

EL LITIGIO DE REFORMA ESTRUCTURAL. NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN NORMATIVA

Mariano BUGALLO

SUMARIO: I. Introducción.- II. Carácter operativo o programático de los derechos sociales. 1. Programas y principios emanados de los Pactos internacionales de derechos humanos. 2. Principio de progresividad o no regresividad. 3. Derechos más programáticos que operativos.- III. ¿Control de la oportunidad o mérito de políticas implementadas ante la vulneración de derechos sociales?.- IV. Algunos casos en la jurisprudencia nacional. 1. Pronunciamientos ejemplificadores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. 2. Antecedentes del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.- IV. Nueva forma de intervención judicial: el litigio de reforma estructural. 1. Su estructura y el rol del Poder Judicial.- V. Herramientas existentes en nuestro ordenamiento normativo. Límites de la acción de amparo

I. Introducción

En estos últimos años, en forma creciente los tribunales locales se han constituido en un nuevo canal tendiente a la obtención de valiosos cambios sociales.

La ampliación del catálogo de derechos de nuestra Constitución Nacional mediante las sucesivas reformas y fundamentalmente la incorporación de derechos sociales, económicos, culturales y colectivos ¹ -extremo este último observable en las

1 Mediante la reforma constitucional del año 1994, con la que se dio jerarquía constitucional a numerosos Tratados internacionales de derechos

nuevas Constituciones latinoamericanas, vg. las de Bolivia, Brasil, Colombia de 1991, Ecuador, Venezuela ²- más que lucir como una mera expresión de deseos y expectativas, posibilitó la reivindicación y el éxito de muchas personas al interponer sus pretensiones frente a los tribunales.

La compleja situación que atraviesan los diversos grupos postergados en nuestro país en el terreno de los derechos sociales ³, plantea cada vez con mayor frecuencia problemáticas en torno a su operatividad y exigibilidad judicial.

De esta forma, cuando la política económica del gobierno no garantiza la satisfacción de un mínimo de acceso a los derechos sociales (vg. derecho a una vivienda, salud, educación) y el Poder Judicial, luego de verificar dicho extremo, debe exigir su efectivización, su labor no parecería redundar exitosa con sólo ordenar la abstención de la Administración de ejecutar la política económica planificada.

Es en estos casos donde la pretensión de los demandantes pareciera enfrentar a los miembros del Poder Judicial con la obligación de ordenar a la Administración la implementación de una determinada política a fin de satisfacer o restablecer el derecho conculcado.

Tal circunstancia podría plantear el interrogante de si tal proceder, tendiente a lograr una eficaz y efectiva satisfacción

humanos, a través del artículo 75 inc. 22 (seguramente su principal novedad, en materia de introducción de nuevos derechos); además de prescribir expresamente otros no incorporados en su versión previa, como los relacionados con el medio ambiente, los consumidores, el derecho de información, etc. (ver artículos 41 y 42).

2 Cfr. GARGARELLA, Roberto, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes", <http://www.mediafire.com/?90b2w8sm6rcr8sv>

3 Los derechos sociales son también derechos humanos porque son derechos del hombre al igual que los denominados derechos individuales, civiles o políticos y que se diferencian por las distintas etapas o generaciones en que fueron reconocidos en normas escritas (conf. UGOLINI, Daniela, "Los Derechos sociales y la emergencia", LL 2004-C, 1519 con cita de BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado de Derecho Constitucional*, p. 478).

de los derechos, deviene -aunque sea en parte- contrario al principio constitucional de la división de poderes. Ello así, por cuanto se exige de los magistrados respuestas en asuntos de índole política, ajenas en principio a la órbita de sus funciones.

Es que frente a la existencia de notables deficiencias de las dinámicas sociales y organizacionales, la presencia de Constituciones con amplias cartas de derechos y facultades de control constitucional en manos del Poder Judicial, alienta una mayor intervención de éste en los asuntos públicos, y particularmente en materias antes excluidas de su juicio, vinculadas con políticas de gobierno ⁴.

II. Carácter operativo o programático de los derechos sociales

1. *Programas y principios emanados de los Pactos internacionales de derechos humanos*

En relación con la temática de la operatividad de los derechos sociales y económicos, corresponde recordar que con la reforma constitucional de 1994 se incorporaron a nuestra Carta fundamental los Tratados internacionales sobre derechos humanos. Los mismos poseen jerarquía constitucional, no derogan ningún artículo de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos (art. 75 inc. 22, CN).

Conforme la índole de los derechos tratada en el presente trabajo, revisten particular importancia las disposiciones establecidas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales así como en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

4 BASCH, Fernando, "Breve introducción al litigio de reforma estructural" -documento base para el seminario Remedios Judiciales y Monitoreo de Ejecución de Sentencias en el Litigio de Reforma Estructural-, Buenos Aires, 4 y 5 de noviembre de 2010.

Así, el primero de los Pactos mencionados establece en su artículo 2: “... 1. *Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos... ..*”.

Por su parte, el PSJCR, en su artículo 26 dispone: “...Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados...”.

De los términos de ambas convenciones se sigue que a fin de lograr la plena efectividad de los derechos allí reconocidos, los Estados partes tienen la obligación de elaborar políticas públicas y fijar prioridades, sobre la base de la situación en que se encuentre el reconocimiento de los derechos de que se trate.

En cuanto al concepto “hasta el máximo de los recursos de que disponga” o “en la medida de los recursos disponibles” debe entenderse que los recursos deben utilizarse para dar efectividad a los derechos enunciados en el Pacto, debiendo ser distribuidos de modo equitativo y eficaz. La falta ellos no puede justificar en ningún caso el incumplimiento del deber jurídico de cumplir con los estándares básicos de los derechos objeto de protección.

2. Principio de progresividad o no regresividad

En lo concerniente al criterio ‘lograr progresivamente’, puede decirse que se impone a los Estados “...la obligación de

avanzar con la mayor rapidez y eficacia posibles hacia la meta de la plena efectividad de todos los derechos contemplados en los pactos”.

Gobierna en esta materia el principio de no regresividad (o de progresividad), que prohíbe adoptar políticas y medidas que empeoren el estándar de vigencia de los derechos sociales.

La obligación de no regresividad constituye entonces una limitación constitucional a la reglamentación de los derechos, que veda a las autoridades públicas la posibilidad de adoptar medidas que reduzcan el nivel de los derechos sociales de que goza la población, más aun si se encuentran en situaciones de extrema precariedad y exclusión social ⁵.

Dado que el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o, en su caso, de derogar los derechos ya existentes ⁶.

3. *Derechos más programáticos que operativos*

Conforme las pautas precedentemente reseñadas, es posible inferir que, en general, en materia de derechos sociales y económicos, no puede hablarse de operatividad como consecuencia de su mera inserción o contemplación en la norma constitucional.

Ello significa por ende que se requerirá la existencia de normas que fijen y reglamenten su ejercicio y la existencia de recursos destinados a dicho fin en la ley de presupuesto.

El aspecto más difícil de este tema es que para lograr la efectividad de estos derechos se requiere de acciones positivas del Estado que planifique y ejecute políticas públicas que favo-

5 Conf. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 4.

6 COURTIS, Christian, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Ed. Centro Editores del Puerto, 2006, pp. 8/10.

rezcan su realización. Ya que no basta con “reconocer” los derechos, en el sentido de no impedir su ejercicio o proteger este ejercicio ante terceros, como en el caso de los demás derechos humanos. En este caso el obligado frente al titular del derecho de carácter social es el Estado ⁷.

Por otro lado, cabe poner de resalto que constituye un principio cardinal del Estado de Derecho la circunstancia de que, frente a todo deber constitucional o legal, la Administración no está facultada, sino obligada a actuar en consecuencia. En este aspecto, la Corte Suprema ha establecido que *“la violación de un tratado internacional [y de un derecho] puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado (...)”* ⁸.

En sentido concordante, en otro precedente, el Máximo Tribunal sostuvo que *“el Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio”* ⁹.

Estimo que, por tanto, los extremos expuestos confieren una pauta de especial ponderación por parte de los magistrados en el momento de evaluar la conducta de la Administración cuando se encuentra en discusión la satisfacción de esta índole de derechos.

7 Conf. UGOLINI, Daniela, Los Derechos sociales y la emergencia, LL 2004-C, 1519.

8 CSJN, Fallos, 315:1492, “Ekmedjian Miguel c/Sofovich, Gerardo y otros”, sentencia del 07/07/92.

9 CSJN, Causa A.186 LXXXIV, “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social -Estado Nacional- s/Amparo Ley 16.986”, sentencia del 01/06/2000.

III. ¿Control de la oportunidad o mérito de políticas implementadas ante la vulneración de derechos sociales?

En el orden de ideas señalado en el apartado que antecede no resulta posible soslayar que la implementación de los derechos constitucionales a través de políticas públicas depende de actividades de planificación, previsión presupuestaria e implementación que, por su naturaleza, corresponden a los poderes políticos.

Es claro a su vez que cuando las normas constitucionales fijan pautas para el diseño de políticas públicas de las que depende la vigencia de los derechos allí reconocidos, ante su falta de implementación o su adopción insuficiente o inadecuada, corresponde al Poder Judicial reprochar esa omisión ¹⁰.

Así que frente a una controversia -y en caso de resultar procedente la acción por encontrarse reunidos los diferentes presupuestos procesales de admisibilidad-, corresponda al órgano jurisdiccional corroborar, en primer lugar, si el órgano político cumplió con su deber constitucional de reconocer los derechos y, a tal efecto, diseñó políticas públicas tendientes a asegurar su efectiva vigencia.

En segundo término, corresponde al juzgador determinar si la política o el programa a tal efecto creados son razonables, es decir, si éstos se ajustan a los estándares constitucionales y, asimismo, si resultan adecuados para satisfacer los derechos. Si los mencionados programas cumplen con tales presupuestos, ninguna consideración corresponderá hacer a los jueces sobre políticas alternativas.

Finalmente y en tercer lugar, será necesario que los magistrados comprueben si, una vez delineadas las políticas y creados los programas respectivos, éstos efectivamente se cumplen.

10 Conf. ABRAMOVICH, Víctor, "Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política", JA 2006-II, fascículo N° 12, pág. 17.

En consecuencia, resulta evidente que la razonabilidad y, luego, el adecuado cumplimiento de las políticas o programas creados a efectos de tutelar el derecho, constituyen una cuestión susceptible de control judicial.

Puede sostenerse entonces que cuando los jueces revisan las conductas de la administración en el marco de las causas en las cuales han sido llamados a conocer no invaden zona de reserva alguna, sino que se limitan a cumplir con su función específica, esto es, ejercer el control de la función administrativa a fin de constatar si su ejercicio se adecua o no al ordenamiento jurídico.

IV. Algunos casos en la jurisprudencia nacional

1. *Pronunciamientos ejemplificadores de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*

En la jurisprudencia de la CSJN pueden identificarse variados casos vinculados con la temática de este trabajo. A fin de no prolongar la extensión del presente, sólo se mencionarán algunos de ellos. Así por ejemplo:

- *Caso “Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus”*¹¹: derecho a condiciones carcelarias dignas; reconocimiento de la tutela colectiva en una acción de *hábeas corpus*.

Lo resaltable de este pronunciamiento es el modo en que la Corte diseñó el remedio ordenado: encomendó a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires a revisar las medidas de privación de libertad y a realizar un seguimiento periódico de la situación carcelaria; ordenó al Poder Ejecutivo Provincial el establecimiento de una mesa de diálogo entre las partes y entidades involucradas; exhortó a los poderes Legislativo y Ejecutivo a adecuar la normativa en materia de prisión preventiva, de excarcelación y de ejecución penal a los

11 CSJN, Fallos, 328:1146 del 03-05-2005.

estándares constitucionales e internacionales; ordenó al gobierno provincial informarle de los avances logrados cada 60 días. La expresión de dicho mecanismo aparece en el considerando 26.

-Caso “*Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios*”¹²: derecho a la salud -daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo-; acogimiento del planteo colectivo relativo al daño ambiental.

Aquí, el Máximo Tribunal celebró cuatro audiencias públicas; requirió a los diversos órdenes de gobierno demandados la presentación de un plan integrado para paliar la crisis ambiental en la cuenca; como resultado de su intervención, el Congreso sancionó la Ley de Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo (ACUMAR) y los gobiernos de la Nación, de la Ciudad y de la Provincia de Buenos Aires firmaron un convenio marco para crear una mesa de coordinación de políticas de educación ambiental. En nuevas resoluciones, encargó el control del cumplimiento de su sentencia a un juzgado de Quilmes y creó un cuerpo de monitoreo integrado por el Defensor del Pueblo y distintas organizaciones de la sociedad civil. A su vez, responsabilizó a la Auditoría General de la Nación del control financiero del plan. Durante el proceso de ejecución, aún en curso, se hicieron nuevas audiencias públicas de seguimiento, llegando a intimar al cumplimiento de distintas órdenes con sanciones pecuniarias para los funcionarios incumplidores. En particular, ver apartados 18) y 20) de la sentencia.

12 M. 1569. XL - “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)” - CSJN - 20/06/2006.

-Casos “Badaro, Adolfo Valentín c/Anses s/reajustes varios” del 08/08/2006 y del 26/11/2007 ¹³: derecho a la movilidad jubilatoria; se trató de un reclamo individual atinente a una problemática sufrida por un altísimo número de jubilados por una causa homogénea: el importante retraso y la no movilidad de los haberes jubilatorios.

En los sucesivos casos la Corte estableció que las jubilaciones debían guardar relación con los salarios de los trabajadores en actividad, y exhortó al Congreso a que, en atención a la omisión legislativa verificada, implementara un régimen de movilidad de las jubilaciones que asegurara su actualización automática. El Poder Legislativo dio cumplimiento con lo ordenado en las respectivas sentencias, aunque persisten desacuerdos respecto de si cumplen los estándares fijados por el Máximo Tribunal -ver apartados 23) y 24)-.

-Caso “Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/proceso de conocimiento” ¹⁴: derecho a la vida, a la salud y a la integridad física; situación de emergencia extrema en una zona de la Provincia de Chaco cuyos principales afectados eran integrantes de la etnia toba.

Sin perjuicio de lo que posteriormente decidiera con relación a su competencia, la Corte ordenó al Estado Nacional y a la Provincia de Chaco el suministro de agua potable y alimentos a los miembros de las comunidades afectadas, así como un medio de transporte y comunicación para cada uno de los puestos sanitarios de la región. Asimismo, les requirió que informaran, entre otras cosas, sobre la ejecución de los programas de salud, de agua potable, de educación y de vivienda en

13 B.675.XLI - “Badaro, Adolfo Valentín c/Anses s/reajustes varios” -CSJN- 08/08/2006 y B. 675. XLI R.O - “Badaro, Adolfo Valentín c/ANSeS s/reajustes varios” -CSJN- 26/11/2007.

14 D. 587. XLIII Originario – “Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/proceso de conocimiento” -CSJN- 18/09/2007.

dichas regiones, en el plazo de 30 días. Para ello convocó a una audiencia pública.

-Caso “*Halabi, Ernesto c/P.E.N. -ley 25.873- dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986*”¹⁵: derecho a la intimidad y a la privacidad; análisis de constitucionalidad de una ley y su reglamentación que con el objetivo de combatir la delincuencia autorizaban la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin determinar “en qué casos y con qué justificativos”.

En este importante precedente, el Máximo Tribunal del país confirmó la declaración de inconstitucionalidad con efectos colectivos, al considerar vulnerados los derechos de todos los usuarios de telefonía e Internet, no sólo los del demandante -quien interpuso la demanda alegando la afectación de un derecho propio-; destacó la necesidad de regulación de las acciones colectivas suministrando las bases para ello y ofreció distintas pautas para la intervención de los tribunales cuando los derechos resultan vulnerados por condiciones estructurales.

- Caso “*Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo*”¹⁶: derecho a la vivienda digna y a la salud; situación de calle de una madre y su hijo menor de edad con discapacidad crónica.

En este reciente precedente, la Corte señaló que los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial. Así, luego de analizar la normativa relacionada con la temática debatida, concluyó que el menú de soluciones brindado por la demandada a fin de cumplir con la manda prevista en los

15 H. 270. XLII. – “*Halabi, Ernesto c/P.E.N. -ley 25.873- dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986.*” -CSJN- 24/02/2009.

16 Q. 64. XLVI. – “*Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo*” -CSJN- 24/04/2012.

arts. 14 bis, CN y 31, CCABA resulta insuficiente para atender la particular situación de la actora. Destacó así que ante la ausencia de un plan de vivienda definitiva y la imposibilidad de acceder a las líneas de crédito previstas en la ley 341 por carecer de un ingreso mínimo que supere los \$ 2.000, las alternativas se reducen al alojamiento en el sistema de paradores, hogares y refugios o a la entrega del beneficio provisorio del decreto 690/06; las que no resultan suficientes o adecuadas para atender a las mínimas necesidades de la actora y su hijo discapacitado.

2. Antecedentes del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

- Caso “Acuña, María Soledad c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)”¹⁷: derecho a la salud; condiciones de seguridad y de habitabilidad en el Hospital Neuropsiquiátrico Dr. Braulio Moyano.

Al confirmar la sentencia de primera instancia, la Cámara de Apelaciones fijó las pautas tendientes a obtener un programa de reparación total de las condiciones edilicias, de limpieza y cuidado personal de las internas del nosocomio. A partir de lo actuado por las partes luego de dicho pronunciamiento, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad homologó el acuerdo arribado entre el Sr. Ministro de Salud, el Procurador General, la Sra. Defensora del Pueblo y la Sra. Asesora General Tutelar¹⁸.

17 C. CCAyT, Sala I, 02/12/2008, “Acuña, María Soledad c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)”, EXP. 15.558/0.

18 TSJ, 27/07/2011, “Acuña, María Soledad c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, Expte. n° 6839/09.

- Caso “*Medina Benítez, Rosalva y otros c/GCBA s/amparo*”¹⁹: derecho a la vivienda, a la salud y a la dignidad; otorgamiento de viviendas sociales definitivas a la totalidad de las familias habitantes en el ex asentamiento AU-7, también llamado Villa El Cartón, conforme lo establecido en la ley 1987.

Luego de confirmar la condena a la demandada a dar cumplimiento con la ley 1987, modificada por la ley 2271, la alzada ordenó al juez de grado que, una vez devueltos los autos, convoque a las partes a una audiencia a fin de proponer las fórmulas conciliatorias que estime pertinentes para que los litigantes acordaran la reubicación inmediata de los habitantes del asentamiento.

- Caso “*Fusari, Neris A. y otros c/Instituto de la Vivienda de la CABA*”²⁰ y ²¹: derecho a la vida, a la salud integral, a un ambiente sano y a un hábitat adecuado, a la dignidad humana de las personas alojadas en el Núcleo Habitacional Transitorio (N.H.T.) Zavaleta.

Aquí el tribunal interviniente confirmó carácter colectivo al proceso -sin perjuicio de que la demanda haya sido entablada sólo por las coactoras, por derecho propio y en representación de sus hijos menores de edad-. Ello así, al ponderar que las familias que habitan dicho núcleo habitacional conforman un grupo postergado o débilmente protegido, cuya protección excede el interés de una de ellas y concita el interés del conjunto de la sociedad. A su vez, destacó que la protección constitucional de los derechos involucrados resulta operativa.

19 C. CCAyT, Sala I, 23/12/2008, “*Medina Benítez, Rosalva y otros c/GCBA s/amparo*”, EXP. 26.034/0.

20 C. CCAyT, Sala I, 18/11/2011, “*Fusari, Neris Amanda c/Instituto de la Vivienda de la CABA y otros s/otros procesos incidentales*”, EXP. 33.591/1.

21 Conf. C. CCAyT, Sala I, 18/11/2011, “*Fusari, Neris Amanda c/Instituto de la Vivienda de la CABA y otros s/amparo* (art. 14, CCABA)”, EXP. 33.591/0.

- Caso “Fernández, Mary Estela y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)”²²: derecho a la vivienda; suspensión del Programa de Alojamiento Transitorio en Hoteles.

Nuevamente aquí se confirió carácter colectivo a la acción instaurada, destacándose que la tutela de los derechos fundamentales que se dicen conculcados excede el interés de cada parte en tanto su protección concita el interés del conjunto de la sociedad. Como solución a la problemática presentada, se ordenó que en primera instancia se implemente un mecanismo adecuado tendiente a asegurar que todos los potenciales interesados tomen conocimiento de la existencia del proceso, a fin de garantizar el ejercicio de su derecho de defensa y, en su caso, puedan optar por presentarse en el expediente y manifestar su voluntad de no resultar alcanzados por la decisión.

IV. Nueva forma de intervención judicial: el litigio de reforma estructural

Los antecedentes reseñados *ut supra* ilustran -aunque sea de manera incipiente- la aceptación por nuestros tribunales de Justicia de nuevas formas de intervención propias del “litigio de reforma estructural”, es decir, lo que en la tradición del movimiento de los derechos civiles y sociales estadounidenses se denomina litigio complejo (*complex litigation*) o litigio de reforma estructural (*structural reform*)²³.

En efecto, se ha reconocido en diversos precedentes referidos a la efectividad y exigibilidad de los derechos fundamentales que, frente a la presencia de un estrecho vínculo entre la

22 C. CCAyT, Sala I, 12/12/2011, “Fernández, Mary Estela y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)”, EXP. 34.398/0, con disidencia parcial del Dr. Horacio G. A. Corti; sentencia cuyo recurso de inconstitucionalidad fue concedido el 29/05/2012.

23 Conf. BERGALLO, Paola, “Justicia y experimentalismo: la función remedial del Poder Judicial en el litigio de derecho público en la Argentina”, Seminario Latinoamericano de Teoría Política y Constitucional (SELA), mayo de 2005.

protección del derecho y la actuación administrativa, se han redefinido ciertos aspectos en la ejecución de las políticas públicas diseñadas por el Estado, siempre, dentro del marco de las potestades judiciales y el respeto a la división de poderes, aspectos que caracterizan el llamado, por la tradición jurídica norteamericana, litigio estructural ²⁴.

En la tradición estadounidense este tipo de litigio, aunque con diversas denominaciones a lo largo del tiempo ²⁵, se ha empleado

24 Al respecto "...ver los clásicos trabajos de Owen Fiss 'The Supreme Court 1978 Term. Foreword: The forms of Justice', *Harvard Law Review*, vol. 93, noviembre de 1979; y Abram Chayes, 'The role of the judge in public law litigation', *Harvard Law Review*, vol. 89, mayo de 1976...", conf. lo señalara la Sala I del fuero en el citado fallo "Acuña, María Soledad c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)", EXP. 15.558/0.

25 Ver BASCH, Fernando, op. cit. "...Hay general acuerdo en ubicar en distintas decisiones de la Corte Suprema norteamericana de los años '50 y '60, presidida por el juez Warren, el inicio de una nueva forma de intervención judicial dirigida a propiciar o lograr la reforma estructural. El caso unánimemente señalado como punto de inicio del litigio de reforma estructural es Brown v. Board of Education. El objeto de dicho caso era el ejercicio del derecho a la educación en condiciones de igualdad, y esencialmente a la igual protección de la ley, que venían siendo violados de manera masiva y sistemática a través de las políticas de segregación racial practicadas en el sistema educativo de los Estados Unidos. En una primera decisión, conocida como Brown I, la Corte norteamericana declaró que el sistema segregacionista imperante era inconstitucional, es decir que toda la política de educación segregada por motivos raciales -que tiempo atrás había sido aprobada por la Corte Suprema-, en general, violatoria de derechos y debía ser modificada. Un año después, en advertencia de las enormes dificultades que existirían para ejecutar dicha decisión, el tribunal emitió una nueva decisión -Brown II-, encargando a las autoridades locales la reforma de políticas necesaria para adaptarlas al mandato constitucional, y ordenando a los jueces locales la supervisión de dichas reformas, de manera de verificar que la sentencia se cumpliera lo más rápido posible. Consecuentemente, también provienen de la academia jurídica norteamericana los primeros intentos de lograr un marco conceptual que ayudara a comprender y mejorar la intervención judicial en estos casos. Fue Abraham Chayes quien primero advirtió que 'estamos presenciando la emergencia de un nuevo modelo de litigio civil, y creo que nuestra concepción tradicional acerca del rol judicial y las asunciones sobre las cuales se basa proveen cada vez menos ayuda, de hecho proveyendo un marco equivocado para evaluar tanto la funcionalidad como la legitimidad de los roles del juez y los tribunales...'. Este nuevo modelo,

en áreas tales como la segregación racial del sistema educativo, la reforma de instituciones psiquiátricas y penitenciarias, las acciones para combatir la discriminación estructural de género, el cumplimiento del mandato de accesibilidad a edificios y servicios previamente accesibles para personas con discapacidad.

Puede identificarse al litigio de reforma estructural como el pleito caracterizado por: 1. La multiplicidad de actores e intereses en juego; 2. El carácter estructural de la violación bajo análisis; 3.

La necesidad de diseño de un remedio que requiere planificación e implementación de largo alcance; 4. La necesidad de respeto de la división de poderes, al ser, por lo general, la demandada una autoridad estatal ²⁶.

... fue denominado por Chayes como 'litigio de derecho público'. Su principal característica era 'que las demandas no se generan a partir de disputas entre partes privadas acerca de derechos privados. En su lugar, el objeto del litigio es la reivindicación de políticas constitucionales o legales'. Para Chayes, 'en casos de este tipo, la concepción fundamental del litigio como mecanismo para el arreglo de disputas privadas no resulta más. La discusión es acerca de si, y en qué medida, una política de gobierno puede ser llevada adelante... Ahora bien, la denominación de este tipo de casos como de litigio de derecho público parecía ser sobre-abarcadora, pues no en todo litigio sobre cuestiones de derecho público es posible advertir dicha multiplicidad de elementos. Owen Fiss corrigió la nomenclatura asignada por Chayes y escogió la más específica de litigio 'de reforma estructural'. Fiss también precisó el análisis conceptual efectuado por Chayes, y comprendió que 'la dirigida a la reforma estructural (...) es un tipo de intervención judicial que se distingue por el carácter constitucional de los valores públicos en juego, y más aún por involucrar al poder judicial en una discusión con las burocracias estatales... Chayes y Fiss describían y analizaban básicamente las mismas novedosas formas de intervención en los conflictos públicos que venían desarrollando los tribunales norteamericanos. Dichas formas de intervención judicial eran criticadas por otro importante teórico del derecho, Lon Fuller. Éste las catalogó como 'litigio policéntrico', basándose en que se trataba de casos que involucraban diversas y complejas relaciones entre distintos grupos de personas y agencias... Lo que observaba Fuller era que en los conflictos 'policéntricos', 'resulta sencillamente imposible acordar a cada parte afectada una participación significativa que le permita aportar pruebas y argumentos...'”

26 Ver COURTIS, Christian, “Tutela judicial efectiva y afectaciones colectivas de derechos humanos”, J.A. 2006-II, LexisNexis.

Su objetivo distintivo lo constituye la eliminación o modificación de condiciones estructurales que dan lugar a una determinada situación de hecho que resulta violatoria de derechos.

En otras palabras, el litigio de reforma estructural está dirigido a obtener del Poder Judicial la revisión de una violación de derechos, que involucra una situación colectiva y que requiere una solución que no se agota en una orden única, sino que exige la ponderación de múltiples factores, la especificación de diversas medidas a adoptar, un cronograma de cumplimiento gradual y la evaluación de su implementación.

1. Su estructura y el rol del Poder Judicial

1. Otra es la estructura de partes del caso. Ya no se verifica la presencia de una parte actora claramente determinada, sino colectivos de personas que sufren la violación de sus derechos por padecer las mismas condiciones estructurales.

En relación con la parte demandada, como la violación de derechos es producto de un conjunto de condiciones estructurales, difícilmente pueda entablarse la demanda contra una única persona o entidad estatal.

Por su parte, la solución al caso se vuelve compleja. No es suficiente con identificar y reparar, a través de la vuelta a la situación anterior. Lo que resulta necesario es que el tribunal disponga ciertas medidas para que las condiciones sociales o institucionales existentes dejen de existir y sean sustituidas por otras acordes a los estándares constitucionales.

2. Ante la presencia de un caso con las características apuntadas, no correspondería a los magistrados ingresar a evaluar la conveniencia o bondad de una determinada política pública, sino intentar precisar en primer lugar si se trata de una situación de carácter estructural, con la entidad y permanencia en el tiempo suficientes para provocar la violación del derecho contemplado en el ordenamiento jurídico.

De esta forma, ante la comprobación de una omisión ilegítima en el cumplimiento de una obligación constitucional, o ante una regulación insuficiente, deviene más adecuado al

principio de división de poderes que sea la propia Administración la que establezca cuál es el curso de acción más idóneo para cumplir con su deber jurídico de proveer al menos un estándar básico de satisfacción del derecho (así, por ejemplo, respecto de aquellas personas que se encuentran en situación de emergencia habitacional, solución que puede ser satisfecha mediante diversos cauces).

Seguramente se presentarán en el desarrollo del proceso dificultades relacionadas con la participación o involucramiento de diversas reparticiones u organismos públicos, posiblemente de diversas órdenes de gobierno; la contemplación de factores presupuestarios; la presencia de profundas deficiencias orgánicas coyunturales.

La utilización de una fórmula flexible en la parte dispositiva de decisiones de esa índole permite a la parte demandada un cierto margen de apreciación en la elección de los medios a través de los cuales cumplir en forma adecuada el mandato constitucional.

A su vez, la actuación judicial en la etapa de ejecución habrá de consistir en el seguimiento de una instrucción, cuyo contenido concreto habrá de ser construido a partir del diálogo y participación continua que necesariamente se producirá entre los actores, el Ministerio Público en su caso, el tribunal, y la autoridad pública.

V. Herramientas existentes en nuestro ordenamiento normativo. Límites de la acción de amparo

1. En primer lugar considero que resulta loable en esta temática la laboriosa tarea de adaptación y desarrollo interpretativo que vienen desempeñando los abogados en el ejercicio profesional y el universo de personas que integran el Poder Judicial, esto es, los magistrados, funcionarios y los representantes de los Ministerios Públicos Fiscales, de la Defensa y Tutelares, tanto en el ámbito nacional como en la ciudad de Buenos Aires, principalmente mediante la utilización de la ac-

ción de amparo, contemplada en los arts. 43, CN y 14, CCABA y leyes 16.986 y 2145, respectivamente.

Mas, no puede negarse que en la actualidad el sistema normativo no contempla una acción o procedimiento de trámite ordinario que posibilite la tramitación de un proceso complejo mediante el cual puedan debatirse cuestiones atinentes a la falta de efectivización de los derechos sociales y económicos de tipo estructural; pueda contemplarse el entorno histórico-social-económico que ocasiona o coadyuva a su generación y/o mantenimiento y multiplicación; que permita un marco pautado de participación de las diversas partes involucradas; que posibilite el planteo y el análisis de nuevas prácticas por parte de los organismos públicos involucrados o a crearse o la introducción de un nuevo diseño institucional más eficaz; que permita obtener una reparación material y moral y que contenga reglas destinadas al control de las decisiones judiciales.

Tampoco puede negarse que la mayor cantidad de casos mediante los cuales se procura la satisfacción de esta clase de derechos tramitan y se sustancian a través de la acción de amparo -en muchos casos el amparo colectivo previsto en el art. 43, CN-, limitada en cuanto a los supuestos de procedencia, a su pretensión, al acotamiento de los plazos procesales, entre otros ²⁷ aspectos que obstan al debido abordaje y tratamiento del litigio objeto del presente trabajo.

Al respecto, resulta atinado traer a consideración las expresiones vertidas por el ex juez Dr. Julio B. J. MAIER en su voto en la causa “Akrich”: “...II...4. *El carácter sumarísimo (acción rápida y expedita) de la acción de amparo, carácter establecido por el constituyente, pretende dotar a las personas de una garantía para aquellos casos en los que se presentan determinadas circunstancias que no admiten la tramitación de un juicio bajo los moldes más complejos, estrictos y dilatados de los procesos comunes. Las circunstancias aludidas, que ope-*

27 Ver decreto-ley 16.986 en el ámbito nacional y leyes 2145 -vetada parcialmente por decreto 2018/6- y 2243 en la Ciudad de Buenos Aires.

*ran como 'conditio sine qua non' para admitir un amparo son, básicamente, la necesidad de una actuación judicial urgente que prevenga o repare consecuencias notoriamente disvaliosas para quien acciona, y el carácter manifiesto de la conducta lesiva..."*²⁸.

2. La utilización del amparo colectivo y su falta de contemplación legislativa tanto en el ámbito federal como en la Ciudad de Buenos Aires trae aparejadas innegables dificultades como: ausencia de criterios para evaluar la homogeneidad de los intereses de los miembros del grupo y su participación, falta de claridad sobre temas tales como adecuación de la representación, la intervención de terceros; falta de claridad en materia de alcances y efectos de la sentencia; entre otros.

No basta la existencia de acciones aisladas que permiten la protección de derechos colectivos específicos como la defensa del medio ambiente sano²⁹ o los de los consumidores³⁰.

A su vez, la exigencia de demostrar en la acción de amparo que el acto u omisión atacada es manifiestamente ilegal o arbitrario, reduce las posibilidades de debate sobre temas de

28 En el punto 6 de su voto en el expediente nro. 4782/06: "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)", sentencia del 29-11-2006, el nombrado sostuvo: "...*Comparto la interpretación que efectúa la Corte federal de la ley de amparo cuando afirma que 'La inadmisibilidad de la acción de amparo cuando no media arbitrariedad o ilegalidad manifiesta no varió con la sanción del nuevo art. 43 de la Constitución Nacional, que reproduce el art. 1° de la ley 16.986, imponiendo idénticos requisitos para su procedencia' (Fallos: 319, 2955). Tampoco la ley de amparo -aplicable en la jurisdicción local de acuerdo con lo establecido por el art. 5 de la ley n° 24.588, según lo resuelto por el Tribunal desde sus primeros pronunciamientos (in re 'Perrone, Héctor Alejandro c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo', expte. n° 30/99, resolución del 22/4/99; 'Asociación de Receptorías de Publicidad c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo', expte. n° 20/99, resolución del 12/5/99; 'Gottschau, Evelyn Patrizia c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de queja', expte. n° 361/00, resolución del 20/6/00)- contraría, en este punto, las disposiciones del art. 14 de la Constitución de la Ciudad...*".

29 Arts. 30/3, ley 25.675.

30 Capítulo XIII, ley 24.240.

hecho y prueba, tornándose por ende inadecuada para violaciones de mayor complejidad, de carácter estructural.

3. Sentado lo expuesto, considero atinado advertir acerca de la conveniencia y de la necesidad de contar en nuestra legislación con acciones de tipo colectivo y de trámite similar al proceso ordinario, mediante las cuales puedan tramitarse acciones complejas de forma estandarizada. A los fines de su abordaje y solución resulta insuficiente el ya existente dispositivo sumarísimo del amparo o el proceso de conocimiento de neto corte bilateral.

Los procesos mencionados deberían posibilitar la participación de varias partes que representan intereses colectivos distintos, facilitar una gestión judicial prudente para no perjudicar derechos de otros miembros de la clase o del grupo involucrado, o los intereses de otros beneficiarios del bien colectivo de que se trate. Máxime, cuando en este tipo de casos la decisión alcanza a personas que no deciden beneficiarse o ser abarcadas por la misma.

Esto significa contar con plazos procesales más largos, un período de certificación de la adecuación e idoneidad del representante de la clase o grupo, mecanismos de contralor para impedir afectaciones de derechos de quienes serán beneficiados o perjudicados por la acción, mayor amplitud de debate y prueba, una instancia de alegatos acerca de las pruebas producidas, un procedimiento de ejecución prolongado al que puedan agregarse más beneficiarios, etc.

La rapidez y efectividad en estos casos dependerá en gran medida de un adecuado sistema de medidas cautelares que impidan que la violación cese o que el daño se consume mientras se sigue discutiendo la cuestión de mayor complejidad.

Tengamos presente que el difícil contexto económico y social de nuestro país -y de la mayor parte de Latinoamérica- en donde existen enormes desigualdades en la distribución de la riqueza y en el acceso a los derechos sociales más básicos y fundamentales, la cantidad de casos individuales que se presentan en los tribunales judiciales exigiendo la satisfacción de derechos económicos, sociales y culturales imponen la imple-

mentación de esta herramienta. Lo contrario podría enfrentarnos en algún momento no tan lejano con una posible crisis de gerenciamiento del sistema judicial ³¹.

31 GARCÍA PULLES, Fernando, “Defensa institucional contra la corrupción. Herramientas para su eficacia. El proceso de clase. Necesidad de una regulación urgente”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (RAP)*, Nro. 38, Buenos Aires, 2010, p. 193.