrevista realizada por la autora con los legitimados públicos (Ministerio Público, PROCON y Defensoría Pública) previstos en la ley, ellos no deben tomar la iniciativa en la fase de ejecución. En efecto, se supone que los consumidores individualmente realizan cada ejecución con los abogados ordinarios.

³¹ Según la entrevista realizada por la autora con Dra. Cláudia de Moraes Pontes Almeida y Dra. Elici Ma Checchin Bueno en el día 25 de julio de 2017 en Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) que se ubica en el Estado de São Paulo, tiene unos 10 mil asociados por todo el país y son más de mil acciones colectivas promovidas por IDEC durante los 30 años de su historia. El 60 % de su presupuesto cuenta con las cuotas de los asociados que cuesta 300 reales por año para cada uno. Según otra entrevista realizada por la autora con Dr. Cláudio Pires Ferreira, el director de Movimento de Donas de Casa e Consumidores do RS (MDCC/RS) en el día 21 de julio de 2017 en Porto Alegre, tiene 3,200 asociados libres en total y son 250 asociados que pagan la cuota que cuesta 50 reales anualmente.

³² Después de la entrada en vigor de la "Loi Hamon" en 2014, la primera acción de clase se ha planteado por UFC Que Choisir, una de las mayores asociaciones de defensa de los consumidores en Francia. UFC Que Choisir tiene unas 150 entidades regionales como sus sucursales y su presupuesto anual es 30 mil millones de euros. Sus asociados son unos 150 mil consumidores, además de unos 480 mil abonados a sus revistas y unos 50 mil abonados a su página web oficial. La entidad central tiene unos 120 empleados y promueve unas 90 acciones procesales anualmente.

el legitimado colectivo, la discusión no puede reeditarse). Por el contrario, en un sistema procesal donde estos tres factores no se encuentran debidamente regulados, la cosa juzgada debe ser más flexible y debe habilitar -en algunos supuestos específicos- volver a discutir el conflicto colectivo o, cuanto menos, dejar a salvo las acciones individuales de los miembros del grupo. Se podrían también prever algunas excepciones enunciativas de la categoría de ausencia de representación adecuada (por caso, el rechazo de demanda por ausencia o manifiestamente defectuosa producción de pruebas, por omisión de hechos fundamentales para el proceso y por la omisión de serios argumentos que hubieran podido sostener las pretensiones esgrimidas en la demanda) (Verbic, 2016).

4.2.3 Sustitución procesal versus representación procesal

En Brasil hay una gran polémica en la práctica sobre el carácter jurídico de la legitimación otorgada al Instituto Brasileiro de Defesa del Consumidor (IDEC), una asociación privada de consumidores. El problema aparece en la etapa de ejecución (es decir, al ejecutar la sentencia condenatoria genérica favorable) como una clara separación bajo los distintos miembros involucrados. Según la resolución del Superior Tribunal de Justicia (STJ) dictada en el 25 de febrero de 2014³³, la sentencia de acción colectiva promovida por dicha asociación sólo se aplica a sus asociados, y no se extiende automáticamente a toda la clase involucrada. El magistrado Salomão afirma que la sentencia colectiva sólo puede beneficiar a los asociados al IDEC porque en este caso IDEC como una asociación privada actúa a título de representación procesal y no a título de sustitución procesal de la categoría. El mismo magistrado dictó otra sentencia que se trata de previsión social en el mismo sentido³⁴, citando la sentencia del Supremo Tribunal Federal (STF) con repercusión general (*repercussão geral*)³⁵. En el precedente citado, se destaca la distinción entre sustitución procesal ejercitado por los sindicatos y representación procesal ejercitado por las asociaciones³⁶. Según STF, no puede afirmar la igual actuación de las dos entidades que reciben tratamiento diferenciado en la Constitución brasileña.

En la legislación japonesa sobre las acciones colectivas de cesación, según lo arriba expuesto, se admiten dos formas diferentes de legitimación: representación procesal en el caso de la Ley contra Grupo de Delincuencia Organizada y sustitución procesal en el caso de las leyes consumeristas (LCC, Ley contra Premios y Presentaciones Fraudulentos, Ley

³³ STJ, Recurso Especial n° 1.391.198/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. de 25.2.2014, DJe de 7.3.2014.

³⁴ STJ, Recurso Especial n° 1.374.678/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. de 23.6.2015, DJe de 4.8.2015.

³⁵ STF, Recurso Extraordinario n° 573.232/SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. de 14.5.2014, DJe de 19.9.2014.

³⁶ Sobre la flexibilización de las reglas de legitimación, lo mismo se discute en el área de derecho laboral español. Véase Encabo, 2013.

de Prácticas Comerciales Regulamentadas y Ley de Etiquetado de Alimentos).

Igualmente, en lo que atañe a las acciones colectivas reparadoras, aunque la ley guarde silencio al respecto, el tema posee potencialidad para suscitar la discusión. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con los legitimados brasileños, los legitimados japoneses, asociaciones de consumidores que tienen papel muy importante en la fase de ejecución, están obligados a notificar individualmente a los consumidores conocidos (art. 25 de LACR)³⁷ y por vía de boletín oficial (anuncio público) (art. 26 de LCAR)³⁸ a “los desconocidos”. Esto significa que la sentencia colectiva abarca, por regla, todos los consumidores conocidos y desconocidos, asociados y no asociados, independientemente de la vinculación que tengan con el legitimado, la asociación de consumidores.

³⁷ Art. 25 of the Act on Special Measures Concerning Civil Court Proceedings for the Collective Redress for Property Damage Incurred by Consumers. Recuperado de <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/?re=02>

³⁸ Art. 26 of the Act on Special Measures Concerning Civil Court Proceedings for the Collective Redress for Property Damage Incurred by Consumers. Recuperado de <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/?re=02>

Bibliografía

- Asami, E. (2014). "Peculiaridades del derecho japonés". En C. Tirado Robles (Coord.), *Japón y Occidente: estudios comparados*, Zaragoza: Pressas de la Universidad de Zaragoza.
- Bach, S. C. (2014). "La legitimación en la futura regulación europea de las acciones colectivas de consumo". En E. C. Porras y R. C. Mercado (Eds.), *Intereses colectivos y legitimación activa*, pp. 527-550. Cizur Menor, España: Thomson Reuters Aranzadi.
- Bach, S. C. (2015). *La legitimación activa en las acciones colectivas* (tesis doctoral), Universidad de Girona, Girona, España.
- Beisner, J., Thompson, K., y Orrlarsen, A. (2008). "Canadian Class Action Law: A Flawed Model for European Class Actions". En *Engage*, 9(2), 123-131;
- Bracho, J. H. M. (2008). "La acción procesal y sus diferencias con la pretensión y demanda. Cuestiones Jurídicas". En *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, II (2), 89-110.
- Campos, S. P. (2014). "Los recaudos para aprobar un acuerdo, la cosa juzgada y la liquidación y ejecución de sentencia en los procesos colectivos/ Class Action en América". En *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, (40), pp. 292-293.
- Carnota, W. F. (2012). "Las acciones de clase: desde los Estados Unidos a la Argentina". En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (16), 96.
- Encabo, S. O. (2013). "Legitimación representativa en la negociación colectiva: reglas legales en el marco del cambio de modelo". En *Temas Laborales*, (120), 483-508.
- Favela, J. O. (2013). "Legitimación en las acciones colectivas". En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XLVI (138), 1057-1092.
- Fukunaga, Aritoshi (2004). *Shin-sosho-ruikei toshite no "shudan-rieki-sosho" no hori*, En A. Fukunaga, *Minji-sosho-tojisha-ron* (p. 219). Tokio, Japón: Yuhikaku. (traducción libre de la autora: Teoría jurídica sobre acciones de intereses colectivos como una categoría nueva de acciones).
- Garrido, T. R. (2002). "Cosa juzgada y tutela judicial efectiva". En *Derecho Privado y Constitución*, (16), 259-391.
- Giannini, L. J. (2006). "La representatividad adecuada en los procesos colectivos". En Oteiza (Ed.), *Procesos colectivos*, pp. 179-214. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Gidi, A. (2003). "Class Actions in Brazil: A Model for Civil Law Countries". En *The American Journal of Comparative Law*, 51(2), 312-313.
- Grinover, A. P. (2017). "Da Coisa Julgada". En A. P. Grinover, A. H. V. Benjamin. En D. R. Fink, K. Watanabe, N. Nery Jr. y Z. Denari. (Eds.), *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, pp. 987-1030. Rio de Janeiro, Brasil: Editora Forense;
- Ito, Makoto (1978). *Minji-sosho no tojisha*, Tokio, Japón: Kobundo. (traducción libre de la autora: La legitimación en proceso civil). Ito, Makoto (1988). *Funso-kanri-ken sairon*, En K. Shindo (Ed.), *Funso-kanri to seigui*, en homenaje al Profesor Kisuke Ryuzaki (p. 220). Tokio, Japón: Yuhikaku. (traducción libre de la autora: Propuestas revisadas sobre la legitimación en proceso civil).
- Mac-Gregor, E. F. (2011). "Amparo colectivo en México: hacia una reforma constitucional y legal". En E. F. Mac-Gregor y E. D. Rojas (Eds.), *La protección orgánica de la Constitución. Memoria del III Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*. Ciudad de México, México: UNAM-Congreso de Tamaulipas.
- Martínez, L. T. (2015). "La legitimación activa del "interés difuso": ¿una nueva categoría para proteger la igualdad?". En *Revista General de Derecho Administrativo*, (40), 1-44.
- Maeda, M. (2011a). "La falsa representación en las relaciones precontractuales en Japón: Estudio comparativo entre la Ley de Contratos del Consumidor (LCC) y el anteproyecto de ley para la reforma del Código Civil japonés (CCJ)". En *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, CLVIII (1), 59-75.
- Maeda, M. (2011b). "Violação do dever de informar no Direito Japonês: Responsabilidade extracontratual do fornecedor de produtos financeiros". En O. L. Rodrigues Jr., G. Mamede y M. V. Da Rocha (Eds.), *Responsabilidade Civil Contemporânea*, pp. 740-747. São Paulo, Brasil: Editora Atlas
- Maeda, M. (2017). "El nuevo marco legal japonés para un sistema judicial de acción colectiva de los consumidores: una adaptación del sistema brasileño". En *Revista de Direito do Consumidor*, 26 (112). 44-55.
- Mainguy, D. y Depincé, M. (2014). *L'introduction de l'action de groupe en droit français*. Juris-

Classeur Périodique, Édition Entreprise.

Molfessis, N. (2014). *L'exorbitance de l'action de groupe à la française*. Recueil Dalloz.

Leskinen, C. (2011). "Reparaciones de daños y perjuicios en materia de defensa de la competencia: la conveniencia de las acciones colectivas opt-out en casos que implican numerosas demandas individuales de poco valor". En L. A. V. San Pedro, C. A. Ledesma, J. A. E. Sáenz, C. H. Suárez y J. G. Gilsanz (Eds.), *La Aplicación privada del Derecho de la competencia*, pp. 285-302. Valladolid, España: Lex Nova.

Parilli A., O. (2004). "Modo de representación procesal". En *Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad de Monteávila*, (10), pp. 133-162.

Posada, G. F. P. (2000). "La representación negocial: Del derecho romano a la codificación latinoamericana". En *IUS ET VERITAS*, (20), 347-379.

Rebeyrol, V. (2014). *La nouvelle action de groupe*. Recueil Dalloz.

Rodríguez, J. M. G. (2014). "La contribución de las acciones colectivas al desarrollo regional desde la perspectiva del derecho social". En *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (30), 75.

Searby, E. W. (2014). "United States: Private antitrust litigation - class actions". En *The Antitrust Review of the Americas*, 2015, 45-48.

Takata, Hiroshigue (1984). *Shudan-funso ni okeru hanketsuko*, En K. Shindo (Ed.), *Koza minji-sosho 6* (p. 208). Tokio, Japón: Kobundo. (traducción libre de la autora: La cosa juzgada en las acciones colectivas). Thai, L. (2016). "Class Action Procedure in Australia - Issues and Challenges". En C. B. Picker y G. I. Seidman (Eds.), *The Dynamism of Civil Procedure-Global Trends and Developements*, pp. 215-236. Cham, Suiza: Springer.

Tron Petit, J. C. (2016). *¿Qué hay del interés legítimo?*, Ciudad de México, México: Porrúa.

Van Der Wee, H. (1986). *Historia Económica Mundial del Siglo XX, Prosperidad y Crisis, Reconstrucción, Crecimiento y Cambio 1945-1980*, Barcelona, España: Crítica.

Verbic, F. (27 de septiembre de 2016). *Propuesta de bases para la discusión (14/17): Cosa juzgada colectiva*. Recuperado de <http://classactionsargentina.com>.

E-CONSUMER PROTECTION IN INDIA: TRENDS AND CHALLENGES

Prof. (Dr.) Ashok R. PATIL¹
Dr. Pratima NARAYAN²

Resumen: Las plataformas de comercio electrónico permiten el intercambio comercial vía internet de un modo nunca antes visto. Uno de los mayores promotores del crecimiento del comercio electrónico está dado por el aumento en el uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (ICT) como base para el intercambio. El comercio virtual implica nuevas problemáticas en términos de confianza y seguridad del consumidor al momento de negociar. Este artículo analiza las tendencias actuales en derecho de consumo en India y los desafíos que se presentan al momento de proteger a los consumidores en las compras realizadas *on line*.

Palabras Clave: comercio electrónico, protección al consumidor, intermediarios, información al consumidor

Abstract: *Electronic commerce platforms allow for Internet-enabled trade in unprecedented ways. One of the main drivers underlying e-commerce growth is the rise in number of individuals using the Information and Communication Technology (ICT) as a platform to trade. The virtual aspect of e-commerce sale throws up newer confronts to consumer trust and confidence. This article analyses the present trends in consumer law in e-commerce in India and the challenges faced in protecting the consumers in the virtual online space.*

Keywords: electronic commerce, consumer protection, intermediaries, consumer information

¹ Prof. Dr. Ashok R. Patil is a Professor in Law at National Law School of India University, Bengaluru. He is the Chair Professor of Chair on Consumer Law and Practice and Director of Online Consumer Mediation Centre, both established under the aegis of Ministry of Consumer Affairs, Government of India.

² Dr. Pratima Narayan is an Independent Legal Consultant and Mediator. She holds a Doctorate of Philosophy (Ph.D) in Law from National Law School of India University, Bengaluru.

Introduction

Electronic commerce platforms allow for Internet-enabled trade in unprecedented ways. With its ubiquitous reach, the architecture of electronic commerce provides a dynamic and collaborative platform to business and consumers. Consumers get to choose from a whole range of goods and services across the world, from anywhere and at any time. Businesses are constantly innovating new technologies in order to adapt to new and evolving challenges in the area of e-commerce. One of the main drivers underlying e-commerce growth is the rise in number of individuals using the Information and Communication Technology (ICT) as a platform to trade.

The UNCITRAL Model law on E-commerce refers e-commerce to transactions carried out by means of electronic data interchange and other means of electronic communication, which involve the use of alternatives to paper-based methods of communication and storage of information. The WTO Work Programme on Electronic Commerce defined “electronic commerce” to mean *“the production, distribution, marketing, sale or delivery of goods and services by electronic means”*.³

The Department of Industrial Policy and Promotion (DIPP) in its Guidelines for Foreign Direct Investment (FDI) on E-commerce defines E-commerce as *“E-commerce means buying and selling of goods and services including digital products over digital and electronic network”*.⁴

E-commerce has indeed emerged as a major opportunity for India. With the phenomenal spread of mobile telephony and the advent of 4G in the country, buyers from small towns and cities are also buying online in large numbers. It is a fact that internet has dissolved the discrimination factor between the small and the big cities enabling buyers from small towns to have access to the same branded goods, and quality products which earlier was a privilege of large city buyers. Internet Live Stats show that there were 462 million internet users in India. A 2016 report from the Internet and Mobile Association of India (IAMAI) stated that the overall Internet penetration in India is currently around 36.5%. The ‘Digital India’ Programme is transforming the country into a digitally empowered society and knowledge economy.

Consumer confidence primarily involves two convictions -that the consumer will get what he expects and that if things go wrong, the consumer can seek a remedy. The virtual aspect of e-commerce sale throws up newer confronts to consumer trust and confidence. The Consumer Protection law recognises several unfair trade practices such as false and misleading representation of goods and services in terms of standard, quality, grade etc., materially misleading the public as regard the price at which the goods are ordinarily sold, disparaging of goods, misrepresentations as to warranty or guarantee etc. But,

³ World Trade Organization: Declaration on Global Electronic Commerce, 199, WT/MIN (98)/DEC/2

⁴ Department of Industrial Policy and Promotion, Ministry of Commerce and Industry: Guidelines for Foreign Direct Investment (FDI) on E-commerce, Press Note 3 (2016 Series).

what about failure on the part of the business in providing adequate disclosure of information regarding the address of the supplier, characteristics of goods and services, delivery costs, withdrawal etc. in case of such distance selling? This article analyses the present trends in consumer law in e-commerce in India and the challenges faced in protecting the consumers in the virtual online space.

Trends in e-consumer protection in india

E-commerce has become a bustling business in India today. It is the cutting edge in all areas of business today. As early as 2014, Internet and Mobile Association of India (IAMAI) had come up with a report that IAMA has estimated that nearly 1 million large and small retailers make use of online marketplaces to reach out to their customers. These online retailers represent a very wide range of categories including electronics, books, apparel, accessories, footwear, jewelry, etc.⁵

The need to ensure basic rights to consumer welfare has long been recognized by legislations world over and so with India. In line with the United Nations Guidelines on Consumer Protection (UNGCP), India enacted the Consumer Protection Act in 1986 to protect consumer interests. The popularity of the enactment lies in its avowed objectives of identifying consumer rights and providing cost-effective and speedy redressal. Though there are no specific laws governing e-commerce in India, in terms of Business-to-Consumer E-commerce, the existing provisions of Consumer Protection Act, 1986, is being applied to disputes in online transactions mostly under the provisions of 'Deficiency in Service' under Section 2(1)(g) of the Consumer Protection Act, 1986 or 'Unfair Trade Practices' under Section 2(1)(r) of the Consumer Protection Act, 1986.

The most significant reason for lack of consumer confidence in electronic transactions lies in anonymity of parties to the consumer contract. For instance, a consumer may purchase goods (such as books or CDs) through a website - where the contract is concluded in cyberspace and the payment obligation is also effected online. Though the performance of the characteristic obligation of the contract (delivery of good) occurs in the real world in exactly the same way as offline contracts, the parties to the online transaction do not encounter each other during the transaction, unlike in a 'brick and mortar' model. This in turn results in greater risks of fraud, problems relating to delivery, return of goods etc. (Hill, 2008).

A predominant feature of consumer law is to promote good business practices, such that the consumer is well-informed about the transaction. The anonymous character of the online market demands a greater need for clear information on matters at every technical step for conclusion of the contract and also effective means to identify and correct input errors prior to the completion of the contract.

The Consumer Protection law recognises several unfair trade practices such as false and misleading representation of goods and services in terms of standard, quality, grade etc., materially misleading the public as regard the price at which

⁵ Internet And Mobile Association of India: 1 Million Retailers Sell Online: IAMA, March 27, 2014 [Press Release] Retrieved from http://www.iamai.in/PRRelease_detail.aspx?nid=3313&NMonth=3&NYear=2014

the goods are ordinarily sold, disparaging of goods, misrepresentations as to warranty or guarantee etc. But, what about failure on the part of the business in providing adequate disclosure of information regarding the address of the supplier, characteristics of goods and services, delivery costs, withdrawal etc. in case of such distance selling? An important challenge in e-commerce is that internet companies are often difficult to locate. E-mail domains, designation of websites, electronic addresses or home pages do not necessarily relate to the place of business of the supplier. (Reich, 2000). The supplier may hide behind the business seat of the provider. Hence, lack of information or low quality or obscure information provided by the seller/intermediary is a key issue which remains unanswered in traditional consumer protection law.

One such issue that came up before the consumer court is the case of *Rediff.com India Ltd. v/s Urmil Munjal*⁶, wherein the consumer was dissatisfied with the goods delivered by the online shopping website. While the consumer wanted to return the product and claim refund, he did not find a Return Policy, which provided details of the address to which the products were to be returned. Since the online portal was facilitator between the sellers and buyers as mentioned in the terms and conditions, it was the duty of the facilitator to inform the consumer as to how the goods are to be returned to the seller. The Court held the online portal liable on the grounds of 'Deficiency in Service' for not providing sufficient information.

Some of the common issues that arise due to lack of or obscure information are:

- a. Is the company doing business a legitimate one and where is it located?
- b. Does the business organization/individual offering product / service provide appropriate information on terms and conditions of the purchase such as instructions for use of products, warranties, cancellation, flexibility in return/ refund policies, availability of after-sale service etc.
- c. Is the browser secure and does it encrypt personal and financial information during online transmission?
- d. Does the browser provide comprehensive 'Privacy Policy Statement' addressing the manner in which the personal information of the customer would be used?
- e. Is the business committed to customer satisfaction? What recourse is available for a quick and fair resolution in case of consumer dispute?

In the Indian context, e-commerce companies adopting inventory-based model fall within the meaning of "Intermediary" within the provision of Section 2(1)(w) of Information Technology Act, 2008. Section 79 of the Act deals with limitation of liability of these intermediaries, in so far as they exercise due diligence as provided under Rule (3) of the Information Technology (Intermediary Guidelines) Rules, 2011. The Rules require the Intermediaries to publish user agreement, privacy statement for access or usage of intermediary's computer resource.

⁶ RPNo.4656 of 2012

On obtaining knowledge of any information being grossly harmful, harassing, defamatory, obscene or otherwise unlawful in any manner or violate any law for the time being in force, the Guidelines requires the intermediary to act within 36 hours to disable such information. The Rules also require the intermediary to publish on its website the name of the Grievance Officer and his contact details by which users who suffer as a result of access to the computer resource can notify their complaints.

Jurisdiction of courts posed a great challenge in the early years when e-commerce cases were brought before consumer forums. Many cases were struck down due to lack of jurisdiction which the consumers had to run helter-skelter identifying the right jurisdiction, given the virtual nature of e-commerce. One such instance was the case of *Rajinder Singh Chawla v. makemytrip.com*⁷ where the Consumer Court rejected a consumer complaint for lack of jurisdiction. The reason was that the online transaction was spread across various geographical areas. The Court could not make out a reason for entertaining the complaint.

Online shopping portals continue to provide unfair and unreasonable terms in their User Agreement, especially with respect to jurisdiction. Such clauses are irrelevant and arbitrary considering the fact that consumers in online shops are spread over very large geographical areas.

To remove the arbitrariness in Jurisdiction clause, a recent judgement of the National Commission in *Marwar Engineering College and Research Centre v. Hanwant Singh, IV (2014) CPJ 582 (NC)* has made it clear that Consumer's place of e-commerce transaction is the jurisdiction to file a complaint.

The new UN Guidelines on Consumer Protection of 2015 lays special emphasis on transactions taking place through Electronic Commerce, which include fair and equitable treatment, ethical commercial behaviour, disclosure and transparency and education and awareness raising. The UN Guidelines also lays emphasis on Member States to work towards establishing consumer protection policies that encourage good business practices, ease of access to information, secure payment mechanisms, fair, affordable and speedy dispute resolution and redress, consumer privacy and data security.

With increase in internet penetration and companies pushing for more online sale of their products through discount sales and festival sales, the number of complaints has also increased. In the recent times, Indian consumer courts have seen an increase in consumer cases in the context of e-commerce, mostly on the grounds of deficiency in services and unfair trade practices. Taking into

⁷ First Appeal 355/2013, SCDRC Chandigarh

consideration the concerns of consumers' right to information in e-commerce, the Consumer Protection Bill, 2015 has made some significant provisions to address the concerns of adequacy in information and jurisdiction issues in e-commerce such as:

1. The definition of "Consumer" is amended to include an explanation to the expressions 'buys any goods" and "hires or avails any services" to include transactions made through any mode, offline, online through electronic means, teleshopping or direct selling or multi-level marketing.

2. 'Deficiency in service' to include "...any act of omission or commission on the part of service provider in withholding 'relevant information' which may cause damage to the consumer."

3. Failure on the part of business to allocate a 30 days cooling-off period for purchase of goods or services is also being considered to be included as 'unfair trade practice' under Section 2(41) of Consumer Protection Bill, 2015. The same provision also attempts to provide data security on consumers' personal information disseminated on the online shopping portals.

4. In the context of territorial jurisdiction of consumer redressal agencies, the Amendment has included a new provision, which states that a complaint may be instituted in territorial jurisdiction, where the complainant resides or personally works for gain. This is an important step towards ease of access to justice in complaints arising out of online shopping, where in most circumstances, the online store is located away from the place of consumer and provides unreasonable terms for dispute resolution.

5. Dispute resolution through mediation is introduced under the Consumer Protection law. The Bill provides for establishment of court-annexed mediation cells for the purpose of redressing consumer grievance through mediation.

Challenges

The Internet has raised a variety of legal issues since it first became widely used in the mid-1990s, most in the area of consumer rights and protection. Legislations affecting consumer and business rights in areas such as privacy, cybersquatting, and electronic signatures have been passed. These legislations are only the first attempts to regulate the Internet marketplace. Since the Internet is far changing and developing, these new laws are certainly not the last in terms of Internet regulation (Coteanu, 2005).

Consumer complaints in e-commerce continue to be on the rise each year. In May 2017, the National Consumer Helpline reported that E-commerce received the highest number of complaints, of the total complaints received by the Helpline. Most complaints against e-commerce companies related to non-delivery of product, delivery of defective product, delivery of wrong product, paid amount not refunded after cancellation, deficiency in service, wrong promises, promised/offered gift not given, overcharged amount not refunded, delay in

delivery, no after sale services, defective products etc. (Dipak and Sarkar, 2017).

Despite several changes being brought out in e-consumer protection, some challenges still pose to be a threat to consumer confidence and trust in the e-commerce transactions. For instance, filing a complaint against an electronic retailer based overseas can be challenging, expensive, time consuming and it might not be clear from the website where the supplier is based. The conventional approach to jurisdiction of courts lies in territorial, pecuniary or subject-matter jurisdictions. But with the e-commerce, the question of jurisdiction gets complex.

Another challenge in cross-border consumer complaints is that the contract may be governed by the laws of the country from where the goods were supplied, rather than where it was bought. Legal action could include having to start court proceedings in the retailer's country, thus inconveniencing the consumer to a great extent. In this regard, the new UN Guidelines on Consumer Protection lays down recommendations on dispute redressal and resolution among others. The Guidelines states that the Member States should encourage development of fair, effective and transparent mechanisms to address consumer complaints, through administrative, judicial and alternative dispute resolution, including for cross-border cases.

The Supreme Court of India in *M/s Afcons Infra Ltd. v. M/s Cherian Varkey Construction Company Ltd. and Other*⁸, while enumerating matters that are suitable for Alternate Dispute Resolution (ADR), held that all consumer disputes including disputes where a trader/supplier/manufacturer/service provider is keen to maintain his business/professional reputation and credibility or product popularity can be referred to ADR. In view of the above, the need for mediation in the consumer context in India has been recognised under the proposed Consumer Protection Bill, 2015. The Bill has introduced mediation in consumer cases, where disputes can be referred to mediation either at the commencement of proceeding before the Consumer Forum or at any time during the proceeding.

Furthermore, Ministry of Consumer Affairs, Government of India has established 'Online Consumer Mediation Centre' (OCMC) at National Law School of India University in 2016 to cater the E-Consumers and E-Commerce companies. This Innovative step is taken by the Government of India to achieve the objects of

⁸ Civil Appeal No.6000 OF 2010

the constitution of India. The Ministry of Consumer Affairs is also following the recent Constitutional Bench (5 judges') decision of the Supreme Court of India i.e., *Anita Kushwaha v. Pushap Suda* [(2016) 8 SCC 509]. In this case Supreme Court held that 'Access to Justice' is a fundamental right and laid down four main facets of the essence of access to justice i.e., (i) The State must provide an *effective adjudicatory mechanism*; (ii) The mechanism so provided must be *reasonably accessible in terms of distance*; (iii) The process of adjudication *must be speedy*; and (iv) The litigant's access to the adjudicatory process must be *affordable*.

The mission of the OCMC is to provide innovative technology for E-consumers and E-commerce companies to manage and resolve conflicts and to propel online mediation as a first choice to resolving consumer disputes. The Centre runs with a vision to provide for an innovative online mediation tool that affords consumers better access to justice through quick and easy redressal mechanism and at the same time provide opportunity for businesses to maintain good customer relations. The core Values of the Centre include Easy accessibility, Security, Confidentiality, Cost-effective, Neutrality and Integrity⁹. The online platform is compatible for the mobile phones also.

Consumers have become an integral part of the growing community of traders in the electronic market. Electronic commerce can be achieved to its fullest potential in the electronic civilization only when consumers who purchase through online markets are afforded the same level of protection as conventional consumers. Misinformation or non-information about business, goods and services and about the transactions causes a huge detriment to consumer information in the online markets.

Website information still remains poor on a significant proportion of sites and the number of fully compliant websites in terms of information is also low. Thus, the virtual nature of e-commerce has given rise to information asymmetry, which is a great hindrance to consumer trust and confidence. Effective measures to provide adequate and uniform disclosures in online shopping is the first step to bringing a brick and mortar system. Accessibility of business information can be better enhanced by developing quality assurance tools such as Trustmark that provide quality standards and information checks of the online stores.

Consumer empowerment is an important component of consumer protection. Lack of awareness about the choice of portals, privacy and dissemination of personal sensitive information, nature and modes of consumer redressal etc. are some of the significant reasons why a consumer ends up in a fraudulent trap. Greater emphasis should be laid on timely education and awareness of the use of the e-commerce platform to appraise consumers about the consumer rights available to them and the mechanisms through which these rights, if violated can be redressed.

Conclusion

The extraordinary growth of Electronic Commerce has greatly influenced the way business is being carried in the present generation. Unlike in the past, consumers have become an integral part of the growing community of global traders in the electronic market. Apart from new opportunities, it has also created numerous concerns and challenges on businesses and consumers who embark on this new course of business. E-commerce can be achieved to its fullest potential in the electronic civilization only when online consumers are afforded the same level of protection as conventional consumers.

Consumers involving in electronic commerce should be afforded adequate and transparent information about the business, products being sold and the entire transaction details. Consumer education and awareness about the use of the e-commerce platforms should be enhanced through wide media publications. Consumers will not engage in the impersonal click-and-mortar system unless they are either familiar with the business they are transacting or have the confidence that if something goes wrong they will have recourse to a quick and easy redressal of their grievance. In order to build this trust, businesses carrying out e-commerce should provide for internal mechanisms that can guarantee cheap and effective enforcement of consumer rights.

Further Consumer Protection Bill, 2015 will be presented this year in the name 'Consumer Protection Bill, 2017' before the parliament. Once new legislation comes into force then there will be a better protections for E-consumers in India.

Bibliography

1. Coteanu Cristina (2005), *Cyber Consumer Law and Unfair Trading Practices*, Ashgate Publishing Company, United States of America.
2. Dash, Dipak K and Sarkar, John (2017) *Complaints against E-commerce Companies Top List at National Consumer Helpline*, *The Times of India*, available at <https://timesofindia.indiatimes.com/india/complaints-against-e-commerce-companies-top-list-at-national-consumer-helpline/articleshow/58781723.cms>
3. Hill, Jonathan (2008), *Cross-border Consumer Contracts*, Oxford, Oxford University Press.
4. Reich, Norbert (2000) *Consumerism and Citizenship in the Information Society in Consumer Law in the Information Society*, Thomas Wilhelmsson, Salla Tuominen and Heil Tuomola(ed.), The Hague/London/Boston: Kluwer Law International.

CIUDADES DEMOCRÁTICAS Y SOSTENIBLES

Guadalupe **FALBO**¹
Ayelén Eugenia **COSTA**²

Resumen: En el presente trabajo se abordará, por un lado, la necesaria vinculación de la cuestión y problemática urbana con lo ambiental, y luego se pondrá el acento en el derecho de la ciudadanía de participar activa y coordinadamente en las decisiones públicas, con especial atención a las vinculadas con planificaciones urbanas, de acuerdo a los parámetros internacionales y constitucionales vigentes en la actualidad; luego se desarrollará cómo interactúan los conceptos referenciados, demostrando la necesidad que existe en todo Estado de Derecho de pensar y planificar las ciudades sostenibles a partir de una real participación ciudadana, y la necesidad de escapar del proceso judicial clásico para garantizar ciudades más justas.

Palabras clave: gestión - participación social - medio ambiente urbano - desarrollo urbano

Abstract: The present work will address, on one hand, the necessary linkage of the urban problematic with the environmental one, and then emphasis will be placed on the right of citizens to participate actively and in a coordinated way in public decisions, with special attention to those related with urban planning, according to the international and constitutional parameters currently in force; To see how the referenced concepts interact, demonstrating the need that exists in every Rule of Law to think and plan sustainable cities based on a real citizen participation that allows us to achieve what we will call a Democratic and Sustainable Management of the City.

Keywords: management - social participation - environment - urban development

¹ Abogada (UNLP), Directora del Centro de Acción Urbano Ambiental (CAUA) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. La Plata, Argentina, falboguadalupe@gmail.com

² Abogada (UNLP). Integrante del Centro de Acción Urbano Ambiental (CAUA) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP, La Plata, Argentina. ayelenecostac@gmail.com

I. Introducción.

a. Cuestiones preliminares. La ciudad como espacio de ejercicio y vulneración de Derechos Humanos.

Como integrantes del Centro de Acción Urbano Ambiental (CAUA), de Extensión Universitaria, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, desarrollamos el presente artículo con el objetivo de analizar la vinculación que existe entre una serie de cuestiones que representan la base para la construcción de ciudades más justas y menos desiguales, en las cuales se respeten y garanticen los derechos humanos de todos los que vivimos en ellas.

Comenzaremos afirmando que en las ciudades se ejercen derechos humanos, y asimismo se ven altamente vulnerados muchos otros. Aquí es necesario traer a colación el Principio de Interdependencia de los Derechos Humanos³, dicho principio implica que para poder realizar un derecho es necesaria la realización de otros derechos humanos, asimismo la vulneración de uno implica afectar a otros derechos fundamentales, ya que están íntimamente vinculados.

En el transcurso de la presente exposición, utilizaremos la idea de interdependencia para demostrar que el mismo es plenamente aplicable cuando lo traspolamos específicamente a la vida en las ciudades (que implican el derecho al hábitat digno, derecho a una vivienda adecuada, el derecho a la movilidad urbana), a la necesaria garantía de que aquellas se desarrollen de forma sostenible (derecho a un ambiente sano) y a la forma en que deben planificarse (derecho a la participación ciudadana en las decisiones estatales, y su prerequisite que es el acceso a la información).

A su vez, veremos que existen una gran cantidad de herramientas normativas y antecedentes jurisprudenciales en la materia ambiental, que nos permite afirmar que hoy en día no se encuentra en discusión la defensa y el cuidado del ambiente, por ser un derecho humano fundamental para garantizar la dignidad y estándares adecuados de calidad de vida de las personas. Y veremos como se ha ido reconociendo la importancia de planificación urbana, y la participación ciudadana en las decisiones estatales.

Es así que, en el siguiente apartado, trabajaremos cada uno de los puntos que hemos mencionados, con el objeto de demostrar que el funcionamiento, y principalmente, la efectividad de uno de estos aspectos y/o derechos depende de la vigencia de los demás.

Trabajar para que las ciudades sean planificadas colectivamente y tengan en cuenta parámetros y principios ambientales es más que fundamental si recordamos lo señalado por la ONU-HÁBITAT al abordar la problemática del cambio climático, "Las ciudades son las principales contribuyentes al cambio climático aunque representan menos del 2% de la superficie de la tierra, las

³ En la Conferencia de Viena de 1993 se dijo "Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa en pie de igualdad y dándole a todos el mismo peso...".

ciudades consumen el 78% de la energía mundial, y producen más del 60 % del total de dióxido de carbono así como un monto significativo de las emisiones de los gases del efecto invernadero; principalmente a través de la generación de energía, vehículos, industria y uso de la biomasa. Asimismo, las ciudades y pueblos son altamente vulnerables al cambio climático.” (UN-HABITAT, 2017). Asimismo, las ciudades resultan ser el espacio físico donde se puede apreciar de manera visible la expresión y realización de una enorme gama de derechos humanos, como así también la restricción de los mismos; teniendo en cuenta que el cumplimiento de estos derechos, fundamentales para el conjunto de personas que habitan las ciudades, dependerá y se encuentra absolutamente vinculado, con un adecuado nivel de vida de la población.

Una vez introducidos estos conceptos veremos que la defensa de los derechos y el acceso a la justicia en estos casos -donde al vulnerarse un derecho se ven afectados o disminuidos otros tantos-, debe ser vista con un enfoque jurídico más amplio que el del litigio individual y clásico, remarcando la necesidad de flexibilizar las normas procesales, permitir un rol del juez más proactivo, y trabajar arduamente en la ejecución integral de sentencias altamente complejas. Para mayor comprensión de ello, haremos referencia a la causa “Mendoza” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

b. Derecho a un ambiente sano. Derecho a la Ciudad. Participación Ciudadana. Conceptualización, reconocimiento y su vinculación.

El ambiente ha tenido un amplio reconocimiento tanto normativa como jurisprudencialmente, que ha sido plasmado no solo a nivel internacional, sino también en nuestro derecho interno, a través de la Reforma Constitucional llevada adelante en 1994, al incorporar Tratados Internacionales; la creación de las leyes relativas a la protección del medio ambiente, como la Ley General del Ambiente Nacional y la Ley Integral de Medio Ambiente y Recursos Naturales de la Provincia de Buenos Aires. Lo más reciente que se ha visto en relación a la materia en análisis, está vinculado a la sanción del Nuevo Código Civil y Comercial, que también ha dado tratamiento al ambiente y a su protección (a través de los arts. 1, 2, 14 y 240). Ello implica un gran paso y reconocimiento que permite garantizar los derechos del ambiente.

Las reformas más relevantes han sido introducidas en el año 1994 a la Constitución Nacional, reforma ésta que incorpora en su artículo 41, varias disposiciones sobre la temática ambiental en un sentido amplio, refiriéndose al derecho del hombre a un ambiente sano y apto para el desarrollo humano y sus actividades productivas, sin que se comprometa ni se afecte la calidad del ambiente para las generaciones futuras. En el mismo sentido, introdujo la obligación de las autoridades de cada jurisdicción a la protección de estos derechos, a velar por la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural, de la diversidad biológica, a la información y educación ambientales.

En materia de presupuestos mínimos de protección ambiental, la Ley N° 25.675, denominada Ley General del Ambiente, constituye el andamiaje institucional básico de interpretación de las leyes dictadas y las que se dicten en el futuro. En su art. 6° se definen los presupuestos mínimos (PPMM) señalando que *“Se entiende por presupuesto mínimo, establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional, a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable.”*

Tradicionalmente, cuando se hace referencia al ambiente, el mismo era relacionado con lo “natural” únicamente (recursos naturales como ríos o bosques), pero hoy en día la definición del mismo traspasa lo natural para identificarse con lo “artificial”.

Es así como se han comenzado a abordar problemáticas urbanas (llamado indistintamente Derecho Urbano, Derecho a la Vivienda, Derecho a la Ciudad, Acceso a un Hábitat Justo, entre otras), tanto doctrinal como jurisprudencialmente; y se ha ido admitiendo que lo urbano es inescindible de lo ambiental y viceversa.

Para poder comenzar a exponer con mayor profundidad y dar tratamiento al espacio que todas las personas habitan, es decir, las ciudades y los derechos a la ciudad, creemos importante brindar un concepto de qué se entiende como tal. Henri Lefebvre, en el año 1968, en su obra *Le Droit à la ville* (Derecho a la Ciudad), definió al mismo como el derecho de los habitantes urbanos a construir, decidir y crear la ciudad, y hacer de esta un espacio privilegiado de lucha anticapitalista, se refería a este derecho como uno de los derechos fundamentales que tiene el hombre, ya que para este autor implica la motivación de la sociedad civil a los fines de recrear la ciudad como una misión común y colectiva (Lefebvre Henri, 1968, Pág 123 a 139).

Adelantándonos en la línea de evolución, tanto en el derecho internacional, como así también en un marco interno, y desde una visión mucho más moderna, debemos mencionar que en la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad, en su apartado I, el que se denomina “disposiciones generales”, en su primer artículo y haciendo referencia al derecho a la ciudad, propiamente dicho, nos brinda una definición del mismo, entendiéndolo “como el usufructo equitativo de las ciudades dentro de los principios de sustentabilidad, democracia, equidad y justicia social. Es un derecho colectivo de los habitantes de las ciudades, en especial de los grupos vulnerables y desfavorecidos, que les confiere legitimidad de acción y de organización, basado en sus usos y costumbres, con el objetivo de alcanzar el pleno ejercicio del derecho a la libre autodeterminación y un nivel de vida adecuado.

El Derecho a la Ciudad es interdependiente de todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, concebidos integralmente, e incluye, por

tanto, todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales que ya están reglamentados en los tratados internacionales de derechos humanos.”⁴

La importancia de poner eje en las ciudades ha tenido varios hitos a nivel internacional, en 2002 mediante la resolución A/56/206 de la Asamblea General de la ONU, se dio origen a ONU-Hábitat, el Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos, que tiene como objetivo central promover poblaciones y ciudades sostenibles social y ambientalmente. También, se aprobó en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Vivienda y el Desarrollo Urbano Sostenible (Hábitat III) celebrada en Quito, Ecuador, el 20 de octubre de 2016 la “Nueva Agenda Urbana” como documento compilatorio de los principios, parámetros y responsabilidades estatales en materia urbana. Incluso en dicho marco el Secretario General de la Conferencia señaló que “En esta era en la que vivimos un crecimiento sin precedentes de la urbanización, y en el contexto de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, el Acuerdo París y otros acuerdos y marcos mundiales para el desarrollo, hemos llegado al momento decisivo en el que entendemos que las ciudades pueden ser fuente de soluciones a los problemas a que se enfrenta nuestro mundo en la actualidad, no su causa. Si está bien planificada y bien gestionada, la urbanización puede ser un instrumento poderoso para lograr el desarrollo sostenible, tanto en los países en desarrollo como en los países desarrollados.”

Es decir, la coyuntura actual, donde el fenómeno más relevante es el gran proceso de urbanización a nivel mundial – según datos oficiales de la ONU más de la mitad de la población hoy en día vive en ciudades⁵-, está generando que las cuestiones urbanas dejen de ser secundarias.-

En esta misma línea en la “Declaración de Quito sobre Ciudades y Asentamientos Humanos Sostenibles para todos”⁶ de ONU-Hábitat se señaló que “Según las previsiones, la población urbana mundial prácticamente se duplicará para 2050, lo que hará de la urbanización una de las tendencias más transformadoras en el siglo XXI. Las poblaciones, las actividades económicas, las interacciones sociales y culturales, así como las repercusiones ambientales y humanitarias, se concentran cada vez más en las ciudades, y ello plantea enormes problemas de sostenibilidad en materia de vivienda, infraestructura, servicios básicos, seguridad alimentaria, salud, educación, empleos decentes, seguridad y recursos naturales, entre otros”, lo cual reafirma que en las ciudades

⁴ Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad lo constituyó la Primera Asamblea Mundial de Pobladores, realizada en México en el año 2000, en la que participaron alrededor de 300 delegados de organizaciones y movimientos sociales de 35 países.

⁵ Según la División de Población del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la ONU (DESA) El 54 por ciento de la población mundial actual reside en áreas urbanas y se prevé que para 2050 llegará al 66 por ciento.

⁶ Que se inserta así en la Agenda 2030, que contiene los 17 Objetivos Desarrollo Sostenible.

se ven vulnerados una diversidad de derechos fundamentales, poniendo en riesgo la calidad de vida de la población en general.

En relación a la vinculación entre la cuestión urbana y la ambiental, en el mismo documento se ha dicho que "Imaginamos ciudades y asentamientos humanos que: a) Cumplen su función social, entre ellas la función social y ecológica de la tierra ... h) Protegen, conservan, restablecen y promueven sus ecosistemas, recursos hídricos, hábitats naturales y diversidad biológica, reducen al mínimo su impacto ambiental y transitan hacia la adopción de modalidades de consumo y producción sostenibles.", e incorpora como uno de los Principios esenciales "c) Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente..." y le dedica un capítulo exclusivo a la cuestión del "Desarrollo urbano resiliente y ambientalmente sostenible". Además, reafirma enfáticamente todos los principios de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en Río de Janeiro en 1992.

En la misma línea, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible 2015⁷, en su Objetivo Número 11 desarrolla las "Ciudades y comunidades sostenibles", e incluso en la Agenda 21 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo se le dedica un capítulo completo al "Fomento del desarrollo sostenible de los asentamientos humanos", donde, entre otras cuestiones establece la necesaria "Promoción de la integración de la infraestructura ambiental: agua, saneamiento, avenamiento y gestión de desechos sólidos" para poder cumplir con el objetivo general de los asentamientos humanos que es mejorar la calidad social, económica y ambiental de la vida de la población.

En definitiva, en los últimos años se puede observar un avance más que relevante en el reconocimiento de la necesidad de realizar una planificación urbana con parámetros ambientales, lo cual implica, como hemos adelantado, que el Estado al pensar las ciudades tenga en cuenta de qué manera lograr asentamientos humanos más resilientes. Incluso Taller y Antik han señalado que el derecho urbanístico "es un derecho de intervención, como manifestación del Poder de Policía que protege, entre otros bienes, la salud", el cual está íntimamente vinculado a un "ambiente sano" (Taller y Antik, 2011, p.84).

Dicha planificación urbana, debe contemplar también la participación ciudadana, concebida como una herramienta fundamental para la construcción de la democracia, reconocida como un derecho básico y precondition para la toma de decisiones estatales, debiendo ejercerse siempre en un marco de respeto a los derechos humanos–civiles, políticos, económicos, sociales y culturales– para lograr la superación de cualquier forma de exclusión o discriminación.

Precisamente queremos poner el eje en la ciudad como creación participativa,

⁷ La cual tuvo lugar del 25 al 27 de septiembre en la sede de la ONU en Nueva York.

lo que suele llamarse como "Gestión Democrática de la ciudad" - por ejemplo, en la Ley 14.449 de Acceso Justo al Hábitat de la Provincia de Buenos Aires-.

Pese a ello, suele ser complejo establecer un concepto único de participación que pueda abarcar todas las situaciones posibles, ello por cuanto, cada acción o decisión estatal y planificación pública, va a implicar una forma de participación distinta. Ello conlleva a que se denomine participación a una simple consulta, otras veces a instancias efectivas de toma de decisiones por parte de la comunidad, y en oportunidades suele incluirse también el trabajo previo de empoderamiento y acercamiento de conocimientos e información pública.

Es importante que el derecho a la participación ciudadana sea abordada con seriedad y amplitud, y con una mirada de derechos humanos y democracia para que la misma sea efectiva, teniendo en cuenta que debe analizarse cada caso en particular, para buscar la forma más adecuada y de esa forma pueda cumplir su finalidad. Pero, principalmente vale señalar que, uno de los presupuestos fundamentales es el efectivo acceso a la información ciudadana. El derecho a la información es un derecho fundamental con jerarquía constitucional reconocido en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. En efecto, el derecho internacional se ha consagrado el derecho a "buscar y recibir información" en los art. 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) y el art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), todos estos instrumentos ratificados por la República Argentina e incorporados a la Constitución Nacional en la reforma del año 1994 (art. 75 inc. 22). La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) a través de la Resolución 1932 reafirmó que: (...) *"toda persona tiene la libertad de buscar, recibir, acceder y difundir informaciones y que el acceso a la información pública es un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia, y que los Estados tienen la obligación de responder y hacer respetar el acceso a la información pública a todas las personas y promover la adopción de disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para asegurar su reconocimiento y aplicación efectiva"*.⁸ Asimismo, ello ha sido ampliamente reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Claude Reyes y otros c. Chile" de 2006.

De allí que, la participación debe entenderse como un procedimiento continuo y flexible, y no como una acción aislada. Esto implica que la misma debe incluir etapas previas de empoderamiento comunitario, posibilidad de acceso adecuado a la información, educación, mesas de trabajo comunitario, entre otras. Las instancias de participación implican también la necesidad de identificar quienes van a ser los sujetos destinatarios de la misma, veamos que no solo debemos tener en cuenta a los ciudadanos individualmente en su calidad de tales, sino también como integrantes de algún tipo de grupo en particular (mujeres, comunidad LGTBI, pueblos originarios, ancianos, inquilinos, personas que habitan en villas y asentamientos precarios, entre otros), así como a las organizaciones sociales que trabajan y/o defienden a los mismos.

⁸ AG/RES. 1932 XXXIII-O/03, 30/06/2003. www.oas.org

La participación de la sociedad civil en el diseño, planeación, ejecución y evaluación de políticas e instrumentos de gobierno no es nueva, y también está reconocida internacionalmente. Ya en el art. 2 de la Carta Democrática Interamericana se dijo que “El ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional.”⁹. Aún más, nuestra Carta Magna garantiza la publicidad de los actos de gobiernos y el derecho al acceso a la información y que dicho principio se encuentra garantizado, sin ningún tipo de duda, por la jerarquía constitucional que esta le aporta a los Tratados Internacionales del Art. 75 Inc. 22.

Como se puede observar la cuestión de la participación ciudadana, se encuentra atada de manos y pies, a lo que conocemos como el concepto de Democracia - requisito esencial para la existencia de un Estado de Derecho-, creemos importante recordar las ideas de Carlos Nino, que han sido explicitadas posteriormente por Roberto Gargarella en su artículo “La constitución de la Democracia Deliberativa según Carlos Nino” al decir que “la idea de Democracia sugiere que todas las cuestiones de interés público deben estar sujetas a la discusión (y que no hay, en tal sentido, “cotos vedados” a la discusión colectiva)” (Gargarella, 2015, Pág. 194). Se concluye así que cualquier modelo democrático robusto debe centrarse en la discusión plena y permanente de la ciudadanía en los asuntos públicos.

La necesidad de brindar adecuadas instancias de información, consulta y participación ciudadana se ve potenciada cuando entramos en el ámbito del planeamiento urbano.

Por ejemplo, en procesos de definición de planes de ordenamiento territorial locales o regionales, al determinar las características edilicias que debe tener las construcciones de una determinada zona, al definir parámetros vinculados al patrimonio cultural, en los procesos de rezonificación urbana, de la localización de industrias o basurales, en la realización de obras de infraestructura (red de agua, red eléctrica, sistema cloacal), en las obras viales para mejorar las conexiones urbanas, en los procesos de relocalización, entre otras.

Más aún, teniendo en cuenta que las decisiones territoriales tienen implicancias en el medio, es que resulta necesario recordar que el Principio N° 10 de Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992) señaló que, el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos que puedan estar interesados, para lo cual toda persona deberá tener acceso adecuado a la información de que dispongan las autoridades, así

⁹ Adoptada por aclamación en una Asamblea General extraordinaria de la OEA celebrada en Lima el 11 de septiembre de 2001.

como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. En junio de 2012, en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, Río + 20, diez países firmaron la Declaración sobre la aplicación del Principio 10 enunciado, la cual reconocía que los derechos de acceso a la información, participación y justicia en materia ambiental son esenciales para la promoción del desarrollo sostenible, de la democracia y de un medio ambiente sano.

También, se ha hecho referencia a esta vinculación de lo urbano, lo ambiental y la garantía de participación Ciudadana en la Agenda 21¹⁰, al establecer en el punto 7.4 que “El objetivo general de los asentamientos humanos es mejorar la calidad social, económica y ambiental de la vida en los asentamientos humanos y las condiciones de vida (...) Ese mejoramiento deberá basarse en actividades de cooperación técnica, en la cooperación entre los sectores público, privado y de la comunidad y en la participación de los grupos de la comunidad y los grupos de intereses especiales, como las mujeres, las poblaciones indígenas, los ancianos y los incapacitados.”

Además, la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad¹¹ tiene dicho que la gestión democrática de las ciudades, constituye para los gobiernos, un pilar fundamental. Estableciendo una clara e indiscutible guía para los estados a los fines de implementar y definir políticas urbanas, que sean incluyentes, que tengan como base la participación ciudadana en este modelo de desarrollo sostenible.

A nivel local, también comienzan a conjugarse normativamente estos conceptos, tanto es así que la Ley General del Ambiente aborda específicamente el ordenamiento ambiental del territorio (Art. 8, 9 y 10), contexto donde señala que ese proceso debe “promover la participación social en decisiones fundamentales del desarrollo sustentable”; incluso la misma, en sus Art. 19, 20 y 21, hace hincapié en la participación ciudadana en obras que alteren el ambiente - que suelen encontrarse vinculadas a cuestiones urbanísticas -, y que esa participación debe asegurarse a través de diferentes cuestiones a saber: evaluación del impacto ambiental, planes, programa, planificación, entre otras.

Tampoco podemos dejar de mencionar la Ley 14.449 de la Provincia de Buenos Aires de “Acceso Justo al Hábitat”, la cual no solo estipula como uno de sus Principios básicos la Gestión Democrática de la Ciudad - denominando así al proceso de toma de decisiones que asegure la participación activa, protagónica, deliberante y autogestionada de la comunidad en general - sino que además aborda específicamente la problemática ambiental - a modo de ejemplo vale recordar que la misma Ley prevé la necesidad de llevar adelante relocalizaciones en casos donde exista riesgo ambiental, así como determina

¹⁰ La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, y la Declaración de Principios para la Gestión Sostenible de los Bosques se firmaron por más de 178 países en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (UNCED), que tuvo lugar en Río de Janeiro, Brasil, 1992.

¹¹ Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad lo constituyó la Primera Asamblea Mundial de Pobladores, realizada en México en el año 2000, en la que participaron alrededor de 300 delegados de organizaciones y movimientos sociales de 35 países.

la necesidad de aplicar principios de eficiencia energética al momento de planificar Ciudades.

Incluso, la nueva relatora especial de la ONU sobre Vivienda, puso en cabeza de los Estados Partes la obligación para que velen por la participación significativa de las comunidades afectadas en las cuestiones relativas a la planificación y la vivienda, reforzando nuestra postura (Leilani Farha, 2014).

Este enfoque participativo ha sido abordado insistentemente en el marco Hábitat III, que hemos referenciado supra. Tal es así que, uno de los compromisos que asumen los países firmantes, indica “Nos comprometemos a fomentar un desarrollo urbano (...) poniendo fin a todas las formas de discriminación y violencia y empoderando a todas las personas y comunidades, facilitando al mismo tiempo su participación plena y significativa”, remarcando durante todo el documento la importancia de una gestión urbana plenamente participativa. Incluso, agrega una visión moderna de la participación al prever que se fomentará “la creación, promoción y mejora de plataformas de datos abiertas, de fácil acceso y participativas mediante el uso de instrumentos tecnológicos y sociales disponibles para la transferencia y el intercambio de conocimientos entre los gobiernos nacionales, subnacionales y locales y los interesados pertinentes, incluidos los agentes no estatales y las personas, a fin de mejorar la eficacia de la planificación y la gestión urbanas, su eficiencia y su transparencia mediante sistemas de gobierno electrónico, enfoques asistidos por tecnologías de la información y las comunicaciones y la gestión de la información geoespacial.”

De acuerdo a Milani, Raúl Alfredo en “Zonificación y Participación comunitaria”, debemos considerar esta temática desde una doble óptica: por un lado la principista o ideológica, es decir que la participación nos compete como derecho y como obligación de todo ciudadano (por vivir en una auténtica democracia); y por el otro instrumental, es decir, que nos corresponde como usuarios, refiriéndonos a quienes “usan” la ciudad, y el sentido es que participe quien usa, hace, siente, sufre y disfruta del ámbito urbano (Milani, Raúl Alfredo, 1983, Pág. 305-306).

En definitiva, todas las decisiones, acciones, planes, y políticas urbano ambientales, para estar legitimadas y corresponderse a un Estado de Derecho deben, necesariamente, contemplar instancias efectivas de información, consulta, y participación ciudadana.

II. Desarrollo. El caso “Mendoza”

a. Villa Inflamable: su grave riesgo ambiental y la ausencia de participación ciudadana.

Lo dicho conceptualmente hasta aquí puede ser analizado de manera mucho más concreta y acabada, a través del análisis de la realidad.

El caso estructural más paradigmático y con una gran cantidad de implicancias sociales, ambientales y urbanas, gira en torno a la causa “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual es el antecedente de litigio estratégico más significativo en materia urbano ambiental.

Es necesario recordar que la causa fue iniciada por un grupo de vecinos y trabajadores sociales de Villa Inflamable, Barrio que fue categorizado por la Corte como uno de los lugares con “grave riesgo ambiental” - junto con los asentamientos ubicados en el camino de sirga- de la Cuenca Matanza-Riachuelo, y por ende se determinó que es prioritaria su relocalización. Estamos, entonces, ante un típico caso urbano-ambiental, que por su trascendencia trastocó y generó cambios relevantes en el entendimiento de este tipo de conflictos.

Dicho Barrio se encuentra ubicado en las inmediaciones del Polo Petroquímico y Puerto de Dock Sud, en terrenos altamente contaminados por la actividad de las empresas allí instaladas, y es uno de los tantos barrios que se encuentran dentro de la Cuenca Matanza-Riachuelo, la cual recordemos, padece de una enorme contaminación, que ya es histórica. Se extiende por unos 64 km de largo, traspasa 14 municipios de la Provincia de Buenos Aires y parte de la Ciudad de Buenos Aires.

A esto debemos sumar que es una de las áreas social y ambientalmente más vulnerables del país donde el 55% de sus cinco millones de habitantes (13.5% de la población de Argentina) no tiene acceso a instalaciones de alcantarillado, el 35% carece de agua potable, y un gran número vive en villas o en asentamientos precarios (Peruzzotti, Enrique, 2013, p. 469).

El 20 de junio de 2006, en el marco de la causa “Mendoza”, la CSJN ordenó al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y al CoFeMa a que presenten un plan integrado que contemple un ordenamiento ambiental del territorio, un programa de educación ambiental y un programa de información ambiental, entre otros. Como consecuencia de ello, el 5 de septiembre de 2006 la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, en una audiencia pública ante la CSJN, expuso todo lo concerniente al Plan Integral de Saneamiento de la Cuenca Matanza-Riachuelo (PISA) que se había desarrollado a tal efecto.

De forma paralela, la ley N° 26.168 fue sancionada con fecha 15 de noviembre de 2006, creándose así a la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR)

como ente de derecho público interjurisdiccional en el ámbito de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Jefatura de Gabinete de Ministros. Entre las facultades otorgadas a ACUMAR se destaca la *“regulación, control y fomento respecto de las actividades industriales, la prestación de servicios públicos y cualquier otra actividad con incidencia ambiental en la cuenca, pudiendo intervenir administrativamente en materia de prevención, saneamiento, recomposición y utilización racional de los recursos naturales (...) Planificar el ordenamiento ambiental del territorio afectado a la cuenca”*.

De este modo quedó conformado el primer plan de ordenamiento ambiental para la Cuenca Matanza-Riachuelo, al mismo tiempo que se le daba creación a la Autoridad que se encontraría facultada para llevarlo adelante. Incluso, el PISA refiere que se llevará adelante la relocalización de la población de Villa Inflamable, indicando que dicho desalojo se encuentra previsto en el Plan de Urbanización de Villas y Asentamientos Precarios (PUVA). En efecto, ACUMAR señaló a Villa Inflamable como una de las que se halla en situación de mayor criticidad, destacando su proximidad al Polo Petroquímico y al centro de disposición final de residuos sólidos urbanos del CEAMSE y a las condiciones naturales de donde se encuentra emplazada.

En el fallo de la Corte, aunque puede haber quedado desdibujada por la variedad de obligaciones y responsabilidades que establece, la cuestión de la participación ciudadana fue tenida especialmente en cuenta, es así que vale recordar que en la sentencia de dictada en el 2012 el Tribunal Superior de la Nación resolvió - en relación a la orden de relocalizar el Barrio de Villa Inflamable por su alto grado de riesgo ambiental- que: *“Asimismo, deberá supervisarse el traslado de los vecinos de Villa Inflamable, resguardando su derecho participar en las decisiones que las autoridades encargadas adopten en el curso del proceso de reubicación.”*

Incluso, como vimos, la CSJN en su fallo de fecha 20 de junio de 2006, por el cual requirió la creación de un plan integrado ambiental, dispuso expresamente que debería promoverse *“la participación social en las decisiones fundamentales del desarrollo sustentable”* y crearse un *programa de información ambiental pública a todo el que la requiera, especialmente los ciudadanos del área territorial involucrada*. A lo que el juez de ejecución de dicha sentencia en fallo de fecha 22 de febrero de 2011 determinó *“la necesidad imperiosa de realizar en todas y cada una de las zonas de conflicto habitacional, un fuerte trabajo en materia de concientización social sobre los habitantes de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo”*. En tal sentido se requirió que se *“arbitren los medios necesarios a fines de dar inicio inmediato a los trabajos de concientización sobre los habitantes de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo”*. En el decisorio analizado incluso se ha reconocido expresamente el *“mas elemental principio de primacía de la realidad, el que se constituye como base del derecho ambiental y surge implícito del art. 10 de la Ley General del Ambiente N° 25.675”, por lo que “mal podría aspirarse a que las relocalizaciones previstas se ejecuten sin obstáculos, reticencias o dilaciones sin dar inicio desde ya con procedimientos de sensibilización y persuasión de la población, principalmente en función de dos vértices a todas luces fundamentales.”*

En ese contexto, pese a lo resuelto por la CSJN, y ante la falta de información fehaciente y de participación por parte de las autoridades, algunos vecinos juntamente con la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), promovieron acción de amparo colectivo contra la Municipalidad de Avellaneda y la Autoridad de la Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR) debido a la falta de información y participación en el proceso de relocalización señalado, y a su vez, requirieron que ambas entidades adopten las medidas necesarias con el objeto de establecer instancias efectivas, suficientes y directas de participación y consulta con los habitantes, con carácter previo a todas aquellas decisiones y acciones que se lleven a cabo vinculados con la urbanización de los barrios en el marco de la causa. Dicho amparo fue radicado ante el Juzgado de Ejecución de Primera instancia de la causa "Mendoza" donde deben radicarse todas las acciones vinculadas al proceso principal.

La pretensión de la parte actora fue resuelta de manera favorable, tanto por el Juzgado de Primera Instancia como por la Sala I, de Cámara Federal de San Martín, al resolver el Recurso de Apelación interpuesto por las demandadas.

En este sentido, vale recordar que la sentencia de primera instancia, dictada en noviembre de 2013, al resolver sobre si se había cumplido o no con efectivas instancias de participación ciudadana en el proceso de relocalización de los vecinos señaló que, los criterios internacionales de protección "deben, a su vez, extremarse en la situación que nos ocupa, puesto que frente a la ejecución del Plan Integral de Saneamiento de la cuenca, probablemente la obra colectiva ambiental más ambiciosa que como sociedad nos hayamos planteado, las exigencias de participación democrática son mayores, y no pueden ser obviadas con meras alegaciones formales..."; asimismo - siguiendo lo expuesto por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) que participó del proceso como amicus curiae - se indicó que "...los habitantes de Villa Inflamable tienen derecho a ser consultados y participar con la debida y oportuna información de todas las decisiones e instancias atinentes a su mudanza a otro sitio, así como exigir que se adopten todos los recaudos necesarios para que dicha medida no afecte sus derechos fundamentales. La contracara de ese derecho es la obligación de la Municipalidad de Avellaneda y de la ACUMAR de establecer los mecanismos, producir y brindar la información que resulte necesario para fomentar y permitir el efectivo goce de dicho derecho."

Queda demostrado entonces cómo los estándares de participación ciudadana deben agudizarse e intensificarse en casos donde puede existir una afectación al entorno urbana ambiental.

Incluso resta recordar que un aspecto esencial del derecho a una vivienda digna y adecuada es el derecho de toda persona o grupo afectado, a que se establezcan instancias de consulta y participación en todo proceso en el que se adopten decisiones que los involucren. En este sentido, el Comité DESC considera que es poco probable que sea eficaz una política o un programa que

se formule sin la participación activa de los afectados o sin su conocimiento de causa. Refiriéndose a las políticas de vivienda en particular, el Comité DESC ha expresado en la Observación General Número 4 que, para resultar eficaz, debe reflejar una consulta extensa con todas las personas afectadas y su participación, incluidos quienes no tienen hogar y quienes están alojados inadecuadamente.

b. El nuevo paradigma procesal a partir de la causa "Mendoza". El rol del juez y la necesidad de flexibilizar el proceso judicial para garantizar Ciudades democráticas y sostenibles.

Como hemos vislumbrado, las particularidades de estos casos nos llevan a tener que cambiar la visión del derecho - en cajitas separadas- para comenzar a verlo como una integralidad -en base al principio de indivisibilidad que hemos referido supra-, y en especial, nos obliga a cambiar la metodología jurídica. Es así como, se complejizan muchos de los procesos judiciales para lograr un efectivo acceso a la justicia en casos urbano ambientales, ya que estos comienzan a tener características propias al formar parte de lo que se conoce como litigio estructural y/o litigio de interés público.

Ello es así, en primer lugar, por la cantidad y variedad de pretensiones que deberían incluirse en una misma acción judicial en los casos urbano-ambientales que ya hemos explicitado detalladamente, por el universo de derechos que se ven vulnerados, y la variedad de sujetos afectados. Además, la urgencia que suele existir en la resolución de las pretensiones por la afectación de derechos básicos para garantizar un mínimo de estándar de vida adecuada - imaginemos la situación de familias carenciadas asentadas a la vera de un río que sufren una inundación - ; la dificultad que puede existir para determinar con precisión a los legitimados tanto pasivos (distintas esferas estatales y sujetos privados) como activos (ciudadanos, vecinos, afectados, organizaciones sociales, entre otros); incluso los medios de prueba suelen ser complejos y técnicos, por lo cual serán necesarios especialistas en distintas temáticas que asesoren al juez e incluso a las partes. Asimismo, no podemos olvidar lo dificultoso que suele ser lograr que las mismas sentencias sean ejecutadas de manera adecuada.

Es así que un elemento central a analizar es el acceso a la justicia, que tiene un amplio consenso y reconocimiento internacional, precisamente fue explicitado en Rio + 20, donde se ha dicho que uno de los elementos esenciales para la promoción del desarrollo sostenible, de la democracia y de un medio ambiente sano, además de la información y participación, es la justicia ambiental. El sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Por ello se admite comúnmente que poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho.

Es necesario llevar adelante acciones para vencer, eliminar o mitigar los obstáculos que suelen existir para acceder a la justicia, ello por cuanto la desigualdad situación económica o social de los litigantes, se refleja en una

desigual posibilidad de defensa en juicio, y uno de los principales aspectos estado por los obstáculos económicos o financieros. En este sentido el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) se ha referido a la existencia de obstáculos para la exigibilidad de los DESC, por la falta de mecanismos adecuados para su tutela, ya que las acciones judiciales tipificadas por el ordenamiento jurídico han sido pensadas, tradicionalmente, para la protección de los derechos civiles y políticos clásicos. La falta de recursos adecuados y efectivos en el orden jurídico interno de los Estados para tutelar los DESC, vulnera las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Es decir, el reconocimiento de los DESC conduce a reconocer la necesidad de contar con mecanismos adecuados y efectivos de reclamo de estos derechos de índole individual y colectiva. Cabe recordar en este punto que el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece el deber estatal de crear un Recurso sencillo, rápido y efectivo para la protección y garantía de los derechos humanos, por eso se delinearón estándares de ello para los DESC.

Más allá del proceso en sí, se necesita un juez protagónico y proactivo, que flexibilice las formas, que actúe en el marco del principio precautorio y preventivo, en pos de salvaguardar los derechos fundamentales afectados ante la omisión estatal de cumplimentar de manera adecuada, y de acuerdo a los parámetros necesarios, una gestión democrática y sustentable de la Ciudad que respete derechos.

Incluso, en relación a lo referenciado precedentemente, el juez debe tender a garantizar el acceso a la justicia, teniendo en cuenta especialmente, que este tipo de problemáticas tienden a afectar a grupos tradicionalmente vulnerados y con mayores obstáculos para obtener una tutela judicial efectiva. Por cuanto, su actuación debe ser siempre laxa y amplia, y no restringida ni atada a las normas.

Por último, pero no por ello menos importante, cabe señalar lo dificultoso que suele ser ejecutar las sentencias que tienen a la resolución de este tipo complejo de pretensiones, la necesidad de contar con especialistas y técnicos, lo complejo de establecer índices que midan los avances en el cumplimiento de sentencia de manera adecuada, y el tiempo que suele llevar efectivizarla. Es así que la resolución dictada como consecuencia de la última Audiencia llevada adelante en el marco de la causa Mendoza se resolvió, entre otras cosas "Que en la audiencia pública celebrada el 30 de noviembre de 2016, se han constatado deficiencias en el cumplimiento del programa establecido en el pronunciamiento dictado por el Tribunal. ... Ello obliga a esta Corte a adoptar las medidas necesarias para el inmediato y más eficaz cumplimiento de la sentencia. 3°) Que en función de ello, corresponde requerir a la Acumar, que establezca

un sistema de indicadores que, conforme a los criterios internacionales de medición disponibles, permita -en un plazo perentorio de tres meses- medir el nivel de cumplimiento de los objetivos fijados por la sentencia en ejecución.”

La causa “Mendoza” es un típico caso donde la mala gestión urbana ambiental estatal, sumada a la falta de información y participación ciudadana, produjo la violación de todo tipo de derechos fundamentales de miles de personas, y por ende, es el caso testigo que puso en práctica esta idea de escaparse de los parámetros del proceso tradicional.

Ante tal situación el Tribunal procedió en primer lugar a flexibilizar el proceso, se denegó la excepción planteada por defecto legal de la demanda - incluso la Corte puso de resalto numerosas deficiencias del escrito de demanda - y se intimó a la actora a readecuar la misma por haberse planteado de forma insuficiente . Vale remarcar que en materia urbano ambiental ello fue aplicado posteriormente por varios jueces inferiores, tales como sucede en la causa “Creciente, Marcela C. TGLT SA Y ot. Causa N° 492-2” donde se demanda por la urbanización del Barrio El Garrote, donde el Juzgado solicitó a los actores que readecúen las pretensiones y reformulen la demanda.

Debe tenerse presente que, en la causa “Mendoza”, el Tribunal, para poder simplificar el proceso y aplicar el principio de celeridad, decidió que debían ser modificadas las formas de notificación a las empresas demandas y contestación de demanda, debido a la gran cantidad de sujetos privados demandados. Generando un sistema más sencillo y ágil, en pos de la salvaguarda de los derechos vulnerados. Para ello solicitó informes a las mismas, y estableció que los mismos debían ser expuestos ante el Tribunal.

Asimismo, debido a la variedad de pretensiones que se presentaban en el objeto de dicha demanda, la Corte - en su sentencia del 20 de Junio de 2006- resolvió que las reclamaciones individuales de las personas afectadas deben canalizarse ante los tribunales competentes, que pueden ser los tribunales federales o provinciales inferiores, de acuerdo con el territorio y de conformidad con las normas del proceso individual. Dejando bajo su competencia originaria solo las pretensiones sobre el daño de incidencia colectiva, por ser el “único reglado y alcanzado” por la Ley General del Ambiente N° 25.675.

Durante todo el proceso la Corte asumió el rol protagónico y proactivo, vale agregar a lo dicho que, solicitó informes que no habían solicitado las partes para poder conocer con mayor precisión las situaciones fácticas del caso, convocó a audiencias públicas y estableció la necesidad de crear un organismo responsable de cumplimentar la sentencia (creándose así la ACUMAR por Ley 26.168), sobre el cual impuso una variedad de obligaciones, que implican desde el abordaje de la disposición de residuos sólidos urbanos, limpieza del riachuelo y sus márgenes, relocalización de familias en grave riesgo ambiental, la realización de obras de infraestructura, el control adecuado sobre industrias cercanas a la cuenca, entre otras.

En el pronunciamiento de fecha de 24 de agosto de 2006, el Tribunal esclareció la condición que indeclinablemente le asiste de director de dicho proceso, y enfatizó que fueron las circunstancias y características del objeto del proceso, que le permitió que se hayan morigerado ciertos principios vigentes en el tradicional proceso civil, y se hayan elastizado las formas rituales.

En la misma línea es dable destacar, que al resolver en fecha 19 de febrero de 2015, recordó que en Fallos: 329:3493, el cual estableció que en asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental las reglas procesales deben ser particularmente interpretadas con un criterio amplio que ponga el acento en el carácter meramente instrumental de medio a fin, revalorizando las atribuciones del Tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del "juez espectador".

Por último, determinó la competencia de juzgados federales de primera instancia con competencia en la cuenca para que controles la ejecución de sus mandas, entre otras decisiones que permitieron vislumbrar la necesidad de escaparse del proceso judicial clásico para poder garantizar un nivel de vida adecuado de la población. Así resolvió, en el considerando 20 de fallos 331:1622, que "para preservar, además, un significativo grado de inmediatez de la magistratura con los sujetos del caso, lleva al Tribunal a considerar apropiado atribuir la competencia para la ejecución de la presente... en un juzgado federal de primera instancia..." y agregó en el considerando 21 que "dicho tribunal tomará intervención en la revisión judicial que se promueva impugnando las decisiones de la ACUMAR".

Aún más, en el caso "Kersich c. ABSA SA S.amparo. CSJ 42/2013 (49-K) Recurso de Hecho", dictado el 2 de Diciembre de 2014, y recordando la misma Corte su actuación en "Mendoza", señaló en el considerando 10 que "los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales..." y agregó que, "tratándose de un caso ambiental los jueces tienen amplias facultades en cuanto a la protección del ambiente y pueden ordenar el curso del proceso, e incluso darle trámite ordinario a un amparo, o bien dividir las pretensiones a fin de lograr una efectiva y rápida satisfacción en materia de prevención...", tengamos en cuenta que el agua potable está incluido dentro del derecho a la Ciudad y a la Vivienda.

En definitiva, no podemos negar que exista un nuevo paradigma en la planificación de ciudades, y que el mismo no solo imponga obligaciones en cabeza del poder ejecutivo, sino que también modifica el rol del poder judicial

que debe correrse del proceso clásico, para flexibilizarlo en pos de lograr ciudades más justas que respeten los derechos humanos.

III. Conclusión. Gestión democrática y Sostenible de la Ciudad

En definitiva, los ejes de este trabajo han sido la cuestión urbana, la problemática ambiental y la participación ciudadana; conceptos que pueden simplificarse en un postulado que llamaremos “Gestión democrática y sostenible de la Ciudad”, el cual tiene una gran importancia de dicho paradigma para el logro de ciudades menos desiguales.

En los apartados anteriores hemos querido remarcar la importancia que reviste la planificación de Ciudades con un enfoque de derechos, para poder garantizar adecuados niveles de vida para toda la población, permitir el acceso a derechos fundamentales de manera igualitaria y sin discriminación, con especial atención a cuestiones de género, personas con discapacidad, y grupos vulnerables; y la complejidad que implica lograr gestiones democráticas y sostenibles de la ciudad, así como las consecuencias nefastas para los derechos fundamentales si ello no se cumplimenta de manera adecuada. Y también hemos trabajado los parámetros ideales que deben tenerse presente al momento de promover planes urbanos sostenibles y participativos

Recordemos que, la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos se evidencia en extremo en espacios urbanos (ciudades), ello por cuanto aquellos se encuentran en contacto continuamente. Es fácil advertir entonces que, cuando garantizamos un derecho fundamental, como es el derecho de acceder a un hábitat digno, estamos al mismo tiempo garantizando otra serie de derechos básicos para un nivel de vida adecuado, como el acceso a la salud, a la educación, al trabajo, a un ambiente sano, derechos a la niñez, a la vestimenta y alimentación adecuada, y muchos otros.

Lamentablemente, la realidad nos indica que la Ciudad es un espacio donde conflictúan, se restringen y se alteran constantemente derechos fundamentales, lo que se ve potenciado cuando existen acciones ineficaces u omisiones estatales en la planificación democrática y sostenible de la Ciudad. Imaginemos distintos supuestos de lo dicho, tales como el traslado de grupos de personas por riesgo ambiental o sanitario, obras públicas de magnitud que afectan el entorno urbano, la ausencia de control Estatal de industrias mal localizadas que contaminan recursos naturales vitales para la vida, casos de catástrofes naturales generadas por la mala planificación estatal de ciudades o zonas (como las inundaciones producto de no respetar los cauces de los ríos al desarrollar barrios privados), así como la ausencia de información y participación adecuada de la ciudadanía que empeora la realidad, todo lo cual nos lleva a concluir que no podemos aplicar las reglas de un proceso judicial clásico cuando estos casos son llevados a la justicia.

Las cuestiones urbano-ambientales suelen ser complejas, dinámicas, variadas. Ello implica que el presupuesto de acceso a la información pública debe estar garantizado en extremo en estos casos para poder llevar adelante verdaderas instancias de consulta y participación ciudadana. Creemos que comunidades empoderadas participan más y mejor. En esta misma línea la ya mencionada Nueva Agenda Urbana, que es el documento guía para el correcto desarrollo urbano sostenible en las próximas décadas, al enumerar sus principios y compromisos, se refiere al fortalecimiento a través de instituciones y mecanismos sólidos, que empoderen a los interesados de las zonas urbanas y en forma conjunta mecanismos de control a los fines de facilitar coherencia en los planes de desarrollo para promover de esa forma la inclusión social, el crecimiento económico sostenido y sostenible y la protección del medio ambiente.-

Para poder cumplir con tales cometidos es que tanto los procedimientos administrativos, como los procesos judiciales, deben correrse de sus lógicas tradicionales, en pos de una mejor atención a cada caso en particular, asegurando, no solo la información, sino también la participación en decisiones estatales que afecten o modifican el lugar en el que viven las personas, y como ya señaláramos oportunamente, que son esos individuos, integrantes de una sociedad, quienes sienten, viven, sufren y conocen de las circunstancias particulares de cada caso.

En definitiva, los conceptos de urbanismo, ambiente y participación se unen a tal punto que uno no podría existir sin el otro. Así como tampoco podemos pensar en garantizar derechos humanos sin desarrollar ciudades resilientes ambientalmente a partir de la participación ciudadana.

V. Bibliografía

- Abramovich, Victor/ Courtis, Christian (2000) "El Acceso a la Información como Derecho", Anuario de Derecho a la Comunicación; Año 1 Vol.I; Editorial Siglo XXI, Buenos Aires.
- Abramovich, Victor y Courtis Christian, (2006) "El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado Social Constitucional". Editores del Puerto, Buenos Aires.
- Borja, Jordi (2015) "El urbanismo frente a la ciudad actual: sus desafíos, sus mediaciones y sus responsabilidades", recuperado de <http://www.plataformaurbana.cl/archive/2016/03/07/el-urbanismo-frente-a-la-ciudad-actual-sus-desafios-sus-mediaciones-y-sus-responsabilidades-parte-iii/>
- Cockburn, Julio Calderón (2014) "Miradas Ensayos Sobre Enfoques, Políticas y Estudios Urbanos", Red de Investigación Urbana A.C, recuperado de <http://www.rniu.buap.mx/>
- Fernandes, Edesio y Varley, Ann (2003) en "Ciudades Ilegales" La ley y el urbanismo en países en vías de desarrollo. Ed. PROMESHA.
- Gargarella, Roberto (2015) "La constitución de la Democracia Deliberativa según Carlos Nino", Comentarios Bibliográficos, Revista Jurídica.
- Gálvez, Rosa, Safar (2009) "Participación ciudadana". En Jurisprudencia Argentina, Tomo 4, Octubre-Diciembre, Editorial Abeledo Perrot
- Harvey, David (2012) "Ciudades Rebeldes. Del derecho de la ciudad a la revolución urbana" recuperado de www.cronicon.net/paginas/Documentos/CIUDADES_REBELDES.pdf
- Lefebvre, Henri (1968), "El derecho a la ciudad", Ediciones Península.
- Leilani, Farha, (2014) "Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto", Asamblea General de las Naciones Unidas, A/HRC/28/62.
- Milani, Raúl Alfredo (1983) "Zonificación y Participación comunitaria", en "Derecho y planeamiento Urbano", Editorial Universidad.
- Peruzzotti, Enrique, (2013) "La articulación de mecanismos sociales y horizontales: el caso matanza-riachuelo como una forma novedosa de ejercer la rendición de cuentas", en Bercovich-Maurino "Los Derechos sociales en la gran Buenos Aires", Eudeba.
- Reese, Eduardo (2006) "La situación actual de la gestión urbana y la agenda de las ciudades en la Argentina", en obra colectiva Medio Ambiente y Urbanización; Ed. IIED - AL, Número 65.
- Sabsay, Daniel Alberto y Tarak Pedro, (1997) "El acceso a la información pública, el ambiente y el desarrollo sustentable.", FARM, Fundación de Ambiente y Recursos Naturales.
- Taller Adriana, Antik Analía (2011) "Curso de derecho urbanístico", Ed, Rubinzal Culzoni, Santa Fé
- UN-HABITAT, (2017) "El Cambio Climático" recuperado de <https://es.unhabitat.org/temas-urbanos/cambio-climatico/>
- UN-HABITAT (2016), "La Nueva Agenda Urbana" recuperado de <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/habitat3/>
- Verbic, Francisco. (2013) "El remedio estructural de la causa "Mendoza". Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación." ANALES N° 43 - Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.N.L.P recuperado de http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/33771/Documento_completo.pdf?sequence=1

EL SISTEMA DE JUSTICIA FRENTE A LA DIFUMINACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

Gustavo CAMELO¹

Resumen: El propósito de este trabajo es el de analizar la desaparición del "derecho privado" como una categoría útil para el análisis de las relaciones y los conflictos planteados entre los particulares y se propone reemplazarla por la de "derecho civil", más clara para los destinatarios de las normas y comprensiva de las temáticas y problemas tradicionalmente abordados por aquel "derecho privado". Para establecer la conveniencia de ese cambio, se analizan las modificaciones producidas en el último siglo en el sistema jurídico que rige en las relaciones entre particulares, por el desarrollo del sistema internacional de derechos humanos y el impacto de la tecnología en el medio social. Finalmente, se evalúan casos judiciales cuya resolución se alcanzó aplicando una perspectiva constitucional y convencional de valoración del conflicto, acorde con el cambio que se describe.

Palabras clave: Democracia, Derecho Civil, Órganos judiciales, Formación profesional.

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the disappearance of "private law" as a useful category for the analysis of relationships and conflicts raised between individuals. On the contrary, it is proposed to use the "civil law" to address the problems traditionally approached by that "private law". In order to establish the convenience of this change, we analyze certain modifications produced in the last century, namely: the rules that govern relations between individuals, the development of the international human rights system and the impact of technology on the society. Finally, we evaluate some judicial cases in which the conflict was addressed from a constitutional and conventional perspective, according to the change that is described.

Keywords: Democracy, Civil Law, Judicial branch, Professional training.

¹ Juez de primera instancia en materia civil, Poder Judicial de la Nación Argentina; Profesor Adjunto Regular de Contratos Civiles y Comerciales (UBA); Profesor Titular Interino de Contratos (UNDAV). Profesor de Posgrado (UBA). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Correo-e: gcaramelo@gmail.com.

1. Introducción:

La categoría "derecho privado", con la que trabajamos por tiempo en el derecho argentino, se fraguó en un molde del siglo XIX. Entonces, y por buena parte del siglo XX, resultó una herramienta idónea para encuadrar y explicar un subsistema de normas diferenciado que se correspondía con la realidad de una sociedad de matriz patriarcal, en la que el mundo de las relaciones privadas aparecía notoriamente diferenciado del de las relaciones abarcadas por el derecho público. Pero hoy, esa categoría, que por cierta inercia se sigue empleando en el mundo académico, ya no resulta apta para abordar y explicar la complejidad del fenómeno jurídico vinculado con las relaciones entre particulares; por el contrario, confunde y oscurece.

Entendemos que existen razones fundadas para sustituir tal concepto por el de "derecho civil", en sentido amplio, y afirmamos que ese cambio no se limita a una cuestión meramente semántica, pues las palabras son caballos de Troya de las ideas y en este tema la falta de correspondencia entre significante y significado es fruto de un proceso histórico y cultural del que procuraremos dar cuenta en los siguientes párrafos, a fin de analizar la proyección de sus efectos en la actividad actual del sistema de justicia.

2. Desarrollo:

2.1. La Argentina del derecho privado:

Vélez Sarsfield era un jurista con intensa vida política². Diseñó un cuerpo normativo a la medida de la ideología del sector político y de la clase a la que pertenecía, destinado a crear un nuevo "sujeto político" que como parte de cierto voluntarismo "civilizatorio", reemplazara a la "barbarie", lo que puso de manifiesto en su famosa polémica con Alberdi.

Su proyecto de código civil, aprobado a libro cerrado en el Congreso Nacional, fue impuesto a la población como un sistema legal que se apartaba notoriamente de las normas y las costumbres hasta entonces aplicadas en el territorio nacional. El resultado de su trabajo daba cuenta de una visión patriarcal de la sociedad, en la que el padre regía fuertemente la vida de sus hijos y esposa, concebida como una incapaz de hecho relativa; distinguía entre hijos legítimos e ilegítimos, nacidos dentro y fuera del matrimonio, y preveía un régimen diverso en materia sucesoria para unos y otros; establecía una porción legítima hereditaria alta, que aseguraba la perduración de la propiedad de la tierra entre integrantes de los grupos familiares a que aquéllas pertenecían; no legisló el instituto de la lesión subjetiva - objetiva ni el abuso de derecho o la alteración sobreviniente de las circunstancias tenidas en consideración al tiempo de contratar, porque entendía que lo contractual era esencialmente justo; entre otros aspectos que ponían en evidencia que el derecho es una herramienta de la política y que el código civil fue diseñado de acuerdo a las necesidades de los sectores hegemónicos en el país de ese fin de siglo.

² Cuando se le encargó el proyecto de código civil era ministro de hacienda de Mitre y cuando lo presentó, ministro del interior de Sarmiento.

¿Cómo era el diseño del sistema de justicia que respondía a esa concepción de las cosas?, pues escrito, en un país en el que, según el primer censo nacional, el 77,4 % de la población era de personas analfabetas, lo que establecía un obstáculo relevante para las posibilidades de acceso a la Justicia de la mayoría de la población. La principal cualidad de la que debía gozar una persona para poder decodificar y acceder a lo que ocurría en los estrados judiciales era la de saber leer y escribir, de allí que se impusiera para los abogados la denominación de “letrados”, si además sabía derecho, tanto mejor. El sistema procesal adoptado, con numerosas modificaciones posteriores, fue y sigue siendo en alguna medida críptico, incomprensible para la gente no iniciada en los secretos de los rituales y en los rezos laicos, y a veces no tan laicos, del lenguaje de los tribunales, plagado de latinismos innecesarios, de deformaciones gramaticales y de expresiones lejanas al lenguaje común de la población. El dispositivo de la justicia civil pasó a ser un ámbito para la gestión de los intereses y de los conflictos de los sectores económicos medios y altos de la población, que dirimían allí sus cuestiones familiares, sucesorias y contractuales. Si se tramitaba un desalojo –lo que no siempre ocurría, pues a menudo los propietarios lo acordaban con el comisario de la zona, como lo pusieron en evidencia las protestas de la denominada “huelga de inquilinos” de 1907–, el proceso avanzaba con la finalidad central de restituir la tenencia de la cosa al propietario y sin consideración alguna por la situación de quienes serían desalojados. Recién con el tiempo, y por vía de las transformaciones del derecho de daños, comenzaron a ser parte en los procesos otros sectores de la población, de menores ingresos o situación social más desaventajada.

2.2. Los cambios profundos del siglo XX:

El desarrollo del Derecho durante el siglo XX puso en crisis el proyecto moderno de regulación, en un primer momento por el desarrollo de los Estados de Bienestar y en un segundo término, por la llamada globalización, que generó la pérdida de poder de los Estados Nacionales y la reafirmación del mercado como el nuevo espacio hegemónico de regulación social (TEDESCHI, 2001).

Tras la Primera Guerra Mundial, pero en especial, tras la denominada crisis del 30, diversos países desarrollaron políticas de intervención en la economía, las que en ocasiones dieron lugar a tensiones entre un sistema judicial conformado para responder a los intereses de un sector de la población, a una visión liberal del mercado y de las cosas públicas, y la nueva orientación de los gobiernos. La legislación protectoria establecida por dichas políticas generó un avance de lo público sobre lo privado, convalidado por la mayoría de los sistemas judiciales de los países en los que fue aplicada³.

Durante la Segunda Guerra Mundial se produjeron cambios sumamente profundos, de los que mencionaremos sólo los que consideramos de mayor relevancia para este análisis: i) la dimensión del conflicto determinó que

³ En nuestro país, ello se hizo explícito en fallos de la Corte Suprema de Justicia como “Ercolano vs. Lanteri de Renshaw”, Fallos 136:161; “Horta vs. Harguindeguy”, Fallos 137:47; “Avico vs. De la Pesa”, Fallos 172:21, entre muchos otros.

involucrara masivamente a las sociedades y así fue que las mujeres tuvieron roles imprescindibles en el esfuerzo de guerra y ocuparon en la industria, la administración, el comercio y la enseñanza los roles que dejaron vacantes los hombres movilizados al frente y ese cambio se instaló en forma permanente de allí en adelante; ii) las atrocidades cometidas por los nazis con los chicos polacos determinaron que Polonia presentara a la consideración de las Naciones Unidas el proyecto de convención sobre los derechos del niño y que se acentuaran los esfuerzos que se venían realizando en el marco de la OIT para proteger a las niñas, niños y adolescentes de la explotación laboral; iii) a partir de 1942 se produjo masivamente la Penicilina, descubierta por Sir Alexander Fleming en 1928, lo que determinó una mejora sustantiva en las posibilidades de supervivencia de los integrantes de la especie, en especial de los chicos y de las madres en el postparto y iv) los avances en la tecnología militar se volcaron al uso civil al culminar el conflicto y ello permitió contar con mayores y mejores métodos de diagnóstico y de tratamiento para las enfermedades, lo que ha venido desde entonces incidiendo en la expectativa de vida de la población.

Al culminar la guerra se estableció la necesidad de desarrollar instrumentos de derecho internacional que posibilitaran el despliegue de una perspectiva humanitaria para la protección de los más vulnerables y así fue que se desarrollaron sistemas normativos y órganos de control y decisión tanto en el ámbito global como regional. Se implementó un sistema internacional de derechos humanos, derivado de los cambios expuestos, el que en gran medida actuó como catalizador del que se denomina habitualmente como “proceso de constitucionalización del derecho privado”, expresión que suena absurda en un sistema en el que rige la jerarquía normativa establecida en el artículo 31 de la Constitución Nacional, pero que da cuenta del quiebre de la endogamia que por largo tiempo fue un rasgo, negativo, del derecho privado argentino, en el que no se invocaba a la Constitución casi más que para garantizar el derecho a la propiedad privada u otros vinculados con la estructura de poder familiar y social antes mencionada⁴ y que atendía a una concepción formal del derecho a la igualdad, que fue la tenida en consideración por Vélez al proyectar el código civil, presuponiendo una por lo general inexistente igualdad de los contratantes. Tal disociación entre el mundo de lo privado y la norma constitucional es propia de países que, como el nuestro, han sufrido interrupciones en la vigencia de las instituciones democráticas de gobierno, generadas por dictaduras cívico-militares, en las que, como fruto de la disciplina social impuesta desde el poder, la Constitución pierde su función, valor y eficacia como norma suprema y comienza a ser percibida por los habitantes del país sólo como un documento histórico, que no se invoca, o como una suerte de programa, de anhelo de lo posible (GARCIA DE ENTERRIA, 1984).

⁴ La importancia del derecho de propiedad en la Constitución Nacional de 1853-60 se desprende de la circunstancia de verificar que mientras no se hizo en ella mención a los derechos a la vida o a la salud, el derecho de propiedad fue establecido en los artículos 14, 15 y 17, el segundo de los cuales preveía la libertad de los esclavos entonces subsistentes en el territorio nacional, así como la indemnización de sus propietarios. Si bien los referidos derechos no mencionados deben considerarse implícitos en ese texto, la elección entre qué expresar y qué dar por implícito es una clara decisión política de quienes no podían desconocer la fuerza performativa del lenguaje.

Sobre el tramo final del siglo, los desarrollos tecnológicos y las necesidades de los mercados masivos, bajo un rediseño político del esquema de poder, condujeron a una nueva forma de vinculación entre sociedades, países y mercados, habitualmente conocida como “globalización”; que no se ciñe sólo a aspectos de mercado (PISARELLO, 2007) sino que abarca también la circulación de información y de contenidos culturales.

En el contexto de esa globalización se produjeron también notorios cambios, con incidencia directa en la modificación de derechos que no pueden hoy ser analizados con criterios del siglo pasado, pues la tecnología y la vinculación de las personas en redes que detectan, almacenan y utilizan información sobre los intereses personales, ha cambiado notoriamente la perspectiva de qué debe, por ejemplo, considerarse comprendido por la garantía constitucional del derecho a la privacidad.

Si bien se habla de constitucionalización del derecho privado, con mayor precisión técnica cabe referirse a convencionalización del derecho civil. Es que lo que mueve hoy las antiguas estructuras de las normas que rigen básicamente las relaciones entre los particulares es la penetración en su ámbito de las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos, cuestión con relación a la cual el Código Civil y Comercial introdujo dos disposiciones relevantes, pues en el artículo 1 estableció que los casos que se planteen con relación a sus normas deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables y conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República es parte; mientras que en el artículo 2 se determinó que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta, entre otros elementos, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, todos ellos y no sólo los que tienen entre nosotros nivel de jerarquía constitucional.

2.3. Los cambios en el sistema normativo aplicable a los vínculos entre particulares:

2.3.1. El cambio en la concepción del principio de igualdad:

Se trata del principal cambio operado en el universo jurídico.

Por tiempo, los derechos de los que gozaban las personas se encontraban directamente asociados a su posición en la estructura social. Quienes detentaban mayor jerarquía o poder, gozaban de mayores derechos que no eran reconocidos a todos por igual. La Revolución Francesa atacó ese sistema por medio de una idea política devenida luego en principio constitucional: la de igualdad de los sujetos ante la ley, sin importar su posición social. El igualitarismo formal significó así la unicidad del sujeto (TEDESCHI, 2001). Esa concepción penetró en muchos de los sistemas normativos posteriores y en la regla igualitaria del artículo 16 de la Constitución Nacional, de vertiente diversa.

Nuestra Corte Suprema de Justicia sostiene desde 1875 que la igualdad de trato ante la ley implica la obligación del Estado de tratar igual a aquellas personas que se encuentran en igualdad de circunstancias, pues se reconoce al Estado la facultad constitucional de tratar a las personas de modo diferente, siempre y cuando ello se funde sobre un criterio justificado (SABA, 2016).

Pero el problema ha sido que, tanto por cómo se concibieron los derechos, como por la organización del sistema institucional, el liberalismo que nutría tal concepción terminó afectando las razonables pretensiones que podría tener una postura igualitaria consistente (GARGARELLA, 2008). El concepto de igualdad formal así enunciado distaba de verificarse en la realidad; su aplicación sin considerar la distinta situación de determinadas categorías de sujetos que sufrían desventajas sociales generaba inequidad, injusticia. Por ello, a partir de mediados del siglo pasado, como producto de números factores confluyentes, entre los que se encuentran los que ya hemos enunciado, la noción formal de la regla igualitaria comenzó a mutar hacia una concepción que tiene en cuenta la existencia de determinadas categorías de personas en situación de sometimiento o vulnerabilidad estructural, para las que establece un estatus jurídico diferenciado, no basado ya en su mayor poder sino en la presunción de encontrarse en una particular situación de debilidad contextual. Nuestra Constitución Nacional reconoce siete categorías que gozan de un estatus jurídico diferenciado en razón de su mayor vulnerabilidad: los trabajadores (art. 14 bis); los integrantes de los pueblos originarios (art. 75, inc. 17); las mujeres, niños, ancianos y personas con discapacidad (art. 75, inc. 23) y los consumidores (art. 42).

La igualdad de todos con respecto a todas las posiciones jurídicas es un imposible que conduciría no sólo a normas no funcionales, disparatadas e injustas, sino que también eliminaría los presupuestos para el ejercicio de competencias (ALEXY, 1986). El trato jurídico diferenciado ha pasado de ser, entonces, un privilegio impuesto por los poderosos a un derecho del que gozan los vulnerables y opera como un nivelador de asimetrías.

La especial protección de la que gozan los niños o el derecho a una mayor autonomía de los ancianos, el respeto por los derechos de las mujeres o de las personas que sufren alguna forma de discapacidad no pueden ser hoy soslayados en las relaciones entre particulares, quienes no pueden someter a las personas que integran esas categorías a trato discriminatorio.

Por lo dicho, podemos distinguir dos visiones de la igualdad: la "clásica", próxima al pensamiento liberal tradicional, de cariz individualista, que ha dominado por tiempo entre nosotros la discusión sobre la igualdad, y otra, que podemos denominar "estructural", para la que resulta relevante la incorporación de datos históricos y sociales, que dan cuenta del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática que afecta a sectores de la sociedad (SABA, 2007).

Los mecanismos técnicos de morigeración de las asimetrías padecidas por las categorías antes mencionadas, determinan una nueva pluralidad de sujetos de

derecho; caracterizada por su mayor vulnerabilidad. Ella constituye presupuesto de hecho de la protección diferenciada y puede ser estructural o coyuntural, económica, cognoscitiva, etc. (LORENZETTI, 2003).

2. 3.2. El desarrollo de la sociedad de consumo:

El progreso de la economía masiva de producción de bienes y provisión de servicios determinó la necesidad de introducir mecanismos regulatorios destinados a evitar los abusos de los productores y proveedores, especialmente de quienes gozan de una posición dominante en el mercado, y las distorsiones que de ello se pueden derivar para los consumidores.

Hoy son numerosas las actividades que no pueden ser desarrolladas si no es en gran escala (ej. telefonía celular; medicina prepaga, seguros, etc.) y ello conlleva un sucedáneo jurídico, que es el de la contratación por medio de adhesión a cláusulas predispuestas por el proveedor, sistemas de comercialización en los que ha sido habitual la inclusión de cláusulas abusivas cuyos efectos es necesario neutralizar para una adecuada protección de la parte más débil en la relación de consumo. Ello requiere de un rol activo de agencias especializadas del Estado, pues los particulares no se encuentran habitualmente en condiciones de siquiera comprender la complejidad del entramado de negocios conexos en cuyas redes vinculares se encuentran inmersos y en no pocas ocasiones, atrapados.

Los derechos de los consumidores y usuarios se desarrollan en un nuevo territorio, que se despliega en la intersección de los conjuntos normativos del derecho público y del tradicionalmente denominado derecho privado. En el ámbito propio de las normas de regulación del consumo se establecen las pautas de gobierno tanto de cuestiones que atienden a la contratación entre particulares, que la dogmática clásica encuadraba en el ámbito privado, como las inherentes a la prestación de servicios públicos, propias del derecho administrativo.

Se suma a ello que los cambios habidos en distintos factores que confluyen en la conformación de estas relaciones jurídicas, económicas y sociales, determinaron el desarrollo de un especial orden público protectorio, que introduce herramientas destinadas a compensar las asimetrías y resguardar los intereses de los más vulnerables; cuestiones fuera del área de disponibilidad de las partes.

La categoría de consumidor emerge y gana centralidad en la teoría económica moderna, la cual desplaza el interés por la producción, la oferta y el costo,

propios de los economistas clásicos hacia el consumo, la demanda y la utilidad (ARRIBAS y de PINA, 2008). Hoy, lo que da ganancias es la desenfrenada velocidad de circulación, reciclado, envejecimiento, descarte y reemplazo -no la durabilidad ni la duradera confiabilidad del producto- (BAUMAN, 2002).

Los consumidores, en tanto tales, somos personas objetivamente vulnerables. Nos sentamos en nuestro lugar en un avión, tren o micro y esperamos que alguien habrá controlado que las cosas estén en buen estado. Nos sometemos a una práctica diagnóstica médica, dando por sentado que el aparato con el que se va a efectuar está bien calibrado y que no nos producirá ningún daño. Empleamos teléfonos celulares, en la inteligencia de que no afectan nuestras neuronas mientras conversamos por medio de ellos. Ingresamos a una autopista con peaje, descontando que podremos transitar por ella sin encontrar obstáculos imprevistos en el camino. A diario confiamos en sistemas prediseñados, establecidos por años de evolución y por una multiplicidad de personas que intervinieron en su concepción, diseño, puesta en marcha, conducción y mantenimiento. Muchos de esos sistemas hoy día cuentan con capacidad para resolver problemas automáticamente, sin intermediación directa de la voluntad humana, transformándose en sistemas expertos, que constituirán parte cotidiana de nuestra vida en los próximos años. No podemos controlar lo que nos rodea y de lo que nos servimos para la satisfacción de nuestras necesidades, cosas y servicios potencialmente dañosos, con relación a cuya provisión pueden existir abusos. Es necesario, pues, que el Estado, que cuenta con posibilidades efectivas de establecer agencias de control y de enfrentar a los poderes económicos que pueden avasallar los derechos de los particulares, establezca pautas para el buen gobierno del mercado y de la sociedad.

Hoy son numerosos los vínculos que, inicialmente establecidos por partes privadas, en los que el contenido del programa prestacional inicialmente considerado es modificado por el Estado sin intervención de los contratantes, lo que arrolla la concepción tradicional del contrato, que presuponía que el contenido normativo de éste era volcado por partes iguales y libres que negociaban cláusulas de autonomía. Así ocurre, por ejemplo, con relación a los contratos de medicina prepaga vigentes, cada vez que el Ministerio de Salud modifica el Programa Médico Obligatorio (PMO), que enuncia el catálogo de prestaciones de cumplimiento ineludible por los distintos efectores del sistema de salud.

Muchos contratos de consumo se celebran por el mecanismo de adhesión a cláusulas predispuestas, frente al que no cabe ya hablar de autonomía sino, como lo hace el Código Civil y Comercial, de libertad de contratar, la libertad de decidir si se adhiere o no a los términos preestablecidos por otro cuyo producto o servicio requiero.

Como el Estado penetra en numerosos temas en los vínculos entre particulares, también se verifica que empresas particulares asumen roles que han estado históricamente a cargo de la administración, como ocurre con las empresas de seguridad y custodias privadas que resguardan hasta edificios públicos. Hoy

son muchas las actividades estratégicas cuya prestación se encuentra a cargo de empresas privadas.

2. 3.3. El fin de la privacidad:

Desde la perspectiva global, el cambio más profundo que han experimentado nuestras sociedades es el generado por las tecnologías de la informática y las comunicaciones, cuyo desarrollo ha creado las vías para la penetración de la privacidad de las personas y necesidades específicas en materia de protección de datos personales y de la intimidad de los usuarios⁵. Las redes digitales poseen gran capacidad y muchas posibilidades en materia de tratamiento de los datos personales. Internet está revolucionando las estructuras tradicionales del mercado al aportar una infraestructura mundial para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.

Internet presenta un conjunto de nuevas complejidades con relación a la situación de las personas humanas, que a menudo interactúan con redes de información sin conciencia de los riesgos que asumen. Se trata de una vía de circulación que, al igual que las "materiales", las calles, rutas, autopistas, ríos, mares o vías de navegación aérea, presenta riesgos para quienes transitan por ella. Es hoy común que los usuarios de redes sociales expongan en ellas todo tipo de cuestiones. Y su actividad puede ser objeto de un relevamiento más o menos constante de gustos e intereses, realizado por medio de las conocidas como *tracker cookies*, algoritmos de rastreo que ingresan a nuestro sistema informático y registran cuáles son los sitios que visitamos, las consultas que realizamos, nuestros intereses, lo que pone a las personas en riesgo de afectación de su identidad, también en su faz dinámica.

Es claro que todo lo expuesto marca un cambio profundo y notorio en el concepto de privacidad existente al tiempo de la fragua de la parte dogmática de nuestra Constitución y del Código Civil. Vivimos en una sociedad panóptica, en la que, como en el diseño de Jeremy Bentham, todos podemos estar siendo observados, nuestra actividad monitoreada, nuestras inclinaciones, gustos y deseos, clasificados. Pero el reconocimiento del fenómeno es también señal de alerta; porque es claro que se impone luchar por el derecho a la preservación de la intimidad, pues el respeto de la dignidad de las personas constituye una piedra basal de nuestro sistema jurídico, que no debe ni puede ser removida sin riesgo para la vida democrática sustantiva. Pero ello, esa lucha, es también cuestión de interés común y no puede ser llevada adelante por los particulares, frente no ya sólo al Estado sino a megacorporaciones, poderes fácticos del mercado que pueden condicionar aún al propio Estado, sin una adecuada respuesta de los órganos jurisdiccionales en caso de violación de derechos individuales.

Por ello es importante, ineludible, que los jueces tengan conciencia plena de los cambios operados, que sepan efectuar un análisis crítico de las situaciones, desprendiéndose de conceptos ya degradados o pulverizados por la realidad y adoptando los necesarios para un análisis adecuado de las relaciones actuales,

⁵ Unión Europea, Directiva 2002/58/CE, sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas.

porque de no proceder así no estarán en condiciones de dar una respuesta adecuada a los requerimientos de tutela judicial efectiva de quienes la demanden frente al avasallamiento de sus derechos individuales, aun cuando den una respuesta formal, de otro mundo, de un tiempo ya pasado.

2. 3.4. La operatividad de los derechos humanos de naturaleza social en el ámbito de las relaciones entre particulares:

El tercer factor relevante, con incidencia notoria en el sistema de relaciones jurídicas entre particulares, es el derivado de la penetración de los derechos humanos de naturaleza social en el ámbito de las relaciones entre los particulares, quienes deben respetarlos en la formulación de sus vínculos.

La cuestión plantea un problema sistémico muy interesante, pues en materia de derechos humanos el obligado es el Estado y cabe señalar cómo juega ello en vínculos entre particulares. La penetración de las normas internacionales sobre derechos humanos revitalizó todas las áreas de nuestro sistema jurídico, no sin resistencias. Uno de los argumentos que habitualmente se invocan para intentar soslayar la aplicación de los derechos sociales contenidos en tratados sobre derechos humanos sostiene que mientras que el respeto de los derechos habitualmente incluidos en la categoría de los "civiles y políticos" se puede alcanzar por vía de una conducta negativa del Estado –no detener arbitrariamente a las personas, no condenarlas sin juicio previo, no interferir con el ejercicio de los derechos derivados de la propiedad privada, etc.–, los derechos sociales exigen acciones positivas, pues para su satisfacción requieren del diseño de políticas concretas (ABRAMOVICH - COURTIS, 2002), por lo que no pueden ser los jueces quienes dispongan su implementación. Pero se trata de una distinción falaz o aparente, pues también el respeto de los derechos civiles exige de parte del Estado la creación de la infraestructura necesaria para ello; de hecho, la comunidad destina una gran cantidad de recursos para hacer efectivo el derecho de propiedad, a través de la organización de registros, de servicios de catastro, de juzgados, etc. y, por otra parte, los derechos sociales también entrañan obligaciones de abstención –no dañar la salud, no empeorar la educación, etc. –.

Es claro que las disposiciones de los tratados deben ser aplicadas como norma constitucional. No se trata de programas políticos ni de enunciados de buenos propósitos, sino de normas jurídicas que establecen derechos que deben ser garantizados por el sistema jurídico argentino. Es evidente que la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos no tiene por único objeto servir de complemento a la parte dogmática de la Constitución sino que condiciona el ejercicio de todo el poder público, incluido el judicial, por lo que su violación no sólo genera un supuesto de responsabilidad internacional del Estado sino también la violación de la Constitución misma y, en el plano interno, la adopción de decisiones arbitrarias, por prescindir de normas de rango constitucional (ABRAMOVICH - COURTIS, 2002). Así, quien necesite hoy formular en nuestro país una caracterización jurídica de los requisitos de una vivienda adecuada no podrá prescindir de lo establecido en la Observación General N° 4 del Comité del PIDESC, que los enuncia.

Por otra parte, en materia de derechos humanos rige el principio de progresividad, establecido en el artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Naciones Unidas, norma que sirvió de antecedente al artículo 26 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y al artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como Protocolo de San Salvador⁶. lo que determina una tensión entre los derechos constitucionales de la población y las políticas de restricción del gasto público en lo que a inversión social respecta, lo que conlleva habitualmente la judicialización de los conflictos por ello generados.

La penetración de los derechos humanos en el ámbito de las relaciones entre los particulares tiene un sinnúmero de proyecciones relevantes, pues exige, por ejemplo, que todo proyecto de construcción que se encare tenga en consideración la situación de personas con algún grado de discapacidad; que los sistemas de salud y los establecimientos educativos tengan en consideración la capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes; que se establezca un límite a las facultades discrecionales de admisión de una de las partes contratantes, para que expresen el ejercicio de un arbitrio razonable y no arbitrariedad, evitando que los criterios de exclusión alcancen alguna de las categorías sensibles consideradas en la normativa antidiscriminatoria, lo que se vincula con la ya mencionada visión estructural del derecho a la igualdad; ello entre otros factores en los que es posible proyectar efectos de tal normativa convencional.

2.4. La difuminación del derecho privado:

La distinción entre la esfera de lo público (koiné) y la de lo individual (oikos), se estableció en la antigua Grecia y, según se ha señalado, no ha podido ser reemplazada por la jurisprudencia, las Ciencias Políticas o la Sociología (HABERMAS, 1991). Se trata de una distinción con fuerte raigambre en la cultura occidental y es claro que puede ser considerada un valor en nuestras sociedades, aunque ya no tenga razón de ser su correlato semántico en el derecho, como se ha señalado antes.

Para su abordaje, protección y regulación, el derecho argentino estableció hace tiempo un conjunto de reglas y principios que tenían en consideración un ideal igualitario impuesto, inexistente ya en el tiempo de su formulación. Y la evolución habida en la realidad y en la sociedad desde entonces no ha hecho más que incrementar las asimetrías de esa paridad axiomática, ficticia. Se han acotado los límites de lo que tradicionalmente se ha denominado "derecho privado". Sus fronteras se han difuminado, a punto tal que es hoy en ocasiones sumamente dificultoso reconocerlas. Los intereses comunes penetran los particulares, especialmente bajo la forma de un orden público protectorio que ha expandido su área de actuación, ocupando los territorios antes sacrosantos de lo privado.

⁶ Como lo señaló el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General 3 (párrafo 9), la expresión "progresivamente" debe interpretarse a la luz del objetivo general del Pacto, que es establecer obligaciones para los Estados Parte con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata.

Hoy la noción de derecho privado confunde más que explica; porque ¿cómo puede sostenerse ante una persona que es “privada” la relación de uso de telefonía celular, cuando todos los componentes necesarios para ella, desde los técnico materiales hasta los jurídicos, pasando por los inherentes a la comercialización, se encuentran fuertemente regulados por normas heterónomas impuestas por el Estado, las que pueden ser modificadas durante la ejecución del contrato, sin negociación de partes? Y otro tanto ocurre con diversos contratos necesarios para la vida y el desarrollo de las personas, como los vinculados con servicios educativos y recreacionales, con salud, con acceso a vivienda, etcétera.

Por ello propiciamos sustituir la referencia al derecho privado por el empleo de la expresión “derecho civil”. Ella no solo puede ser reconocida fácilmente por la población en nuestra tradición cultural, sino que puede ser empleada en sentido amplio, comprensivo de las relaciones propias del derecho comercial, como ocurre en el artículo 20 de la Constitución Nacional cuando establece que “Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes...”.

2.5.El rol de los jueces civiles en las circunstancias actuales:

Es claro que los jueces tienen roles políticos. Existe una dimensión política de la juridicidad. La función judicial es la función propia de un poder de Estado y tiene a su cargo la realización de los principios fundamentales sobre los que se asienta la organización del sistema republicano y democrático adoptado por la Constitución Nacional. A menudo encontramos que algunos jueces niegan esa dimensión política de su función, temiendo que un reconocimiento en tal sentido traiga aparejada su clasificación dentro de los seguidores de un determinado partido, o que realmente creen que lo suyo no es político, pero a ellos cabe aplicar la frase que se atribuye a Enrique Petracchi, ex ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien habría dicho que todos los jueces son políticos. A lo sumo les pasará lo que a los cangrejos, que son crustáceos pero no lo saben⁷.

Un paradigma jurídico definitivamente en crisis, de orientación formalista e instrumental, ha contribuido a mostrar sólo las dimensiones “tecnológicas” del derecho y a escamotear, correlativamente, esas otras en las que este discurso social se despliega en su función de legitimación y organización del poder, en su función política (CÁRCOVA, 1996).

Un juez que interviene en cuestiones civiles debe tener hoy un rol activo en la adopción de las medidas que resulten necesarias para maximizar las garantías constitucionales en los casos en los que le toca intervenir y, en especial, en aquellos en los que la violación de derechos afecta a vulnerables o proviene de

⁷ Ver entrevista al Dr. Enrique Petracchi “La democracia y el Poder Judicial”. Lecciones y Ensayos. Recuperado del siguiente link: www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/pub_lye_entrevista_petracchi.php

los obligados a darles tutela. El denominado “activismo judicial” no es bueno ni malo en sí, sino que sus defectos o virtudes se determinan por la forma en la que es ejercida la función judicial. Es claro que la sociedad no quiere un modelo de juez burócrata o indolente, pero sí uno que tenga un rol activo en las tareas a su cargo y, centralmente, en la protección de las garantías de los justiciables⁸.

El derecho procesal ha respondido desde hace tiempo a los cambios necesarios para posibilitar a los jueces ejercer su función en forma acorde con los requerimientos actuales del ordenamiento jurídico argentino. Las primeras variaciones se produjeron por vía de la modificación de normas procesales que inicialmente otorgaron a los jueces facultades ordenatorias e instructorias, luego transformadas en deberes⁹; y con el tiempo, ya desde el plano sustantivo, se fueron identificando situaciones de vulnerabilidad que merecían una tutela especial, porque ella estaba prevista en las normas que integran nuestro bloque de constitucionalidad federal; pero los anticuerpos del sistema, entre los que operó por tiempo el sistema inmunológico de los propios jueces, se encargaron de elaborar una concepción del proceso indebidamente limitativa, destinados a enervar el ejercicio de facultades ordenatorias o instructorias bajo el ropaje de una autorrestricción republicana, confundiendo así la cuestión de la limitación constitucional de las áreas de actuación establecidas para cada uno de los poderes de gobierno con el soslayo de los deberes constitucionales de quien debe garantizar tutela judicial efectiva, en los términos de los artículos 18 de la Constitución Nacional, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Para explicar a qué nos referimos, debe tenerse en claro que si en el artículo 2 del PIDESC se establece que los Estados Partes se comprometen, hasta el máximo de los recursos disponibles, a adoptar las medidas necesarias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el tratado, la cuestión relativa a la ejecución presupuestaria puede ser una cuestión justiciable en un caso en el que se discute la asignación de recursos para la satisfacción de un derecho esencial por el que se reclama en un proceso de amparo; pues de otro modo el juez no podrá determinar si se está cumpliendo con la afectación de ese máximo de recursos disponibles, como lo impone la norma convencional. Por ello, hoy un juez civil tiene también ante sí un delicado balance de derechos de naturaleza constitucional.

Por otra parte, el incremento exponencial de la velocidad de los ciclos de avance tecnológico determina que se presenten y puedan presentar a consideración de jueces planteos que no han transitado aún por los caminos de elaboración de las decisiones políticas de los otros poderes del Estado, como ocurre con la aplicación de nuevas drogas aún no autorizadas en el país o de técnicas de reproducción o procedimientos diagnósticos o terapéuticos, etc., cuestiones en las que en principio la actividad de los jueces proporciona la única respuesta efectiva y rápida del Estado frente a conflictos que tradicionalmente

⁸ Las decisiones dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en casos como “Siri” (Fallos 239:459, año 1957); “Kot” (Fallos 241:291, año 1958); “Sejean” (Fallos 308:2268, año 1986) y “Halabi” (Fallos 332:111, año 2009), por mencionar algunos, son expresión clara de un encomiable activismo judicial.

⁹ En el ámbito nacional, la ley 22.434, de 1981, preveía en su artículo 36 diversas facultades ordenatorias e instructorias que con la sanción de la ley 25.488, que entró en vigencia en 2002, se transformaron en deberes

eran procesados por otros poderes de gobierno cuyos tiempos de elaboración o deliberación no siempre acompañan los del avance tecnológico y las necesidades de las personas (GARAPON, 1997).

Siempre han existido factores que han determinado que la tarea de los jueces no pueda ser considerada una labor simple, pero en las últimas décadas se ha incrementado notoriamente la complejidad de las circunstancias propias del contexto en el que deben emitir sus decisiones y en el marco de una crisis global de la razón jurídica (FERRAJOLI, 2010), que no facilita ciertamente la tarea. Esa complejidad, se traslada en ocasiones a los procesos y se requiere jueces preparados para abordarla y tomar una decisión fundada.

Si bien ya minoritario, subsiste un criterio que considera que el juez civil debe mantener una actitud pasiva y desde allí se critica a los magistrados "activistas"; pero debe tenerse en cuenta que por más "activista" que sea un juez, no va a buscar los casos, sino que ellos llegan a él por mecanismos de asignación preestablecidos, y una vez recibidos tiene obligación de resolverlos¹⁰, lo que debe hacer según los principios y reglas derivados de la aplicación de las normas constitucionales, convencionales e infraconstitucionales vigentes. Reconocer la necesidad de un grado de activismo razonable no importa convalidar el "gobierno de los jueces", pues el diseño y la implementación de las políticas públicas es prerrogativa de los otros poderes de gobierno; pero sí dar cuenta del nuevo rol que les cabe en un sistema legal orientado por disposiciones internacionales sobre derechos humanos.

2.6. Hacia un nuevo diseño judicial:

Los cambios operados y el mayor involucramiento del interés público en los conflictos entre particulares determina la necesidad de algunos cambios.

2. 6.1. Imprescindible avance hacia un sistema de proceso oral con intermediación efectiva:

Los jueces son percibidos por la sociedad como integrantes de una organización opaca, ineficiente y sospechada de corrupción. Si bien ello no resulta justo en lo personal con relación a la mayoría de los magistrados, se han ido sumando razones para ello.

El sistema de enjuiciamiento escrito es al cabo formalmente eficaz, pues produce alguna decisión de clausura del conflicto jurídico; pero es profundamente ineficiente en su gestión, porque lo hace a destiempo y sin audiencia efectiva de los interesados, lo que se traduce en ineficacia sustantiva.

Hay en la concepción que sustenta el proceso escrito una apropiación casi absoluta del conflicto por otros: abogados, mediadores, jueces, peritos, etc. Cuando

¹⁰ El ordenamiento jurídico exige a los jueces encontrar una respuesta a los casos que se presentan a su consideración y que, a diferencia de los abogados que ejercen libremente la profesión, no han podido elegir. En el artículo 3 del Código Civil y Comercial se impone al juez el deber de resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

un caso entra en el sistema de justicia en tal soporte, las partes, las víctimas, los sujetos que padecen inquietud o angustia por la cuestión pendiente de resolución, son casi espectadores de sus propias circunstancias, una suerte de pacientes del Estado, entregados a la mayor o menor eficiencia e idoneidad de la organización establecida para la resolución de los conflictos.

Toda esperanza de función epistémica del proceso –considerándolo como un conjunto estructurado de actividades encaminadas a obtener conocimientos verdaderos sobre los hechos relevantes para la solución de la controversia (TARUFFO, 2010)– debe ser abandonada al ingresar en el proceso escrito.

Para que el sistema de justicia cumpla su función y se legitime frente a la sociedad a la que sirve, se necesita transparencia; que las personas conozcan cómo el sistema de justicia procesa los casos; que las partes puedan acceder directamente a escuchar debates que involucran a sus intereses; que se le vea la cara al juez y que se resuelvan los conflictos en tiempo razonable¹¹, aspectos a los que la oralidad hace un aporte cualitativo.

Pero no basta trabajar con oralidad, se requiere que los jueces sean quienes dirijan personalmente las audiencias. Cuenta la leyenda que existen magistrados que consideran que cumplen la obligación de asistir a las preliminares por vía del despliegue de una suerte de rol de “saludador institucional” que abre el acto, pregunta si hay acuerdo y, cualquiera sea la respuesta, se retira luego, dejando el desarrollo a cargo de colaboradores. La gravedad de tal ficción es que pone en evidencia que es el propio juez quien considera al proceso como una puesta en escena.

La necesidad de evolución hacia un sistema de juicio oral tiene también una clave política, pues conlleva un involucramiento directo de las personas con su caso; que acudan a responder preguntas de la otra parte o del juez, no ya bajo el esquema formal de una absolución de posiciones, sino como un intercambio discursivo en el que se oponen tesis cuya confrontación y cotejo con los elementos de prueba llevará a la síntesis que el juez debe producir en la sentencia. Los interesados escuchan que hay otras razones que se pueden presentar tan bien como la suya y así, en caso de sentencia total o parcialmente contraria a sus intereses, no pensarán necesariamente que fue por un injusticia o corrupción del sistema.

La oralidad permite también conocer más sobre el derecho. A diferencia de lo que ocurre en los países con tradición de juicio oral, en los que a menudo

¹¹ La República Argentina fue condenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por violación del plazo razonable para la decisión de una demanda civil por daños (caso “Furlan y familiares vs. Argentina”, sentencia del 31 de agosto de 2012, (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

los juicios son seguidos o vistos por gran cantidad de personas que de un modo u otro aprenden con ello acerca del sistema de derechos que regula sus vidas, el juicio escrito impide tal difusión, es oscuro, poco transparente, genera desconfianza y mantiene a los jueces ocultos de la luz de la cosa pública, de la sociedad a la que sirven.

2. 6.2. Necesidad de capacitación constante:

Hoy los jueces pueden tener que enfrentar situaciones novedosas, sin cartografía normativa que los guíe. Deben acudir a los recursos de su formación y de su estudio para el caso. Y puede que se trate de un magistrado que lleve años en el cargo y a quien nadie le ha exigido que actualice los criterios con los que atravesó el proceso de selección, más allá del seguimiento de las variaciones normativas y de la jurisprudencia usual. Por otra parte, en nuestro país los jueces ejercen el control de constitucionalidad y de convencionalidad de las normas sancionadas por los otros poderes del Estado, electos por el voto popular.¹²

Dadas tales circunstancias, cabe preguntarse si es razonable que el Estado argentino no exija y promueva la capacitación constante de los encargados de cumplir tales funciones. Es habitual que los magistrados realicen cursos y procuren mantener al día su formación y criterios con relación a diversos aspectos, principalmente a los jurídicos; pero ello depende de su iniciativa personal y no de programas establecidos en interés de la función que deben desempeñar.

A menudo, intereses litigantes se encuentran detrás de muchos programas de formación, y no cabe pensar que ellos vayan a aportar recursos para proporcionar una visión de las cosas contraria a sus intereses o cuando menos neutral. Se requiere capacitación con base en una agenda de seguimiento de cuestiones conflictivas y con la finalidad de proporcionar a los magistrados herramientas conceptuales idóneas para decidir con imparcialidad en materias complejas.

La capacitación progresiva y constante de los jueces es imprescindible y hace a la legitimación social de la función jurisdiccional. Y ella debe abarcar temas diversos, no necesariamente jurídicos aunque sí vinculados, como el

¹² No voy a desarrollar aquí, porque excede el propósito de este trabajo y es ampliamente conocido, el problema de la objeción contramayoritaria.

conocimiento del funcionamiento de Internet y de las redes sociales, para que sepan cómo dirigir una medida cuando deben actuar sobre un contenido o sitio; los principios bioéticos, a menudo de aplicación cuando se presentan cuestiones novedosas en el área del bioderecho, etc. En tales temáticas, no basta la buena formación jurídica del juez, es necesario que se encuentren en condiciones de valorar aspectos metajurídicos del caso que se le presenta.

Pero no solo se requiere capacitación de los jueces y de los demás servidores públicos del sistema de justicia; es necesario también que las universidades y los colegios profesionales desarrollen programas de capacitación para abogados y otros auxiliares de la función judicial, a fin que se capaciten especialmente en los requerimientos de un proceso en el que se debaten derechos sociales, los que presentan particularidades y exigencias muy distintas de las propias de un esquema de litigio bilateral por un conflicto tradicional.

2.6.3. Organización y recursos logísticos:

A ello se suma que en la mayoría de las organizaciones judiciales del país cada juzgado es una suerte de unidad aislada en la que imperan los criterios establecidos por su titular y si un juez debe adoptar una medida que involucra órganos del Estado, debe iniciar un camino de búsqueda para determinar a cuál de ellos, en el multiforme cuerpo de la burocracia, debe dirigir la medida. Es necesario contar con oficinas judiciales de apoyo logístico, que realicen esa búsqueda por encargo del juez y que mantengan actualizados los recursos disponibles, como los que pueden necesitar los magistrados con competencia en asuntos de familia y capacidad de las personas, cuando deben ordenar internaciones.

La experiencia con distintas oficinas del Estado indica que la unidad de actuación de éste es solo una apariencia y que dentro de su estructura burocrática se pueden encontrar una organización poco clara, algunos órganos que eluden el cumplimiento adecuado de sus obligaciones y otros cuyos equipos de trabajo miran con recelo a otros de la misma administración. El juez que aborda por primera vez esa problemática puede verse empantanado por deficiencias de funcionamiento de otro poder del Estado, lo que puede evitarse si se cuenta con oficinas especializadas que conocen el territorio, cuyas variaciones siguen para ello, y que pueden asesorar rápidamente al juez sobre la mejor forma para dirigir y tramitar el requerimiento de información o de un recurso determinado.

También se requiere un apoyo logístico especial para aquellos jueces que deben llevar adelante procesos colectivos, pues su incidencia en el trabajo cotidiano puede afectar negativamente la buena marcha de otras causas en trámite en el órgano jurisdiccional en el que tramitan.

2.7. La proyección de los cambios del derecho civil en el trabajo judicial:

Algunos ejemplos pueden servir para dar cuenta de cómo los cambios apuntados inciden en una distinta respuesta jurisdiccional.

a) En "Ledesma"¹³, una sala de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil rechazó la acción iniciada por una pasajera que había sufrido daños al descender en hora pico de un vagón de subte e introducir su pie en el espacio existente entre el vagón y el andén, ello con fundamento en la existencia de "culpa de la víctima", una de las eximentes de responsabilidad consideradas en el artículo 184 del antiguo Código de Comercio; decisión que fue dejada sin efecto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, considerando que debía primar una visión constitucional del caso, que los jueces debían actuar con criterio de realidad al analizar la situación en la que se producían los hechos y que el artículo 42 de la ley suprema garantiza a los consumidores y usuarios la protección de su salud, seguridad e intereses.

b) "Castronuovo de Santandrea S.A. c/ Taccari, Carlos Alberto y otros s/ ejecución de alquileres"¹⁴, se solicitaba un desalojo de varias familias que habitaban desde décadas atrás un inmueble del barrio porteño de La Boca, concluyó con la compra del edificio por ellas, que formaron una cooperativa de vivienda; ello sin que el gobierno local tuviera que poner más dinero que el que le habría exigido sustentar soluciones habitacionales mayoritariamente transitorias que podrían haber concluido con esas personas en situación de calle pues sólo dos grupos familiares calificaban para el otorgamiento de préstamos para la adquisición de vivienda, dados por el Instituto de la Vivienda de la Ciudad. Esos vecinos aportaron a la cooperativa la suma de esos mutuos, a la que se sumaron las correspondientes a los subsidios que por diez meses hubieran correspondido a los restantes grupos familiares, lo que permitió alcanzar la suma que el propietario requería como precio del inmueble.

El edificio fue puesto en condiciones habitacionales adecuadas con fondos aportados por la Secretaría de Hábitat del gobierno Nacional y el proyecto y dirección de la obra estuvo a cargo de profesores y estudiantes del voluntariado de la Facultad de Diseño y Arquitectura de la Universidad de Buenos Aires.

La escritura por la que los vecinos obtuvieron la titularidad del inmueble fue realizada por la Escribanía General de la Nación.

El actor y los vecinos demandados en el proceso obtuvieron satisfacción a sus intereses, por medio de la organización de los recursos que podía aportar el Estado que con ello evitó que numerosos grupos familiares, con niños y personas ancianas, quedaran en situación de calle. Todo fue coordinado desde el juzgado en una multiplicidad de audiencias en las que se establecieron lineamientos de trabajo para cada sector involucrado.

c) En "O.A.A. y otro c/ MUNICIPALIDAD DE GENERAL PUEYRREDÓN y otro s/medidas protectorias"¹⁵, la mamá de una adolescente de 15 años de edad, con el patrocinio de la defensa pública y de la asesoría de incapaces por la

¹³ CSJN, "Ledesma, María Leonor c. Metrovías S.A.", del 22 de abril de 2008, Fallos 331:819.

¹⁴ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 1, 13 de junio de 2014.

¹⁵ Juzgado de Familia N° 5 de la Ciudad de Mar del Plata, 13 de junio de 2017.

representación complementaria de la niña, inició una acción destinada a obtener “tutela jurisdiccional diferenciada” para restablecer los derechos sociales y sanitarios de la niña, en extrema situación de vulnerabilidad, por tratarse de una mujer, menor de edad, con retraso mental moderado, pobre, con insuficiencia renal crónica terminal por la que debía someterse a diálisis tres veces por semana, con dificultades por la debilidad de sus venas e infecciones en el catéter empleado, por lo que requería de diálisis peritoneal, procedimiento que podría realizarse en su domicilio –en el que convivía con su mamá y con una hermanita de ocho años con discapacidad motriz–, de ponerse éste en condiciones, para lo que los médicos tratantes habían establecido que se requería que fuera alojada en una habitación individual, con revestimiento cerámico en paredes y piso y adecuada ventilación.

La jueza a cargo del caso hizo lugar a la acción, ello a fin de restablecer de manera inmediata los derechos económicos, sociales y sanitarios de la adolescente y, en consecuencia, dispuso que el municipio local o la provincia, cumplieran con las siguientes obligaciones: a) garantizar a la niña y a su familia (madre y hermana menor) la inmediata entrega en titularidad de una vivienda digna que cuente con requisitos de habitabilidad idóneas para la adolescente, según indicación médica, ello por vía de planes habitacionales vigentes o de afectación presupuestaria concreta y b) proporcionar al grupo familiar, hasta tanto se efectivizara la entrega de la vivienda indicada, un subsidio mensual para afrontar el pago de un alquiler y de los gastos de acondicionamiento de la vivienda locada, según indicación médica.

3. Conclusiones:

El derecho privado no es ya una categoría conceptual adecuada para analizar la complejidad jurídica de la sociedad argentina actual.

El espacio de intersección de las matrices conceptuales que nutren la valoración jurídica de lo público y lo privado se ha ampliado por los cambios habidos durante la segunda parte del siglo XX, por el incremento exponencial del desarrollo tecnológico y por el despliegue de los derechos de los consumidores, lo que determina que hoy debamos volver a hablar de derecho civil, en sentido amplio, con criterio comprensivo de todo lo que habitualmente se consideraba incluido en el derecho privado.

Dentro de ese contexto de publicización de los vínculos jurídicos entre particulares, se requiere una readecuación del sistema de justicia, que conlleve capacitación constante de los jueces y oralización de los procesos, para poder dar así mejor respuesta a los requerimientos de la población y lograr mayores

estándares de transparencia y participación democrática en el ejercicio de la función judicial.

Desde tal perspectiva, cabe considerar que el desarrollo de procesos estructurados por medio de audiencias públicas ha de ser parte de un ejercicio más amplio, estratégico, de democratización profunda, al posibilitar que la población adquiriera un mejor conocimiento del derecho y del funcionamiento del sistema de justicia en su faz dinámica; que se desarrolle en forma natural un control directo de la actividad de los jueces y de los demás servidores del sistema de justicia y que se crezca en calidad de debate, propiciando la participación directa de los interesados y con ello, un mayor compromiso y el cumplimiento de la exigencia convencional de audiencia (art. 8 de la CADH), sustantiva, real, concreta y no fingida.

Al cabo, de lo que se trata es de permitir al derecho civil cumplir con su función específica dentro de la superestructura jurídica, que es la de posibilitar a las personas alcanzar, razonablemente y de acuerdo a sus circunstancias, la mejor calidad de vida posible.

Bibliografía:

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2002). Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles. Madrid, España: Trotta.
- Alexy, R. (1997). Teoría de los Derechos Fundamentales (1984). Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Arribas, V. y De Pina, S. (2008). El 'ciudadano consumidor': el nacimiento de una nueva categoría. En A. Rosato V. Arribas, Antropología del consumo, de consumidores, usuarios y beneficiarios (p. 180). Buenos Aires, Argentina: Antropofagia.
- Bauman, Z. (2002). Modernidad Líquida. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica de México.
- Cárcova, C. M. (1996). Derecho, Política y Magistratura. Buenos Aires, Argentina: Biblos.
- Ferrajoli, L. (2010). Derechos y garantías, La ley del más débil. Madrid, España: Trotta.
- Garapón, A. (1997). Juez y Democracia. Madrid, España: Flor del Viento.
- García de Enterría, E. (1993). La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional (1981). Madrid, España: Civitas.
- Gargarella, R. (2008). El contenido igualitario del constitucionalismo. En R. GARGARELLA (Ed.), Teoría y Crítica del Derecho Constitucional. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Habermas, J. (1991). The Structural Transformation of the Public Sphere. Cambridge, USA: MIT Press.
- Lorenzetti, R. (2003). Consumidores. Santa Fe, Argentina: Rubinzal Culzoni.
- Pisarello, G. (2007). Globalización, constitucionalismo y derechos. En M. CARBONELL (Ed.), Teoría del Neoconstitucionalismo. Madrid, España: Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM.
- Saba, R. (2007). (Des)igualdad estructural, En M. ALEGRE y R. GARGARELLA (Ed.), El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario, coordinadores. Buenos Aires, Argentina: Lexis Nexis.
- Saba, R. (2016). Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?. Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno Editores.
- Taruffo, M. (2010). Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos. Madrid, España: Marcial Pons.
- Tedeschi, S. (2001). El Waterloo del Código Civil Napoleónico. En C. COURTIS, C. (Ed.), Desde otra Mirada: Textos de Teoría Crítica del Derecho. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universitaria de Buenos Aires.

LA REGRESIVIDAD EN LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES COMO CATEGORÍA SOSPECHOSA

Pedro Luis SISTI¹

"Una de las mejores maneras de lograr la Justicia, es exponer la Injusticia"

Julian Assagne

"El grito de los pobres no siempre es justo, pero si no lo escuchas, nunca sabrás lo que es la Justicia"

Howard Zinn

Resumen: El trabajo pretende sostener que puede extenderse la aplicación de la doctrina de las Categorías Sospechosas a la garantía de no regresividad que rige en los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA), logrando así que esta herramienta interpretativa que, ya tiene un amplio desarrollo en la doctrina y los tribunales, sirva como una efectiva protección de los DESCAs, estableciendo en cabeza del Estado la obligación de demostrar que no es inconstitucional la medida regresiva.

Palabras claves: Categorías Sospechosas- No Regresividad- Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales.-

Abstract: The paper gives reasons to state that the application of the doctrine of Suspicious Categories can be extended to the guarantee of Non Regressiveness that governs Economic, Social, Cultural and Environmental Rights (ESCER). In this respect, the article aims to take advantage of an already widely developed principle and, thus, could lead to a more effective protection of the ESCR by establishing at the head of the State the obligation to demonstrate that the regressive measure is not unconstitutional.

Keywords: Suspicious Categories- No Regression- Economic, Social, Cultural and Environmental Rights.-

¹ Abogado litigante y Director de la Clínica Jurídica de Interés Público en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.N.L.P.-

I. Introducción

La protección de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (en adelante DESCAs) es, probablemente, una de las temáticas sobre las que más se ha escrito en los ámbitos relacionados con los Derechos Humanos en Latinoamérica. La lucha por su efectiva protección y justiciabilidad ha tenido en la región innumerables artículos y libros que brindan argumentos a favor de estos objetivos, sin embargo, su recepción en el ámbito judicial no ha tenido la misma fortaleza, si bien indudablemente se han logrado avances en las últimas décadas.

El objetivo de este trabajo es aportar una herramienta práctica y concreta que sirva al momento de cuestionar en sede judicial medidas regresivas en materia de DESCAs, algo que lamentablemente sucede de manera habitual en nuestra región. Si bien no es la pretensión hacer una reseña de toda la jurisprudencia acerca de la justiciabilidad de los DESCAs, se abordarán algunas decisiones que son representativas de la cuestión. En lo que se refiere a las categorías sospechosas, se analizará jurisprudencia estadounidense, local y del sistema interamericano de Derechos Humanos. Mientras que cuando se analice la no regresividad, se centrará el análisis en la jurisprudencia local y se relacionará con análisis doctrinario acerca de decisiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

Una vez acotados los objetivos, entendemos que la aplicación de la doctrina de las categorías sospechosas a las medidas regresivas en materia de DESCAs resultará una herramienta que, por la profusa recepción de la mencionada doctrina en nuestros tribunales, simplificará el análisis de cuestiones siempre complejas, como resultan ser las políticas públicas en materia de DESCAs.

Al establecer la carga de la prueba de que la medida no es inconstitucional en cabeza del Estado, y aplicando la doctrina del Escrutinio Estricto y/o presunción de inconstitucionalidad de toda medida regresiva, se evitará que se cargue a quien acciona con una prueba diabólica. Es sin ningún lugar a dudas el Estado quien tiene la mejor posibilidad de explicar por qué su actuar resulta conforme a derecho.

No nos elude que la aplicación de la doctrina de las categorías Sospechosas ha estado reservada a grupos históricamente discriminados, y que aquí planteamos que se aplique a un grupo de derechos, más que a un grupo de personas. Sin embargo, en el cuarto acápite abordaremos esta cuestión y brindaremos los argumentos por los cuales entendemos que, a pesar de esta dificultad, la doctrina es plenamente aplicable y que resultará en una herramienta de gran utilidad al momento de impugnar en sede judicial medidas regresivas.

II. Las Categorías Sospechosas en el derecho

El derecho constitucional argentino establece, en especial a partir de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional en la reforma de 1994, una enumeración específica de causales que son consideradas *prima facie* como discriminaciones o distinciones prohibidas, cuando las mismas se fundan en motivos de 'raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social' (art. 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 26 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos).

Esto significa entonces que nuestro ordenamiento jurídico, cuando prohíbe el trato discriminatorio, protege en especial a ciertas categorías, que identifican a grupos históricamente desaventajados y/o discriminados, y que representan justamente los "criterios de distinción prohibidos". Esto significa que, cuando encontramos una norma que distingue a un grupo que se corresponde con alguna de las categorías prohibidas por nuestro derecho, y/o este grupo recibe un trato que no resulta igualitario (aún cuando no hubiese sido esta la intención), esta diferencia en el trato dispara automáticamente una presunción de inconstitucionalidad.

Esto mismo ha sido sostenido por la doctrina, Dworkin por ejemplo afirma que "la raza y otros rasgos de distinción similares son especiales sólo porque la historia sugiere que algunos grupos son más propensos a que se les niegue la consideración debida, de modo que las decisiones políticas que actúan en su contra deberían ser tomadas en cuenta con especial sospecha" (Dworkin. 2008. Pág. 269). Cualquier distinción que se haga bajo esos parámetros, contra alguna de esas clases, se denomina "Categoría Sospechosa".

Siguiendo este criterio, cuando existan decisiones o prácticas que beneficien más a unos grupos que a otros, los tribunales deberán inspeccionar "estas decisiones con mayor atención cuando las minorías históricamente maltratadas se encuentren en desventaja" (Dworkin. 2008. Pág. 269).

A modo de síntesis, con "categorías sospechosas" nos referimos a criterios de distinción que jamás pueden ser considerados razonables, o se refieren a condiciones que tienen personas tradicionalmente excluidas, sometidas o sojuzgadas (Saba autor. Gargarella y Alegre coordinadores. 2012. Páginas 186/187).

Cuando se excluye a un grupo de los expresamente indicados en las categorías sospechosas de un derecho que se concede a otro grupo, deben existir razones especiales y muy fundadas para justificar esa decisión, y la carga de esta justificación recae sobre quien realice esa práctica (habitualmente el Estado).

En resumen, cuando la distinción se funda en una Categoría Sospechosa, la carga de la prueba pesa sobre quien defiende la constitucionalidad de la norma

o práctica, y debe demostrar que la misma es necesaria y, a su vez, resulta ser el medio menos restrictivo para lograr su objetivo.

Las categorías sospechosas son varias y figuran, a modo meramente enunciativo, en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en el 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con una redacción idéntica a la del 2.1 del PIDCyP, también establece categorías sospechosas. La particularidad de este artículo es que se refiere específicamente al compromiso de garantizar los derechos sociales establecidos en el PIDESyC sin discriminar "por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Según la Corte Suprema de Estados Unidos, hay un "concepto básico de nuestro sistema de que las cargas legales deben tener alguna relación con la responsabilidad individual". (Frontiero v. Richardson, 411 U.S. 677, 1973). Las categorías sospechosas no tienen ninguna relación con la responsabilidad individual por ser moralmente arbitrarias. En otras palabras, son características que están fuera del ámbito de la decisión de las personas.

Debemos remarcar que, aún cuando una distinción no sea expresamente receptada como sospechosa por los tratados internacionales, no significa que no estén cubiertas por la prohibición de discriminar. Todas las cláusulas sobre la prohibición de discriminar en los tratados están redactadas de manera tal de dejar abierta las posibles características consideradas sospechosas de discriminación. El 1.1., el 2.1. y el 2.2., al finalizar la enumeración explícita de categorías sospechosas establecen que otra discriminación por "cualquier otra condición social" también será considerada discriminatoria. Con base en esto, la Corte Interamericana consideró como sospechosa de discriminación la distinción con base en la orientación sexual (caso "Atala Riffo c. Chile", sentencia del 24 de febrero de 2012), a pesar de que no se encuentra explícitamente entre las características enumeradas por el artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Más recientemente la Corte Interamericana ha confirmado esta posición en el caso "Yatama c. Guatemala" (sentencia del 23 de junio de 2005):

"E[l] principio [de no discriminación] posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno; se trata de un principio de derecho imperativo. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas...

186. El artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe

el Estado y a su aplicación. Es decir, no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1 de la misma, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe”.

Luego, la Corte Interamericana ha ido todavía más allá en materia de igualdad/ no discriminación, al analizar en su Opinión Consultiva N° 18 si el principio de no discriminación formaba parte del *ius cogens* (orden público internacional). Al respecto la Corte estableció lo siguiente:

“[E]s imperativo que la Corte analice si el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley cumplen con los 4 requisitos de una norma de *ius cogens*.

La respuesta a la primera parte de la cuarta pregunta es que, habida cuenta del desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley deben ser considerados como normas de *ius cogens*. Se trata de normas de derecho internacional imperativo que integran un orden público internacional, al cual no pueden oponerse válidamente el resto de las normas del derecho internacional, y menos las normas domésticas de los Estados. Las normas de *ius cogens* se encuentran en una posición jerárquica superior a la del resto de las normas jurídicas, de manera que la validez de estas últimas depende de la conformidad con aquéllas.

Un Estado miembro de la OEA que sea parte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos reconocidos en el mismo, así como en la Declaración Americana, puesto que “los derechos humanos forman un *corpus iuris unitario*, inescindible, interrelacionado e interdependiente. La respuesta a la segunda parte de la cuarta pregunta es que el efecto jurídico que produce el reconocimiento del principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley, como normas de *ius cogens*, respecto de los Estados americanos, es la pérdida de validez y eficacia jurídica de los actos del Estado que contradigan tal principio y derecho.”

Esta interpretación de la relación entre los artículos 1.1. y 24 de la CADH que hace la Corte Interamericana es idéntica a la que hace el Comité de Derechos Humanos sobre la relación entre los artículos 1.2. y 26 del PIDCyP. Para el Comité, el artículo 26 extiende el principio de no discriminación a la legislación de los Estados parte del Pacto.

La Corte Suprema de Justicia ya ha reconocido expresamente la existencia de esas categorías sospechosas (particularmente lo ha hecho para el caso de extranjeros/as y mujeres) y así también lo han entendido otros tribunales de nuestro país.

Inicialmente, en "Repetto c/ Provincia de Buenos Aires"; "González Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba" y, luego en "Hooft Cornelio c/ Provincia de Buenos Aires" y en "Gottschau c/ Consejo de la Magistratura" la Corte Suprema ha identificado y reconocido estas categorías, y ha determinado en esos casos que las discriminaciones formuladas en razón de esas categorías del "sexo/género" y del "origen nacional", son a priori arbitrarias y que exigen acreditar un estándar diferente y con una argumentación más robusta para considerar lícita la diferenciación efectuada.

En este sentido, la Corte Suprema ha sostenido que "...ante los categóricos términos del artículo 20 de la Constitución Nacional, toda distinción efectuada entre nacionales y extranjeros, en lo que respecta al goce de los derechos reconocidos en la Ley Fundamental, se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad; por tal razón, aquel que sostenga la legitimidad de tal distinción debe acreditar la existencia de un 'interés estatal urgente' para justificar aquella, y no es suficiente a tal efecto, que la medida adoptada sea 'razonable'..." (CSJN, Voto del Dr. Petracchi, "Repetto, Inés María c/ Provincia de Buenos Aires, sentencia del 8 de noviembre de 1988, Fallos 312:1902).

Ratificando el criterio establecido por Petracchi en "Repetto" y en "González Delgado", la Corte sostuvo en el fallo "Hooft" que: "...no pueden existir normas que establezcan argentinos de primera y argentinos de segunda clase (...) Si una situación encuadra en uno de los motivos de discriminación que los pactos prohíben, la inconstitucionalidad de una norma local sólo podrá ser levantada por la demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que habría intentado resguardar y los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales, y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos será insuficiente una genérica adecuación a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueve efectivamente, y además sino existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que los impuestos por la regulación cuestionada" (CSJN, "Hooft, Cornelio c/ Provincia de Buenos Aires, sentencia del 16 de noviembre de 2004, Fallos 327:5119) y en "Gottschau" que: "La Corte ha resuelto recientemente que cuando se impugna una categoría infraconstitucional basada en el "origen nacional" como sucede en el sub lite corresponde considerarla sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar" (CSJN, "Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura", sentencia del 8 de agosto de 2006, Fallos 329:2986). Sintetizando, cuando nuestra Corte Suprema ha tenido que decidir acerca de la constitucionalidad de normas que realizaron clasificaciones basadas en alguno de los criterios expresamente prohibidos, lo ha hecho partiendo de una presunción de inconstitucionalidad.

Por lo tanto, el trato desigual será considerado ilegal, a menos que quien defiende su validez consiguiera demostrar lo contrario. O en pocas palabras, la aplicación del Escrutinio Estricto, donde el actuar

estatal pierde su presunción de legitimidad, y debe el propio Estado demostrar que su actuar es conforme a derecho.

Como podemos ver, la doctrina de las categorías sospechosas tiene ya un importante desarrollo en nuestro derecho, como así también en los Sistemas Internacionales de Protección de Derechos Humanos. Su aplicación es una derivación directa del principio de no discriminación, que posee la jerarquía más alta que puede tener una norma de Derechos Humanos, como resulta ser la de *ius Mogens*, u orden público internacional.

III. La No Regresividad como garantía de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA).

Como adelantamos en la Introducción, no ahondaremos en este trabajo sobre las cuestiones de la consagración de los DESCa ni su recepción judicial. Podemos afirmar, sin temor a suscitar controversias, que estas categorías de los Derechos Humanos han recibido una menor protección por razones históricas que exceden el objetivo del presente. Por lo dicho, no profundizaremos en el presente trabajo acerca de las razones por las cuales se sostiene que la Universalidad, Indivisibilidad e Interdependencia son características de los Derechos Humanos, por no ser objeto central de nuestro análisis. Pero nos vemos en la obligación de manifestar nuestro indudable abono a dicha postura.

Centraremos nuestro análisis en la aplicación concreta de uno de los principios rectores en materia de DESCa, como resulta ser el principio de progresividad. Debemos informar que tampoco desarrollaremos en el presente el debate acerca de si el principio de progresividad resulta ser un principio excluyente de los DESCa, o si su aplicación resulta extensible a la totalidad de los Derechos Humanos. Inclinandonos sin dudas por esta última postura.

El principio de progresividad ha sido expresamente consagrado en la protección de los DESC a nivel internacional, tanto en el Pacto de DESC de Naciones Unidas (art. 2.1), como en el Pacto de San José de Costa Rica (art. 26). Y fue la doctrina de los DESC la primera en hablar de la no regresividad. Entendiendo que, si existe un Principio que obliga a que la protección de los DESC sea cada vez mayor, cualquier situación que derive en que el Estado brinde una protección de los DESC menor a la que brindaba con anterioridad, resultará en una violación de la garantía de no regresividad. Por lo tanto, la doctrina ha entendido que esta garantía de no regresividad puede deducirse de las características que establece el principio de progresividad.

En el ámbito internacional, la interpretación acerca de la no regresividad, ha contado con diferentes posturas. Por un lado, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas entendió que la garantía de no regresividad se aplica también a medidas que sean regresivas tanto en

casos individuales, como colectivos e incluso en supuestos de afectación de toda la población. Mientras que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Cinco Pensionistas", estableció la exigencia de que la afectación fuera general para entender que se violara la garantía de no regresividad (Rossi, en Courtis 2008. p 85).

El principio de progresividad también fue expresamente receptado también en el art. 4 de la Ley General del Ambiente. El mismo tiene una conexión ineludible con el concepto de Desarrollo Sustentable, que es uno de los ejes centrales del Derecho Ambiental desde la Conferencia de Río en 1992. El objetivo de que la protección del Ambiente sea cada vez mejor se relaciona directamente con la característica particular de este principio, y tiene también una conexión con la protección que establece el derecho ambiental a favor de las futuras generaciones.

No caben dudas de que la consagración de este principio de progresividad, al igual que el principio de no discriminación sobre el que se fundan las categorías sospechosas, se enmarcan dentro de la conceptualización de "Principio" formulada por Dworkin al decir: "Llamo principio a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad" (Dworkin. 2015, página 72).

La aplicación de esta garantía en materia de DESCAs comenzó a darse primero en la doctrina y la jurisprudencia (un claro caso de esta situación fue sin dudas el precedente de la SCBA "Fundación Biosfera y Otros c/ Municipalidad de la Plata s/ inconst. Ord. N° 10.703" Expte. I - 71446, que luego se citará).

Una clara muestra de su recepción a nivel internacional podemos encontrarla en la Observación General N 3 del Comité DESC de Naciones Unidas, cuando sostiene en la parte final de su párrafo 9 que "Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga". Esta postura, según autorizada doctrina, daría paso a la aplicación del Escrutinio Estricto cuando las medidas sean Regresivas (Rossi, Julieta, autora. Courtis, Christian compilador. 2008. Página 90), de manera consistente con lo que planteamos en el presente trabajo.

También se receptó la no regresividad en la Conferencia de las Naciones Unidas (conocida como Río+20) en junio de 2012, y queda en evidencia que la misma adquiere una relevancia central en el ámbito internacional en lo que hace al Desarrollo Sustentable (que está íntimamente conectado con el Derecho Ambiental). Específicamente en el párrafo 20 del texto final de dicha Cumbre, denominado "El futuro que queremos" se consagró la garantía de no regresión de la protección ambiental en los siguientes términos:

“Reconocemos que desde 1992 los progresos han sido insuficientes y se han registrado contratiempos en algunos aspectos de la integración de las tres dimensiones del desarrollo sostenible, agravados por las múltiples crisis financieras, económicas, alimentarias y energéticas, que han puesto en peligro la capacidad de todos los países, en particular los países en desarrollo, para lograr el desarrollo sostenible. A este respecto, es esencial que no demos marcha atrás a nuestro compromiso con los resultados de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Reconocemos además que uno de los principales problemas actuales de todos los países, especialmente los países en desarrollo, es el impacto de las múltiples crisis que afectan al mundo hoy en día”.

La garantía de no regresividad posee una relevancia indudable en materia de DESCAs, ya que establece un punto de inflexión claro y concreto que no pueden transgredir las políticas públicas. El análisis de las políticas públicas resulta siempre dificultoso para la judicatura, ya que muchas veces no poseen las herramientas necesarias para analizar las políticas públicas en su totalidad. Por eso la garantía de no regresividad resulta útil y fundamental, ya que siempre es más fácil demostrar que una medida ha sido regresiva, que el probar si se cumple (o no) con la progresividad. Por lo tanto, y considerando que la función de los tribunales es la de controlar el actuar de los otros dos Poderes, la no regresividad cumplirá una función central en el análisis de políticas públicas.

Un ejemplo donde se vio claramente esta función, como ya se mencionara, fue en la causa “Fundación Biosfera y Otros c/ Municipalidad de la Plata s/ inconst. Ord. N° 10.703” Expte. I - 71446 que decidió la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, donde se cuestionó la reforma al Código de Ordenamiento Urbano local, entre otras cuestiones, porque dicha reforma violó la garantía de no regresión. En esa causa la SCBA sostuvo que:

“En cuanto atañe al derecho constitucional que fundamentalmente se denuncia como vulnerado por la Ordenanza impugnada, esto es, el derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado y a gozar del patrimonio natural y cultural, la demanda exhibe argumentos y se apoya en prueba documental que, prima facie analizadas, dan sustento a la pretensión que contiene, teniendo en consideración que la derogación de las normas y medidas operativas que establecían protecciones urbanísticas efectivas en relación a ciertos inmuebles considerados anteriormente valiosos desde el punto de vista arquitectónico y cultural han sido derogadas sin que se establezca en su reemplazo ningún otro régimen tuitivo y que los indicadores urbanísticos de este nuevo ordenamiento autorizan, en última instancia, un uso más intensivo del suelo en el área del casco fundacional de la ciudad.

La circunstancia de que, por regla, no sea pertinente alegar una infracción constitucional frente a la reforma de preceptos generales, ni la existencia de un derecho adquirido al mantenimiento de ese tipo de normas (legales o reglamentarias) o a su simple inalterabilidad (CSJN, Fallos 326: 1442; 327: 2293; 5002; 329: 976; 1586; 333: 108; 2222; entre muchos otros), en

modo alguno implica convalidar, en asuntos como el aquí examinado, la juridicidad de toda modificación regulatoria, cualquiera fuere su contenido, pues por esa vía podría comprometerse negativamente el uso racional del suelo o la sostenibilidad del crecimiento urbanístico y edilicio o lesionarse el patrimonio histórico, arquitectónico o cultural de la ciudad, todo lo cual afectaría el interés público implicado en la tutela constitucional del ambiente (arts. 41, C.N.; 28 Const. Pcial.). Desentenderse de los efectos que sobre el ambiente urbano y el patrimonio cultural pueda provocar la iniciativa de reformas normativas estaría reñido con el principio de progresividad vigente en esta materia (art. 4, ley 25.675; CSJN, Fallos 329:2316) que, al tiempo que procura la mejora gradual de los bienes ambientales supone que los estándares de protección vigentes o actualmente logrados, no sean sustituidos por otros, inferiores u ostensiblemente ineficaces” (el subrayado nos pertenece)”.

Otro ejemplo, aunque no tan claro, se dio ante la CSJN en el caso “Campódónico 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-, del 24 de octubre de 2000, donde decidió que el Ministerio de Salud de la Nación estaba obligado a continuar entregando un medicamento a un menor mientras subsistiera la situación de urgencia y extrema necesidad del tratamiento prescripto para salvaguardar su vida. Si bien aquí la aplicación de la no regresividad fue implícita, resulta razonable entender que fue aplicada.

IV. La aplicación de la doctrina de las Categorías Sospechosas a la Regresividad en los DESCAs.

Una vez que ya hemos explicado el desarrollo de la doctrina de las categorías sospechosas y también la función de la garantía de no regresividad en los DESCAs, podemos abocarnos a darle sustento a la aplicación de dicha doctrina a la garantía en cuestión, y exponer por qué podría ser una herramienta útil en el marco del Litigio de Interés Público.

Lo primero que debemos remarcar es que la postura de aplicar el test de Escrutinio Estricto a las medidas regresivas ya ha sido expresamente planteada en la doctrina, sosteniendo que puede deducirse de las decisiones del Comité DESC de Naciones Unidas (Rossiautora. Curtis compilador. 2008. Página 90 y stes.). La diferencia central entre lo aquí planteado y ese trabajo, es que, por un lado, aquí se sostiene que la regresividad es en sí misma una Categoría Sospechosa, mientras que en aquel solamente se sostuvo la aplicación del Escrutinio Estricto (aunque en la práctica no existirían grandes diferencias); y por otro lado, este artículo se centra pura y exclusivamente en la potencialidad del entrecruzamiento de la doctrina de las categorías sospechosas con la no regresividad como herramienta del Litigio de Interés Público, mientras que aquel aborda cuestiones más amplias.

Entendemos que la regresividad es en sí misma una categoría sospechosa por dos argumentos que se retroalimentan. El primero, aunque probablemente

el más discutible, es que el hecho de que los DESCAs hayan sido Derechos que tuvieron un menor desarrollo y/o protección, los ubica como un “grupo de derechos” que han sido históricamente “discriminados”, ya que la principal razón por la cual no tuvieron un desarrollo equivalente al de los Derechos Civiles y Políticos es pura y exclusivamente por razones políticas. Por lo tanto, si las categorías sospechosas vienen a proteger a grupos históricamente discriminados, podrían aplicarse a los DESCAs. Es cierto que hablar de un grupo de derechos como “discriminados” puede resultar, cuanto menos, llamativo. Pero no lo es menos que, en la práctica, esta discriminación (o como se la desee llamar a esta diferenciación) por causas políticas existe.

Si acaso el primer argumento no terminara de convencer acerca de la necesidad de la aplicación de las categorías sospechosas a las medidas regresivas, algo que resulta altamente probable, el segundo argumento para aplicar dicha doctrina a las medidas regresivas es que, considerando que quienes se benefician de las políticas en materias de DESCAs son habitualmente sujetos que pertenecen a grupos con derechos históricamente vulnerados, al aplicar la doctrina de las categorías sospechosas a las medidas regresivas se está protegiendo, de manera indirecta, a grupos cuyos derechos históricamente han sido violados. Lo interesante, es que se protegería a estos grupos en un ámbito en el cual la aplicación habitual de la doctrina de las categorías sospechosas no podría proteger, ya que no se aplicaría a casos de discriminación. A forma de ejemplo, analizaremos dos casos recientes donde se dictaron medidas regresivas, y que de haberse aplicado esta doctrina, se hubiese ampliado el abanico de protección.

La primer situación sobre la cual nos centraremos se refiere a las decisiones del Programa de Atención Médico Integral (en adelante PAMI) establecidas en la Disposición Conjunta N° 0005/17 y su Anexo I (del 4 de enero de 2017) y en la Disposición Conjunta N° 0020/17 y su Anexo I (del 18 de enero de 2017), mediante las cuales se establecieron una serie de nuevos requisitos para acceder a la provisión de medicamentos al 100%, restringiendo la cantidad de personas jubiladas y pensionadas que accedían a dicha prestación. Los requisitos establecidos eran los siguientes:

“...para acceder a los medicamentos al 100% de cobertura por razones sociales, los afiliados al instituto deberán: A) Tener ingreso menor o igual a 1,5 haberes previsionales mínimos. B) No estar afiliados a una empresa de medicina prepaga conforme la definición del Art. 2 de la Ley N° 26682. C) No encontrarse incurso en alguno de los siguientes supuestos: ser propietario de más de un inmueble. Poseer un vehículo de menos de 10 años de antigüedad (a menos que posean un certificado de discapacidad). Poseer aeronaves o embarcaciones de lujo. En caso de resultar excluidos del beneficio en virtud de lo dispuesto en alguno de los acápite a, b o c precedentes, los afiliados que tengan un costo en su bolsillo para la adquisición de los medicamentos prescritos en sus tratamientos, que sea igual o mayor al 5% de sus ingresos, podrá solicitar la cobertura al 100% de medicamentos por razones sociales, a través de un mecanismo de vía de excepción en el que se requerirá y evaluará: revalidación médica. Informe

social (Disposición 7339/GPSYC14) y la escala de vulnerabilidad socio-sanitaria (Disposición 3605/GPSYC14)“.

Estos nuevos requisitos tuvieron como consecuencia que personas que recibían la cobertura de 100% de sus medicamentos antes de estas Disposiciones, dejaran de recibir esa prestación, lo cual indudablemente es una medida regresiva. Más allá de que algunos de los requisitos resultan razonables (estar afiliados/as a una prepaga y poseer aeronaves o embarcaciones de lujo), otros resultan, cuanto menos, cuestionables. Como por ejemplo establecer una antigüedad de diez años para los automóviles (en vez de una valuación) o que el ingreso sea de 1,5 veces el haber previsional mínimo (cuando ese monto es holgadamente menor a un salario mínimo, vital y móvil).

Pero la idea no es analizar la razonabilidad o no de la medida, sino justamente enfocarlo como si esta medida hubiera incurrido en una Categoría Sospechosa. Por lo tanto, en caso de haberse discutido efectivamente en sede judicial la cuestión (se iniciaron acciones judiciales, pero ninguna llegó a una decisión cautelar y/o de fondo), debió haberse aplicado el Escrutinio Estricto, y el propio Estado debería haber justificado que su medida era constitucional, partiendo de la presunción de inconstitucionalidad de la misma. Aparte, debería haber demostrado que la medida fue lo menos restrictiva posible, y las razones excepcionales que lo llevaron a tomarlas.

Como podemos ver, cumplir con todos esos requisitos hubiera derivado indudablemente en la revisión de la decisión, al menos parcialmente, atento a que algunos de los parámetros establecidos por la reglamentación ni siquiera podían tolerar la aplicación del estándar de mera razonabilidad, menos aún el de Escrutinio Estricto.

El otro caso que vamos a abordar es el que se dio respecto de las pensiones no contributivas, cuando se procedió a dar de baja miles de beneficios mediante la aplicación de lo establecido en el Decreto 432/97, que establecía una serie de requisitos para que pudieran otorgarse las pensiones establecidas en el art. 9 de la Ley 13.478, que regía el otorgamiento de pensiones para personas mayores de 70, años que no gozaran de ningún otro beneficio, y personas con discapacidad.

La realidad es que, si bien esta normativa estaba ya vigente, no se había aplicado al momento de otorgar los beneficios. Con lo cual, a diferencia de la anterior situación, donde había existido una modificación normativa que fue regresiva, aquí la regresividad se basó, o bien en la modificación de una práctica, o bien en una vía de hecho. No analizaremos aquí si era acorde a derecho el dar de baja pensiones sin notificar a los/as beneficiarios/as, o tampoco el impacto que tiene sobre la aplicabilidad del Decreto 432/97 la posterior ratificación (e incluso constitucionalización) de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

A nuestro entender, basta en el caso con demostrar que se gozaba de una pensión y la misma fue dada de baja para probar la regresividad, pero más aún si esta situación se extiende a miles de personas, ya que en ese caso entra dentro de las posturas que piden que la situación sea generalizada para configurar la regresividad. En este caso, la justificación de constitucionalidad de la medida hubiera resultado aún más difícil que en el anterior, ya que comenzar a aplicar una normativa que tenía casi 20 años de antigüedad, sin siquiera notificar a los/as beneficiarios/as, dándoles la oportunidad de cumplir con los requisitos allí establecidos (y que nunca se les habían requerido con anterioridad), resulta muy difícil de compatibilizar con un actuar acorde a derecho.

Existieron distintas resoluciones judiciales contra esta práctica, una de ellas se dio en el expediente N° 39031/2017, caratulado "ASOCIACION REDI c/ EN-M DESARROLLO SOCIAL s/AMPAROS Y SUMARISIMOS" que tramita ante el Juzgado Federal de la Seguridad Social N° 8, donde se ordenó cautelarmente en el punto 2 del Resolutorio:

"Admitir parcialmente la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenar al Ministerio de Desarrollo Social de la Nación a que en forma inmediata restablezca el pago de las prestaciones no contributivas por incapacidad otorgadas a las personas con discapacidad residentes en todo el territorio de la República Argentina que fueron dadas de baja o suspendidas sin mediar resolución fundada previa en un proceso que garantice el debido proceso adjetivo que incluya el derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión fundada; o, dictado que hubiese sido, no se hubiese notificado; y que se abstenga de interrumpir los pagos de dichos beneficios otorgados a las personas con discapacidad sin mediar tales recaudos, todo ello hasta que se resuelva en definitiva la presente acción de amparo, excluyendo de ese colectivo a las personas que residen en la jurisdicción territorial del Juzgado Federal de Viedma, a los titulares que hubiesen renunciado expresamente a sus beneficios y a los ex beneficiarios fallecidos".

Nótese que el argumento central que se usa es la violación del debido proceso, y no se hace referencia alguna a la regresividad de la medida. Con el argumento tomado por la jueza, si se hubiese notificado a las personas beneficiarias, estaríamos ante un accionar presumiblemente acorde a derecho. Si en cambio ponderamos la práctica a la luz de la no regresividad, el eje se corre directamente hacia la esencia de la cuestión, y no se queda solamente en la forma: se ataca el hecho de dar de baja las pensiones por ser un menor grado de protección de derechos que el garantizado con anterioridad. Y la única manera de revertir esa situación, es si el Estado demuestra que su práctica no resulta inconstitucional.

Como se desprende de los casos abordados, podemos trazar conexiones entre los grupos protegidos por las categorías sospechosas y quiénes se ven habitualmente perjudicados por las medidas regresivas en materia de DESCA. Si bien pueden darse casos donde quienes se vean perjudicados no

pertenezcan a colectivos que han sido históricamente discriminados y/o han visto sus derechos violados, la práctica demuestra que en casi todos los casos donde se dicten medidas regresivas, las personas afectadas sí pertenecerán a estos colectivos, que son los mismos que intenta proteger la doctrina de las categorías sospechosas.

Pero también debemos decir que la aplicación de dicha doctrina a la no regresividad amplía el ámbito de protección de los grupos históricamente discriminados y/o con derechos vulnerados, porque se expandiría esta protección a toda una nueva gama de situaciones. Por ejemplo, los dos casos mencionados en este acápite no obtendrían protección dentro de la aplicación típica de la doctrina de las categorías sospechosas.

V. Reflexión final

El litigio de interés público, como un área en proceso de construcción y/o disputa de sentido en Argentina, debe ir optimizando las herramientas con que cuenta para ampliar la protección de derechos fundamentales. Y en esto resulta fundamental, tanto el desarrollo de marcos teóricos que sirvan de fundamento, como la exploración en el ámbito judicial de estrategias hermenéuticas como la que aquí se plantea.

Pensar nuevas aplicaciones para las herramientas ya establecidas es una de las variables que debemos considerar como estrategia desde el litigio de interés público, ya que, en términos generales, los tribunales son más propensos a aplicar doctrinas con las que se encuentran familiarizados.

La doctrina de las categorías sospechosas han sido una herramienta central al momento de evitar discriminaciones, invirtiendo la carga de la prueba y poniendo al Estado en el banquillo de los acusados y teniendo que justificar sus decisiones. Hoy por hoy la misma tiene un amplio desarrollo en sede judicial y doctrinario que se remonta a varias décadas atrás, especialmente en los tribunales norteamericanos, a los cuales solemos ver como faro desde nuestros propios tribunales. Ya nuestros propios tribunales han receptado esta doctrina, y si bien su aplicación no es algo generalizado, viene ganando espacio en los últimos años. Resulta útil expandir la aplicación de la doctrina de las categorías sospechosas a nuevos horizontes, principalmente porque le brinda a la judicatura una herramienta para que sea el propio Estado quien deba demostrar que su actuar es efectivamente legítimo (y no partir de una presunción de legitimidad que en estas materias hoy colisiona con los estándares de Derechos Humanos vigentes).

La situación de la exigibilidad de los DESCAs en los tribunales es probablemente uno de los desafíos centrales con los que nos enfrentamos al momento de equiparar la realidad con nuestro texto constitucional y sus promesas. Por lo

tanto, buscar estrategias que puedan garantizar, cuanto menos, que no se retroceda en estas cuestiones es una forma de lograr que todo paso que se dé, sea un avance en este aspecto.

La no regresividad es una garantía novedosa en el derecho, y por ende tenemos que traerla a discusión de manera que resulte accesible, incluso para quienes aún no acordarían en que existe una exigibilidad directa de los DESCAs. Pedirle al Estado que explique por qué es constitucional una medida que brinda menor protección que la que se brindaba con anterioridad, es una postura que seguramente resulte más viable para un juez al momento de analizar una política pública.

No le estamos pidiendo a los tribunales que ordenen que se implemente una política pública inexistente hasta la fecha, estamos pidiendo que le ordenen al Estado que se abstenga de dejar de brindar una protección que se daba con anterioridad. El mantener un estado de situación existente es algo que resulta menos gravoso para cualquier tribunal, ya que justamente existió un reconocimiento por parte del Estado al haber brindado ese servicio (o función).

A fin de cuentas, no se estaría pidiendo a los tribunales que cumplan una función de avanzar en la protección (o creación) de nuevos derechos, sino simplemente que cumplan el rol de establecer límites negativos al Estado, impidiéndole avanzar sobre ciertos derechos ya existentes.

VII. Bibliografía

- Alegre, Marcelo y Roberto Gargarella (coordinadores, 2012). El Derecho a la Igualdad. Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Berros, María Valeria (2011). Construyendo el principio de no regresión en el Derecho argentino. *Jurisprudencia Argentina (JA)*, 2011-IV, fasc. N.13, 2011.
- Bidart Campos, Germán J. (1994). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. VI. -La Reforma Constitucional de 1994-. Buenos Aires, Ediar.
- Bustamante Alsina, Jorge (1995). *Derecho ambiental*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- Ciuro Caldani, Miguel A. (1999). *Principios y valores en el derecho constitucional en Los valores en la Constitución Argentina*. Buenos Aires, Ediar.
- Courtis, Christian (compilador, 2008), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires. Editorial del Puerto.
- Dworkin, Ronald (2015). *Los Derechos en Serio*. 3ª reimpresión. Barcelona. Editorial Planeta.
- Dworkin, Ronald (2008). *El Imperio de la Justicia*. 3ª reimpresión. Barcelona, Gedisa.
- Gil Domínguez, Andrés. (2009). *Constitución socioeconómica y derechos económicos, sociales y culturales*. Buenos Aires. Editorial AD-Hoc.
- Peña Chacón, Mario (2014). Límites, restricciones y excepciones del principio de prohibición de regresividad ambiental. *Revista de Derecho Ambiental RDA* número 35, octubre 2014. Argentina.
- Prieur, Michel (2010). El nuevo principio de “no regresión” en Derecho Ambiental. Publicación correspondiente en el acto de investidura del grado de Doctor Honoris Causae. Prensa Universitaria de Zaragoza, 21 de junio de 2010.
- Rosatti, Horacio (2007). *Derecho Ambiental Constitucional*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Valls, Mario F. (2012). *Presupuestos mínimos ambientales. Ley general 25.675. Comentada, anotada y concordada*. Buenos Aires. Editorial Astrea.

Apéndice multimedia

Entrevista al Director del Programa Universitario de Derechos Humanos - UNAM

En esta oportunidad, entrevistamos al Director del Programa Universitario de Derechos Humanos (PUDH) de la UNAM. El Dr. Luis de la Barreda Solórzano, quien es, además, Profesor de Derecho Penal en la UNAM y en la Universidad Autónoma Metropolitana, nos explicó los objetivos del Programa, su inserción institucional y el funcionamiento de la Clínica Jurídica dentro de la UNAM.

El PUDH nació luego de la Conferencia Internacional sobre Seguridad y Justicia en Democracia, que fuera organizada por dicha Universidad y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional en 2011. Actualmente, el Programa Universitario coordina y realiza actividades de investigación, docencia, difusión de la cultura y extensión universitaria sobre temas cruciales de Derechos Humanos, aunque con especial atención a las materias de seguridad pública y justicia.

Dentro del área de Extensión Universitaria y Servicio Social del PUDH funciona una Clínica Jurídica que se integra con alumnos de distintas carreras de la UNAM como Derecho, Servicio Social, Psicología, Periodismo, entre otras. La Clínica, desde su composición interdisciplinaria, procura reforzar y reflexionar sobre la enseñanza y el ejercicio profesional, y asesorar o litigar casos relevantes en los que estén involucrados los Derechos Humanos.

Nos pareció interesante entrevistar al Dr. Barreda Solórzano para mostrar las diversas formas en que las Universidades intervienen como agentes del Litigio de Interés Público. Desde la REDIP entendemos que la difusión de las diferentes aproximaciones al Litigio de Interés Público contribuye al enriquecimiento de su práctica.

La entrevista puede verse en el siguiente enlace:
<https://youtu.be/yCmLkwX-Rig>

COMUNICACIÓN
Y EDICIONES PROPIAS
EXTENSIÓN



Facultad de Ciencias
**JURÍDICAS
Y SOCIALES**
Universidad Nacional de La Plata

