

Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina

Paola Bergallo*

A partir de la reforma constitucional de 1994, un conjunto de abogados, defensores públicos y organizaciones de la sociedad civil han recurrido a los tribunales en búsqueda de nuevos espacios de participación en la persecución de cambios sociales. Para ello, han promovido de forma creciente el litigio de derecho público,¹ definido como el reclamo judicial en la forma de acciones individuales o colectivas que buscan la transformación estructural de instituciones del Estado en pos del respeto de derechos y valores democráticos consagrados en la Constitución.

Si bien el despliegue de esta estrategia frente al accionar del Estado y sus agentes se encuentra en estado embrionario,² su desarrollo provee un marco interesante para discutir algunos de los temas planteados por los organizadores del panel respecto de las contribuciones que desde el derecho podrían formularse a una agenda reformista. En particular, quiero explorar aquí un aspecto de la nueva práctica del litigio de derecho público soslayado en el ámbito doméstico: el modelo de remedios judiciales frente a los órganos estatales en la pugna por

* Estudiante de doctorado (JSD), Facultad de Derecho, Universidad de Stanford.

¹ En Argentina es usual referirse a esta nueva estrategia como litigio de “derecho de interés público.” En este trabajo, sin embargo, he preferido utilizar la expresión “litigio de derecho público” para acotar la discusión a la variante del litigio de impacto frente a instituciones de la administración pública con las características descriptas en el clásico trabajo de Abram Chayes, “The Role of the Judge in Public Law Litigation,” 89 *Harvard Law Review* 1281 (1976). La definición y el alcance de la práctica de litigio de interés público han sido objeto de varias discusiones prácticas y teóricas. Véase por ejemplo, Volúmenes 7, 8, y 9 de los *Cuadernos de Análisis Jurídico* de la Universidad Diego Portales (1998, 1999, 2000); Martín Bohmer, “Sobre la Inexistencia del Derecho de Interés Público en la Argentina,” *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, V. 3:1 (1997); Mary McClymont & Stephen Golub (ed.), *Many Roads to Justice*, The Ford Foundation, 2000; o Mark Ungar, *Elusive Reform: Democracy and the Rule of Law in Latin America*, Boulder: Lynne Rienner Publishers, 2002. Sobre la producción más reciente, véanse las publicaciones en *Conecta Sur*, disponibles en <http://www.conectasur.org/es/item3a.php>.

² Para un estudio del desarrollo del litigio en la forma de acciones colectivas, véase, Gustavo Maurino, Ezequiel Nino & Martín Sigal, *Acciones Colectivas: Análisis Conceptual, Constitucional, Jurisprudencial, Procesal y Comparado*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005 (en prensa).

reformas estructurales y el rol de estos remedios, a su vez, en la mejor definición de los objetivos y estilos de reclamos de intervención judicial en la administración pública.

Argumentaré aquí que es necesario reorientar las discusiones existentes sobre la legitimidad y la capacidad institucional del activismo judicial frente al accionar de la administración pública hacia la deliberación sobre el rol y el tipo de remedios que el poder judicial podría o debería instrumentar para contribuir al proceso de democratización, fortalecimiento institucional y combate de la pobreza.

Con ese objetivo, luego de una breve aclaración sobre la traducción del concepto de remedios judiciales (Parte I), presentaré esquemáticamente algunos ejes del debate local sobre el litigio de derecho público para señalar sus limitaciones y la necesidad de su reformulación a fin de incluir la dimensión remedial del accionar judicial (Parte II).

Exploraré luego algunas ideas para orientar una discusión sobre los remedios judiciales en el plano local. Comenzaré con una ilustración del estilo remedial desplegado por nuestros tribunales en los litigios de derecho público planteados hasta ahora. Para ello, revisaré los remedios judiciales ordenados en lo que constituye un cuerpo incipiente de intervenciones judiciales en reclamos de derecho a la salud en circunstancias de pobreza (Parte III).

Como indican los casos en los que prosperaron los reclamos, los remedios judiciales frente a los hospitales públicos y organismos y funcionarios estatales a cargo del sistema de salud ejemplifican rudimentariamente el modelo tradicional de intervención en la administración pública del estilo *comando y control*. Si bien este tipo de intervenciones tiene aspectos positivos y ha funcionado con éxito en ciertas etapas del litigio de impacto en jurisdicciones como la estadounidense, sugeriré en el resto del trabajo que las particulares circunstancias de desarrollo y precariedad institucional de los actores argentinos podrían ajustarse mejor a una utilización de

remedios judiciales según el modelo de *litigio experimental* para la *desestabilización de derechos*, tal como el propuesto recientemente por Sabel & Simon³ (Parte IV). Además de adecuarse mejor al contexto institucional local, este modelo podría ofrecer respuestas más apropiadas a las objeciones al litigio de impacto basadas en la carencia de legitimidad o la incapacidad institucional del poder judicial. El trabajo concluye con algunas sugerencias para contribuir al debate de las funciones remediales del poder judicial, si es éste ha de desempeñar un rol más efectivo en el control de la administración en relación a la desigualdad estructural.

I. Una aclaración terminológica

En la tradición del derecho argentino no existe el equivalente terminológico de la idea de “remedios” como se la conoce en el sistema jurídico estadounidense. En éste, el concepto de “*remedy*” se refiere a “los distintos tipos de instrucciones que los tribunales ordenan luego de ser persuadidos de los méritos de un planteo del demandante.”⁴ Los remedios judiciales⁵ incluyen: (a) la determinación de daños (“*damages*”), sea como compensación monetaria o como daños punitivos; (b) la declaración de los derechos y obligaciones de las partes; y (c) una variedad de órdenes denominadas *injunctions*,⁶ que instruyen al demandado a detener una conducta dañina o comenzar otra requerida por el derecho.⁷ En particular, estas últimas órdenes requieren la existencia de daños irreparables y la ausencia de otros remedios adecuados. Se han propuesto

³ Charles Sabel & William H. Simon, “Destabilizing Rights: How Public Law Litigation Succeeds,” 117 *Harvard Law Review* 1015 (2004).

⁴ Subrin, Minow, Brodin & Main, *Civil Procedure*, Aspen Publishers, 2nd. ed., 2004, p. 5 (la traducción es mía).

⁵ El desarrollo de este sub-tema del derecho procesal es tan amplio y complejo que suele estudiarse en cursos específicos y referirse como el “derecho de los remedios.” Entre los materiales didácticos clásicos sobre el derecho remedial, véanse por ejemplo, Dan B. Dobbs, *Law of Remedies: Damages, Equity, Restitution*, Hornbook Series Student Edition, West Publishing Company; 2nd. ed, 1993; y Owen Fiss & Doug Rendleman, *Injunctions*, University Casebook Series, The Foundation Press, Inc., 2nd. Ed., 1984.

⁶ Owen Fiss & Judith Resnik, *Adjudication and its Alternatives: An Introduction to Procedure*, Foundation Press, New York: NY, 2003, p. 29.

⁷ Fiss & Resnik, *op. cit.*, p. 5. La distinción fundamental entre los dos tipos principales de remedios, la compensación por daños y las *injunctions*, se remonta a la diferencia jurisdiccional entre los tribunales del *common law* y las *equity courts* existentes en Inglaterra desde la Edad Media y unificados en la primera mitad del Siglo XX en Estados Unidos. Fiss & Resnik, *op. cit.*, p. 26.

diversas clasificaciones de *injunctions*. Entre las taxonomías posibles, algunos diferencian entre *injunctions*: (a) preventivas, orientadas a evitar daños futuros, (b) reparatorias, reservadas a la reparación de daños pasados; y (c) estructurales, por el litigio de derecho público, y destinadas a reorganizar instituciones sociales. Todas ellas pueden ser temporarias o definitivas.

En nuestro derecho, las normas del Código Civil y el derecho procesal contemplan la mayoría de las diversas modalidades remediales del derecho estadounidense y, en la práctica, las sentencias contienen la determinación de indemnizaciones por daños, reconocimientos de derechos o instrucciones de hacer u omitir hacer al estilo de las *injunctions*. También las medidas precautorias se asemejan a las órdenes temporarias o provisionales del *common law*. Sin embargo, no existe un sucedáneo conceptual de la idea de remedios⁸ del derecho estadounidense, una dogmática o discusiones teóricas sobre los mismos como un área comprehensiva y específica del derecho procesal o sustantivo y, mucho menos, estudios sociológicos de las prácticas remediales de los tribunales argentinos, sus obstáculos y grados de efectividad.⁹ Como consecuencia de ello, el abordaje de los temas vinculados a la función remedial de los tribunales se da –cuando éste ocurre- en forma departamentalizada en las distintas áreas del derecho y sin contextualizar sus aspectos procesales. En el ámbito del litigio de derecho público, el tema se aborda en el vocabulario de la implementación de las decisiones judiciales y los procesos específicos de ejecución de sentencias o las previsiones de desacato, astreintes, y otras sanciones disponibles ante el incumplimiento de los fallos.¹⁰ La falta de estudios empíricos sobre los

⁸ La expresión “remedio” se utiliza en general en Argentina para referirse a procedimientos abreviados como el amparo o a los recursos de apelación y en especial, al recurso extraordinario al que se apela como “remedio federal.”

⁹ En Estados Unidos el desarrollo doctrinario, teórico y sociológico sobre la función remedial de los tribunales se remonta a la relevancia que les asignaran Holmes y luego el Realismo. Según Holmes, lo importante es “what courts will do in fact, and nothing more pretentious.” “The Path of the Law,” 10 *Harvard Law Review* 457, 461 (1897).

¹⁰ En general, son quienes promueven el litigio de impacto quienes han demostrado preocupación por las dificultades para implementar decisiones judiciales ordenando a la administración determinadas conductas. En el caso de la implementación de las sentencias sobre derechos sociales, económicos y culturales, por ejemplo, Víctor Abramovich & Christian Curtis se han referido al tema bajo el rótulo de “emplazamiento del Estado a realizar la

diseños remediales empleados por los tribunales y el cumplimiento de las partes de los mismos es una constante en las oportunidades en las que el tema está presente.

Las ausencias teóricas, conceptuales y empíricas señaladas, y en particular, la falta de conceptualización de los remedios de tipo “estructural”¹¹ y aquellos otros empleables en el nuevo contexto plurilateral, amorfo, fluido y provisional del litigio de derecho público,¹² se tornan en especial relevantes al momento de enfrentar argumentos sobre la legitimidad y la capacidad institucional del poder judicial para la interferencia en el accionar de la administración pública.

Es por ello y porque creo que no violenta el bagaje conceptual del derecho argentino, que en el resto del trabajo tomo la licencia de transplantar el concepto de remedios judiciales para referirme a las órdenes de nuestros tribunales cuando prosperan los reclamos de las partes.

II. Redefiniendo el debate: la incorporación de la discusión sobre la función remedial del poder judicial.

Por el momento, los problemas de implementación de las decisiones judiciales en litigios de derecho público, y más concretamente, el de su función y estilo remedial, han sido relegados

conducta debida” revisando jurisprudencia exitosa nacional e internacional y asumiendo que “la constatación de la obligación incumplida debe ser seguida por la manifestación circunstanciada de qué conducta o conductas debe realizar el Estado para garantizar o satisfacer el derecho violado.” Véase, *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, p. 136. Sin embargo, estos autores no han discutido modalidades alternativas de la intervención remedial judicial más que la propuesta de la “manifestación circunstanciada” mencionada, y han preferido ofrecer además modalidades alternativas de formulación del reclamo jurídico como las que describen bajo la idea de “estrategias de exigibilidad indirecta.” Abramovich & Curtis, *op.cit.*, p. 168.

¹¹ El litigio desarrollado por el movimiento por los derechos civiles revalorizó los remedios al estilo de las *injunctions* y dio forma a lo que se dio en llamar “*structural injunctions*” o la “*civil rights injunction.*” Según Fiss, “las órdenes estructurales reconocen la naturaleza burocrática del Estado moderno. Buscan proteger valores constitucionales frente a los riesgos planteados por las organizaciones burocráticas. (...) Estas órdenes son los medios que utiliza el juez para dirigir o administrar la reconstrucción de la organización burocrática.” (la traducción es mía) Cfr. Owen Fiss, *The Civil Rights Injunction*, Indiana University Press, Bloomington & London, 1978. Entre los trabajos seminales que contribuyeron a la discusión de esta nueva figura remedial pueden citarse por ejemplo: Donald Horowitz, *The Courts and Social Policy*, The Brookings Institution, Washington, DC, 1977; , Owen Fiss, “The Forms of Justice,” 93 *Harvard Law Review* 1 (1979); Theodore Eisenberg and Stephen Yeazell, “The Ordinary and the Extraordinary in Institutional Litigation,” 93 *Harvard Law Review* 465 (1980); Alan Gewirtz, “Remedies and Resistance,” 92 *Yale Law Journal* 585 (1983); Robert F. Nagel, “Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies,” 30 *Stanford Law Review* 661 (1978); Peter Schuck, *Suing Government*, Yale University Press, New Haven, CT, (1983).

¹² Chayes, *supra* nota 1, p. 1284.

en las discusiones locales¹³ sobre la legitimidad del activismo judicial y las implicancias de la exigibilidad judicial de los derechos socioeconómicos, por un lado, y en el debate sobre las herramientas procesales para la implementación del nuevo litigio en sí, por el otro.

Al igual que en los clásicos debates estadounidenses sobre la objeción contramayoritaria al control judicial de constitucionalidad, basada en el supuesto carácter antidemocrático de su intervención en el accionar de los poderes investidos constitucionalmente con la representación y el mandato popular, algunos han resistido *a priori* la interferencia judicial y la judicialización de reclamos que consideran deben ser resueltos por el Congreso o la administración pública.¹⁴ La falta de legitimidad de la intervención judicial residiría, según diversas posiciones, en la violación de principios como la separación de poderes¹⁵ o de valores como el autogobierno.¹⁶

Otro ámbito de nuestros debates sobre el rol del poder judicial en la realización de derechos constitucionales ha girado en torno a la interpretación de un principio igualitario de raigambre constitucional y el estatus de los derechos sociales, económicos y culturales, centrándose en el rol que la constitucionalización de tales principios impone a los tribunales.¹⁷ En general, contra quienes objetan el activismo judicial, los partícipes de estas discusiones han abogado por la intervención judicial activa en la protección de derechos sociales justificando la

¹³ El lector argentino familiarizado con la precariedad de los intercambios académicos y los debates públicos locales considerará exagerada mi referencia a las “discusiones locales.” En diversos sentidos estas no existen realmente, por la falta de foros escritos y académicos en los que desarrollar los intercambios, por la ausencia de actores con dedicación suficiente, la precariedad institucional del marco en el que se dan los diálogos cuando existen, etcétera. Utilizo la expresión, en cambio, en referencia a una serie de trabajos que constituyen la escasa producción sobre el tema localmente y que, en general, son partícipes de diálogos transnacionales con fuentes y actores estadounidenses, europeos y, en ciertas ocasiones, latinoamericanos.

¹⁴ Roberto Gargarella, *La Justicia frente al Gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996.

¹⁵ Los argumentos deferentes al Congreso o la administración pública basados en la separación de poderes suelen preponderar en las decisiones judiciales.

¹⁶ Roberto Gargarella, *op. cit.*, *supra* nota 14.

¹⁷ Varios autores se han manifestado contra argumentos conservadores que niegan la exigibilidad de derechos sociales. Véase por ejemplo, Carlos S. Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992; Carlos S. Nino, “Los Derechos Sociales,” en *Derecho y Sociedad*, Buenos Aires, 1993; Marcelo Alegre, “Democracia, Igualitarismo y Activismo Judicial,” en *Los Derechos Fundamentales*, SELA 2001, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2002; Christian Courtis, “Los Derechos Sociales como Derechos,” en *Los Derechos Fundamentales*, *op. cit.*; y Abramovich & Courtis, *op. cit.*

exigibilidad judicial de derechos tradicionalmente considerados “programáticos” o “aspiraciones” y, por ello, desprovistos de protección judicial. Para los que abogan por ese rol activo para el poder judicial en la protección de todos los derechos constitucionales sin diferenciar categorías, las implicancias morales del principio de igualdad en la definición del contenido sustantivo de los derechos, o los términos de positivización de los derechos sociales, económicos y culturales, respaldan la obligación judicial de intervención.

Finalmente, es posible identificar otro conjunto de discusiones locales relevantes en la definición del rol de los tribunales como espacio de transformación social. Ellas han considerado el desarrollo de herramientas procesales necesarias para estimular la acción judicial en la protección de derechos y reformas institucionales que contribuyan a fortalecer el proceso de transición democrática del país. Desde la reforma constitucional de 1994, tanto las decisiones judiciales como los intercambios doctrinarios han hecho hincapié en la interpretación de la norma constitucional que estableció el amparo colectivo como nuevo mecanismo procesal sumario para la protección de derechos de incidencia colectiva.¹⁸ Los intercambios han considerado diversos criterios para la definición de la legitimación activa requerida por el nuevo amparo, y su eventual reglamentación con atención a los derechos de los no representados en el proceso, de los efectos colectivos de las sentencias, la regulación de honorarios y costas, y la creación de mecanismos para incentivar el respeto de las decisiones judiciales.¹⁹ A estas discusiones se ha incorporado también la necesidad de desarrollar recursos procesales ordinarios

¹⁸ Sobre las discusiones locales sobre el tema, véase, Néstor P. Sagues, *Elementos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1999, tomo 2; Daniel A. Sabsay, “El amparo como garantía para la defensa de los derechos fundamentales,” *Rev. Jur. del Centro de Estudiantes, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires*. No 6., 1996; y los capítulos de Raquel Asensio, Mariela Belski y Mariela Puga en *Documentos de Trabajo sobre Derecho de Interés Público*, Programa de Derecho de Interés Público, Universidad de Palermo, 2001-2003.

¹⁹ Abramovich & Courtis, *supra* nota 10.

al estilo de las acciones de clase²⁰ para manejar de forma más justa y eficaz procesos colectivos.

Sin embargo, los tres ejes argumentativos planteados parecen asumir tres tipos de separaciones inviables que empobrecen y constriñen las implicancias prácticas del debate sobre el rol del poder judicial.²¹ Las posturas identificadas en primer lugar suponen que la discusión de la legitimidad del rol de los jueces en el control del accionar del Estado puede separarse del análisis de lo que éstos pueden o deben hacer para controlar la conducta administrativa. Estas posiciones asumen una atribución rígida de funciones constitucionales a los tres poderes y presentan al poder judicial como interfiriendo con las potestades claramente atribuidas a las otras ramas, en lugar de reconocer la complejidad de las relaciones inter-poderes presente en la operación cotidiana de los mismos y las ventajas de un modelo dialógico de interacción que supone el desdibujamiento de funciones estrictas en pos de prácticas que promueven el diálogo y la deliberación interdepartamental. Por otro lado, quienes señalan los costos de la intervención judicial en términos de afectación del autogobierno, parecen rechazar *a priori* las posibilidades inclusivas y deliberativas de procedimiento judiciales colectivos y modalidades remediales participativas para contribuir a la legitimidad democrática de las decisiones del poder judicial.

El segundo tipo de argumentos, basado en el problema de interpretación de los derechos, asume también la posibilidad de discutir la definición del contenido de los mismos sin abordar sus implicancias en material remedial. Es decir, presume una separación cualitativa entre la idea de derechos y remedios, en lugar de la bidireccionalidad entre los dos conceptos que es necesario

²⁰ Ezequiel Nino, *Informe sobre Acciones de Clase*, Documento de Trabajo sobre Derecho de Interés Público, Programa de Derecho de Interés Público, Centro de Estudios de Postgrado, Universidad de Palermo. Agosto 2002.

²¹ En esta sección sólo expongo brevemente el problema de presuponer esta separación entre derechos y remedios ya que mi intención aquí es señalar lo incompleto de los tres ejes de debate mencionados hasta aquí. Para más detalles sobre las relevancias de la consideración de la interrelación entre derechos y remedios en cada uno de estos tres niveles de argumentación, véase la bibliografía citada en la nota 11.

tener presente para delimitar recíprocamente los alcances de unos y otros.²² O lo que es igual, como ha sugerido Levinson,²³ peca de una actitud “esencialista hacia los derechos”²⁴ resultante en la negación de la necesidad de comprender la simbiosis del par derechos-remedios para definir los alcances y las formas de la exigibilidad judicial de los primeros. Esta omisión resulta aun más llamativa en los casos de litigio de derecho público en los que las partes persiguen reformas estructurales para las cuales la función remedial de los tribunales es central para la definición misma del derecho vulnerado. Si los derechos han sido diseñados para funcionar en el mundo real, su contenido está inextricablemente vinculado a consideraciones pragmáticas respecto de su exigibilidad y operación.

Por último, la tercera vertiente de propuestas, las preocupadas por el mejor diseño procesal, presupone la plausibilidad de diseñar procedimientos judiciales complejos -y alejados del modelo tradicional del litigio como espacio de resolución de controversias bipolares- sin evaluar los remedios judiciales que se podrían requerir en el marco de nuevas formas procedimentales.²⁵ Se discuten así alternativas procesales con poca o nula consideración del tipo de remedios que se puede adecuar mejor y más efectivamente a las características de los nuevos procesos colectivos y, generalmente, sumarios. Como resultado de ello, se suele omitir también pensar el rol de las partes y no sólo el de los jueces en la formulación de la propuesta remedial así como aspectos de su provisionalidad, urgencia y transparencia, entre otros.

²² Para un desarrollo más completo de la crítica a diversas visiones de la interpretación judicial de derechos que ignoran o minimizan el rol remedial de los tribunales, véase, Daryl J. Levinson, “Rights Essentialism and Remedial Equilibration,” 99 *Columbia Law Review* 857 (1999). La propuesta de Levinson frente a las teorías que amplifican las distancias y diferencias entre derechos y remedios es la del “equilibrio remedial.” Este equilibrio comienza por reconocer que los derechos y los remedios están inextricablemente relacionados al igual que lo están en otras áreas del derecho como el derecho de propiedad, la responsabilidad extracontractual o el derecho contractual, en las que la relación es reconocida hace tiempo según los términos de Calabresi y Melamed en su renombrado “Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral,” 85 *Harvard Law Review* 1089 (1972).

²³ Daryl J. Levinson, *op. cit.*, p. 861 y siguientes.

²⁴ “*Rights essentialism*,” en inglés.

²⁵ La diferenciación en el derecho estadounidense de las acciones de clase de la Regla 23 según el tipo remedial que algunas alternativas requieren ilustra la centralidad del aspecto remedial en el litigio colectivo. Véanse, la distinción entre acciones de clase de los puntos b.2. y b.3 de la Regla 23 de las Normas Federales de Procedimiento Civil.

Las limitaciones señaladas son sólo algunas de las razones que justifican la necesidad de re-enfocar los debates sobre el rol del poder judicial en el litigio de derecho público hacia los aspectos remediales de la función judicial frente al mismo.

III. Una exploración de las prácticas remediales actuales.

Un debate que incorpore esa dimensión remedial debería nutrirse de las experiencias desarrolladas hasta el momento en la Argentina y otras jurisdicciones. Veamos para eso ciertos rasgos de la práctica remedial existente en cuestiones de derecho a la salud.

(a) *El litigio de derecho público por el derecho a la salud.* Frente al estímulo del creciente litigio de derecho público planteado por defensores públicos, organizaciones de la sociedad civil y particulares,²⁶ los jueces han reaccionado proponiendo modalidades remediales innovadoras que incluyen, por ejemplo, órdenes de rediseñar el régimen de cupos por sexo en un instituto público de formación de docentes,²⁷ implementar la prestación de servicios de jardín maternal a empleadas policiales,²⁸ o reformas en la administración penitenciaria.²⁹

No existen aún estudios sociológicos o información oficial que describa el espectro de medidas ordenadas por los tribunales, su cumplimiento y los resultados prácticos de esas nuevas soluciones remediales en la modificación del accionar del Estado y sus agentes y en el ejercicio efectivo de sus derechos por parte de los demandantes. Si bien ese tipo de indagación está fuera del alcance de este trabajo, una exploración preliminar de los remedios ordenados en las sentencias en reclamos de derecho a la salud puede ilustrar la transformación preliminar del rol remedial de la función judicial tradicional generada por el litigio de derecho público.

²⁶ Gustavo Maurino et al., *op. cit.*, *supra* nota 2.

²⁷ *Fundación Mujeres en Igualdad v. Gobierno de C.A.B.A.* [cita]

²⁸ [completar cita]

²⁹ [completar cita]

Como es sabido, los sistemas de salud pública nacional y local han sufrido un deterioro progresivo en las últimas décadas. Ese deterioro se agudizó en los años noventa y alcanzó su punto culminante durante los meses que siguieron a la crisis desatada en diciembre de 2001.³⁰ La situación de los hospitales públicos y la provisión de tratamientos y medicamentos a los sectores más pobres y marginados de la población evidencian desde hace años los crudos efectos del retroceso del Estado en el cumplimiento de su función como garante del derecho constitucional a la salud.³¹ En el contexto de ese proceso, diversos actores han recurrido a los tribunales federales y locales exigiendo remedios ante omisiones o acciones excluyentes de las burocracias de dependencias estatales y hospitales públicos. Las decisiones judiciales generadas dan cuenta del fenómeno incremental de organización de la sociedad civil en torno al problema sanitario³² y la incorporación de la estrategia de reclamo judicial al conjunto de herramientas de movilización.³³ Por otra parte, desde el punto de vista remedial, las sentencias difundidas en publicaciones jurídicas³⁴ muestran una variedad de órdenes judiciales de acción u omisión con distinto grado de interferencia judicial en la gestión de la administración pública.

³⁰ Julieta Rossi, "El Colapso del Sistema de Salud," en *Derechos Humanos en la Argentina, Informe 2002-2003*, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Siglo Veintiuno Editores, Argentina, 2003, p. 377.

³¹ Rossi, *op. cit.*, p. 378.

³² Los reclamos alcanzan también a las prestadoras privadas del servicio de salud. Sin embargo, no me referiré aquí a ese ámbito del litigio que también ha alcanzado proporciones significativas en los últimos años.

³³ Para una descripción más completa de varios de estos casos, véase, en general, el "Informe sobre la Situación de los Derechos Económicos Sociales y Culturales en la Argentina" E. Contarini, C. Fairstein, J. Kweitel, D. Morales, J. Rossi, en *Los Derechos Económicos Sociales y Culturales: Un Desafío Impostergable*, IIDH, Costa Rica, 1999, p. 25-176; y Abramovich & Courtis, *op. cit.*, *supra* nota 10, p. 139 y siguientes. Véanse asimismo, los capítulos sobre derechos económicos, sociales y culturales en informes anuales del CELS, 2000 y 2001.

³⁴ Dadas las limitaciones en la publicidad de las sentencias judiciales de tribunales locales y federales inferiores a la Corte, considero sólo los casos difundidos en revistas jurídicas como *La Ley* y *Jurisprudencia Argentina*, o citados en los informes mencionados del CELS.

(i) *Tratamientos médicos y medicamentos.*³⁵ En algunas oportunidades, los jueces han ordenado a dependencias estatales suministrar o evitar la interrupción de la entrega de medicamentos y tratamientos médicos. Así, por ejemplo, en *Asociación Benghalensis*³⁶ frente al pedido de un grupo de organizaciones dedicadas a la defensa de enfermos de SIDA y portadores de HIV, la mayoría de la Corte confirmó las órdenes al Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación (MSASN) de “dar acabado cumplimiento a su obligación de asistencia, tratamiento y, en especial, al suministro de medicamentos –en forma regular, oportuna y continúa- a los enfermos [de SIDA y HIV] que se encuentren registrados en los hospitales y efectores sanitarios del país.”³⁷ De igual forma, en *Campodónico de Beviacqua*,³⁸ la mayoría del tribunal ratificó la instrucción al Estado Nacional de continuar “con la urgencia y oportunidad que el caso exige” la prestación del tratamiento de la enfermedad de Kostman a través del Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas, que había sido suspendido por el MSASN.³⁹ En otro caso presentado por la Asociación de Esclerosis Múltiple,⁴⁰ la Corte ordenó al MSASN la reincorporación en la cobertura forzosa según el Plan Médico Obligatorio (PMO) del tratamiento para los enfermos de esclerosis múltiple y síndrome desmielinizante aislado que no hubieran padecido brotes o exacerbaciones durante un plazo de dos años.⁴¹

³⁵ No revisaré aquí las decisiones en cuestiones de salud sexual y reproductiva como por ejemplo, *Portal de Belén* (declarando inconstitucional la aprobación administrativa de una variedad de anticonceptivo de emergencia) ya que los remedios desplegados no se relacionen a la provisión de tratamientos o medicamentos o la infraestructura hospitalaria. Sin embargo, en investigaciones futuras será importante contemplar el rol del género en el litigio de derecho público y en aquel sobre la salud, en particular.

³⁶ *Asociación Benghalensis y otros v. Estado Nacional*, C.S.J.N., 1/6/2000, Fallos 323:1323.

³⁷ Considerando 4º.

³⁸ *Campodónico de Beviacqua, Ana v. Estado Nacional*, C.S.J.N., 24/10/2000, JA 2001-I-464.

³⁹ Esta vez, la Corte rechazó los argumentos del Estado apuntando a la responsabilidad primaria de la obra social a la que pertenecía el demandado y la provincia de su residencia, ya que la obra social no se encontraba “en condiciones de asumir la regular cobertura de la medicación necesaria para el tratamiento del niño,” la situación de precariedad laboral y económica de la familia y el estado de extrema urgencia.

⁴⁰ *Asociación de Esclerosis Múltiple v. MSASN*, C.S.J.N., 18/12/2003, Sup. Const. 2004, 30 – JA 12/04/2004.

⁴¹ Este tratamiento había sido excluido del PMO por una resolución ministerial del 2001.

En decisiones firmes de tribunales inferiores también se observa la emisión de órdenes judiciales obligando a la administración pública a remediar prácticas perjudiciales u omisiones en la prestación de medicamentos y tratamientos. Ya en 1997, la Cámara Civil de Bahía Blanca había ratificado el requerimiento al gobierno provincial de la entrega continua de medicamentos necesarios para el tratamiento de 34 enfermos de SIDA atendidos en dos hospitales locales.⁴² En igual sentido, en *A., C.B. v. MSAS*,⁴³ se confirmó la orden al Estado Nacional de suministrar los medicamentos para extender un tratamiento contra el SIDA en “condiciones de regularidad, oportunidad y continuidad.”

También en el renombrado caso *Viceconte*⁴⁴ el tribunal de alzada: (a) ordenó al gobierno federal cumplir “estrictamente y sin demoras” con los plazos legales del cronograma de fabricación de la vacuna para el mal de los rastrojos,⁴⁵ bajo la amenaza de responsabilizar personalmente a los ministros de Salud, Economía y Obras y Servicios Públicos, (b) notificar la sentencia al Presidente de la Nación; (c) encomendar al Defensor del Pueblo de la Nación el seguimiento y control del cronograma fijado; y (d) finalmente, requirió que la demandada informara al tribunal sobre el cumplimiento del cronograma de fabricación. Órdenes similares fueron impartidas por los tribunales al considerar la solicitud de medidas cautelares en casos como *Barría*⁴⁶ de la Corte Suprema.

Durante los convulsionados meses de fines de 2001 y comienzos del 2002 se originaron varias interrupciones en el suministro de medicamentos por parte de programas del Estado vinculados a problemas administrativos en la compra e importación de drogas y la precariedad de

⁴² *C., C. y otros v. Ministerio de Salud de la Pcia. de Buenos Aires*, Cám.Civ.yCom.BahíaBlanca, Sala II, 2/9/1997, LLBA-1997-1122.

⁴³ Cám.Nac.Cont.Adm.Fed., Sala IV, 9/3/1998, LL 1999-C-86.

⁴⁴ *Viceconte, M. v. Estado Nacional*, C.Nac.Cont.Adm.Fed., Sala 4, 2/6/1998, JA 1999-I-485.

⁴⁵ Enfermedad endémica de una zona del sur de la provincia de Buenos Aires.

⁴⁶ *Barría, Mercedes y otro v. Pcia. de Chubut*, C.S.J.N., 18/12/2003, La Ley 7/4/2004, (medida cautelar ordenando la continuación de un servicio de diálisis).

la gestión de la administración pública que siguió al cambio abrupto de mandatos presidenciales. Durante el 2002, el incremento de denuncias judiciales para la provisión de medicamentos fue exponencial.⁴⁷ En la medida cautelar en el caso *A.V. y otros c. MSASN*,⁴⁸ por ejemplo, un juez ordenó al Ministerio de Salud implementar “la provisión inmediata” de los medicamentos correspondientes al Programa SIDA y la adopción en el plazo de dos días de medidas necesarias para “regularizar y mantener en lo sucesivo el suministro” de las prestaciones medicinales correspondientes. Y ante las demoras generadas frente a la sentencia, el mismo juez aplicó sanciones económicas para exigir el cumplimiento. Una orden similar fue dictada en la provisión de medicamentos para el tratamiento de la tuberculosis⁴⁹ y, en otros casos, se instruyó la entrega de medicamentos para enfermos de epilepsia.⁵⁰

(ii) *La organización de hospitales y salas de salud*: En otra serie de decisiones de diversas jurisdicciones del país, los jueces han intervenido remedialmente en la administración de hospitales y servicios de salud. En el caso *Defensoría de Menores Nro. 3*,⁵¹ por ejemplo, un tribunal de alzada de Neuquén confirmó la orden al gobierno provincial de crear o cubrir permanentemente tres cargos de enfermería mediante la contratación del personal para una unidad de cuidados intensivos pediátrica del hospital de la zona. En igual sentido, en *Colegio de Médicos de la Pcia. de Buenos Aires*,⁵² un juez de Mar del Plata intimó al gobierno provincial a:

(a) dar cumplimiento al mandato legal de descentralizar dos hospitales públicos locales en el plazo de 180 días que debían comenzar a contar a partir de las 24 horas de la notificación de la

⁴⁷ Según informes de la Cámara Civil y Comercial Federal, entre diciembre de 2001 y marzo del 2002 se presentaron en la Capital Federal más de 200 amparos por interrupciones de suministro de medicamentos. Julieta Rossi & Carolina Varsky, “La salud bajo la ley del mercado,” en *Informe de Derechos Humanos 2002*, CELS, Siglo Veintiuno Editores, 2003, p.346.

⁴⁸ Juz.Civ.Com.Fed. No. 7, citado en Rossi, *supra* nota 30, p. 398.

⁴⁹ Juz.Civ.Com.Fed. No. 7, 21/10/2002, citado en Rossi, *supra* nota 30, p. 401.

⁵⁰ *Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires v. GCBA*, 17/7/2002, citado en Rossi, *supra* nota 30, p. 402.

⁵¹ Cám.Civil de Neuquén, Sala I, 10-/3/1998, Expte. 77/ca 1998, citado en CELS *supra* nota 33.

⁵² Trib.Crim. Nro. 3 de Mar del Plata, 4/6/2002.

decisión judicial, (b) notificar a los funcionarios designados por el poder ejecutivo a fin de implementar la descentralización, (c) prever para el próximo ejercicio fiscal las partidas presupuestarias correspondientes en el rubro de entidades descentralizadas, (d) proveer en forma constante e inmediata los insumos hospitalarios, medicamentos, cargos médicos y de auxiliares necesarios para el normal funcionamiento de los hospitales, y (e) asignar a la caja chica de los hospitales una suma constante de \$20.000 para la compra de insumos y medicamentos.

También en *Asociación de Médicos Municipales de Buenos Aires v. Gobierno de la Ciudad*,⁵³ un tribunal de apelaciones en Buenos Aires ratificó parte de la sentencia de primera instancia instruyendo al gobierno local a contratar el personal médico para rehabilitar el normal funcionamiento del área de histopatología del Hospital General de Agudos cuyo personal se había reducido de tres a uno provocando demoras en la obtención de los diagnósticos. A tal fin, los jueces requirieron al gobierno “arbitr[ar] los medios conducentes para mantener el normal funcionamiento del áreas de histopatología (...) proveyendo la cobertura de personal técnico necesario que permita la realización de los exámenes (...) en tiempo oportuno y hábil para el tratamiento de la enfermedad y su curación.”⁵⁴

Finalmente, en una medida cautelar otorgada en la causa *N. H. Tarrío y otros*⁵⁵ un juez ordenó regularizar el suministro de insumos y medicamentos y llevar adelante las refacciones edilicias y de material instrumental urgentes de ciertas áreas de del Hospital Interzonal de Agudos Eva Perón. La medida fue posteriormente confirmada en una sentencia condenatoria del Ministerio de Salud provincial y el gobernador.⁵⁶

⁵³ C.Cont. Adm.y Trib.Cdad.Bs.As., Sala 2, 22/8/2002, JA 2003-I-611.

⁵⁴ Considerando 13.

⁵⁵ Juz.de Gtías., San Martín, No. 2, Causa 5992. Citado en Rossi, *supra* nota 30, p. 383.

⁵⁶ Sentencia, 23 de agosto de 2002, citado en Rossi, *supra* nota 30, p. 383.

(iii) *Condiciones ambientales para el ejercicio del derecho a la salud.* En otras ocasiones los tribunales han adoptado medidas remediales consistentes en órdenes de hacer cuando estaba en juego el derecho a la salud de niños y adultos enfermos por las condiciones de salubridad de sus residencias. Por ejemplo, en el caso *Menores Comunidad Paynemil*,⁵⁷ la Cámara Civil de Neuquén ordenó al poder ejecutivo provincial: (a) la provisión de 250 litros de agua potable diarios por habitante, (b) el aseguramiento de la provisión de agua potable a los afectados en el plazo de 45 días, (c) el inicio de procedimientos de determinación de daño por contaminación en el plazo de 7 días y (d) la adopción de las medidas pertinentes si se determinara el daño y las necesarias para asegurar la preservación del medioambiente. Más recientemente, en la misma jurisdicción un juez de primera instancia,⁵⁸ instruyó al Estado provincial a acondicionar la vivienda habitada por una familia con una niña que padecía de una grave enfermedad. Asimismo, el juez ordenó al gobierno asegurar al barrio los servicios de agua potable, calefacción, luz, y pozo ciego. Apelada la decisión, la Cámara Civil de Neuquén⁵⁹ aceptó el remedio temporario ofrecido a cambio por el Estado Provincial que había trasladado a la menor y su familia a un hotel hasta que se gestionara y obtuviera de parte del Instituto Provincial de la Vivienda, una casa en propiedad con los servicios requeridos en la sentencia de primera instancia.

Este tipo de planteos, sin embargo, ha encontrado respuestas negativas en otras ocasiones. En especial, cabe mencionar dos decisiones adoptadas en las circunstancias críticas del año 2002, en las que los jueces rechazaron reclamos vinculados al derecho a la salud considerando que se encontraban fuera de la competencia jurisdiccional del poder judicial.

⁵⁷ Cám.Apel.Civ.Neuquén, Sala II, Expte. 311-CA-1997, citado en CELS *supra* nota 33.

⁵⁸ *Defensor de los Derechos del Niño y Adolescente v. Pcia. de Neuquén.*

⁵⁹ Cám.Apel.Civ.Neuquén, Sala II, 3/9/2002, LL 2002-F-477.

En la sentencia *Ramos, Marta y otros v. Pcia. de Buenos Aires*,⁶⁰ la mayoría de la Corte denegó el pedido de una madre y sus ocho hijos en estado de extrema pobreza de un subsidio y las prestaciones necesarias, entre otras, para permitir a una de sus hijas trasladarse al Hospital Garrahan donde debía ser intervenida quirúrgicamente de una cardiopatía congénita y a donde la madre no podía trasladarla por carecer de trabajo, recursos y de quien se ocupara de sus otros hijos. En el caso, la mayoría del tribunal encontró que el reclamo resultaba “manifiestamente inadmisibles” ya que no se habían acreditado impedimentos impuestos por las demandadas,⁶¹ para frustrar la concurrencia al hospital público y gratuito. Asimismo, el tribunal rechazó su jurisdicción para evaluar “el control del acierto con que la administración desempeña las funciones que la ley le encomendó válidamente o la razonabilidad con que ejerce sus atribuciones propias.”⁶²

Hacia fines del mismo año, un tribunal de Chubut dejó sin efecto la sentencia de primera instancia⁶³ que había ordenado al gobierno provincial dotar a un centro de salud de los recursos presupuestarios, humanos y de organización. Según el juez de primera instancia, la sala de salud carecía de los recursos necesarios para la provisión de leche para nodrizas y niños desnutridos, medicamentos básicos y personal para atender a los usuarios del servicio. Sin embargo, con distintas formulaciones del argumento de la falta de competencia institucional del poder judicial, la Cámara estimó que la sentencia inferior interfería injustificadamente en el diseño de la política de salud y la política sanitaria provincial y que tales “aspectos (eran) materia de conocimiento técnico y científico ajenos a la idoneidad del poder judicial.”

⁶⁰ C.S.J.N., 12/3/2002, JA 2002-IV-466.

⁶¹ El Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, la Pcia. de Buenos Aires y el Hospital de Pediatría Garrahan.

⁶² Considerando 8°. Curiosamente, esta decisión se dio en los mismos días de las decisiones de la misma Corte en defensa del derecho de propiedad de ahorristas en dólares invalidando drásticas medidas financieras de emergencia.

⁶³ *Martínez, Celmira y otros v. Chubut*, Cám.Apels.NOEChubut, Sala B, 18/11/2002, JA 2003-III-510.

(b) Caracterización preliminar del modelo remedial actual. Los casos reseñados en los que prosperaron los reclamos se aproximan en su estructura a la morfología del litigio de derecho público clásicamente definido por Chayes.⁶⁴ A diferencia del litigio bipolar tradicional, las partes de estos reclamos son plurales y amorfas e incluyen combinaciones de particulares, defensores públicos y una variedad de organizaciones de la sociedad civil con distintos grados de representatividad del universo de los “afectados.” Además, los casos involucran la interferencia judicial en cuestiones de organización y operación de la administración pública, en este caso, de las oficinas públicas a cargo de subsidios y planes de entrega de medicamentos y la gestión de hospitales. Desde la perspectiva remedial, la nueva modalidad de litigio no supone la compensación de daños pasados y acotables a las partes, sino la transformación hacia el futuro de prácticas institucionales a través del diseño *ad hoc* de soluciones cuyas consecuencias excederán, en la mayoría de las situaciones, el impacto en las partes presentes ante el juez.⁶⁵

La preeminencia de las intervenciones remediales en la forma de órdenes de hacer u omitir hacer en lugar de la instrucción de compensación por daños, y la multiplicidad de formas que esas intervenciones de los jueces parecen adoptar, constituyen una de las características específicas de esta nueva modalidad en el control judicial del accionar del Estado.

Si bien los casos se plantean objetivos de transformación del sistema de salud relativamente modestos al compararlos con experiencias como la de la desegregación racial del sistema educativo y habitacional en Estados Unidos, se entrevén en las órdenes judiciales rasgos compartidos con las “*structural injunctions*” u “órdenes estructurales” del derecho estadounidense. Estos remedios estructurales “persiguen concretar la reorganización de una

⁶⁴ Chayes, *op. cit.*, p. 1284.

⁶⁵ Chayes. *op. cit.*, p. 1284-1315.

institución social”⁶⁶ y reparar a través de dicha reforma organizacional el daño que la propia estructura de las agencias públicas puede producir al violar ciertos derechos constitucionales.⁶⁷

La interferencia judicial en la contratación de personal hospitalario,⁶⁸ la definición del alcance de un tratamiento e instrucciones de aprovisionamiento de medicamentos,⁶⁹ la reubicación residencial de familias⁷⁰ o descentralización de hospitales públicos, por ejemplo, pueden ser reinterpretadas como formas incipientes -y más acotadas que sus sucedáneos estadounidenses- de órdenes judiciales que persiguen la adecuación de las dependencias administrativas y hospitalarias para cumplir el mandato constitucional de prestación de un adecuado servicio de salud.

En los Estados Unidos, donde estas órdenes estructurales se encuentran más desarrolladas, su evolución en los últimos cuarenta años ha atravesado diversas etapas. Según Fiss, en la primera década del litigio del movimiento por los derechos civiles (1954-1964) las órdenes estructurales constaban de dos partes: una prohibición amplia (“no discriminar por raza,” “no mantener un sistema educativo dual/segregado”) y un requerimiento a las autoridades educativas para que presentaran un plan para la transformación del sistema educativo dual hacia un sistema racialmente unificado.⁷¹ En el litigio comentado en el punto anterior, en cambio, los jueces argentinos parecen haber preferido para el estadio preliminar de desarrollo de estas

⁶⁶ Owen Fiss, *The Civil Rights Injunction*, *supra* nota 11, p. 9.

⁶⁷ Ejemplos de estos remedios estructurales incluyen, entre varios otros, el diseño de un sistema de traslados en autobús de estudiantes de una jurisdicción a otra para la promoción de la integración racial y la redefinición de jurisdicciones residenciales; la instrucción de reformas en las condiciones de internación de pacientes con enfermedades mentales; la exigencia de cursos de entrenamiento para la educación de policías; y el desarrollo de códigos sobre la administración de prisiones con indicaciones sobre la infraestructura residencial, alimentación, vestimenta, bibliotecas, y las condiciones de trabajo, educación y servicios de salud de cárceles.

⁶⁸ *Defensoría de Menores Nro. 3*, *supra* nota 51; *Colegio de Médicos de la Pcia. de Buenos Aires*, *supra* nota 52, *Asociación de Médicos Municipales de Buenos Aires v. Gobierno de la Ciudad*, *supra* nota 54.

⁶⁹ *Asociación Benghalensis*, *supra* nota 37.

⁷⁰ *Defensor de los Derechos del Niño y Adolescente v. Pcia. de Neuquén*, *supra* nota 58.

⁷¹ Cfr. Owen Fiss, *The Civil Rights Injunction*, *supra* nota 11, p. 14: “La técnica de presentación de un plan al tribunal era un intento de lograr que los demandados –en lugar de los demandantes o el tribunal – especificaran los pasos remediales. Reflejaba la incertidumbre doctrinaria, (...); consideraciones estratégicas (...), y el deseo de capitalizar la experiencia del organismo a cargo de la administración de las escuelas (...).”

órdenes un modelo de intervención remedial con un grado un poco mayor de especificidad. Este grado de intervención se asemeja más al modelo de decretos más detallados adoptado por los tribunales estadounidenses en las décadas siguientes a 1964.⁷² De este modo, y aunque menos desagregadas y complejas que las *structural injunctions* de esta segunda etapa, las órdenes judiciales argentinas ejemplifican también una modalidad de intervención judicial al estilo de las prácticas verticales de regulación de “*comando y control*.” Es decir, semejantes a las formas tradicionales de intervención de las burocracias administrativas cuando establecen desde una autoridad central instrucciones de acción más delimitadas.⁷³

IV. Hacia un nuevo paradigma remedial.

(a) *El modelo de litigio experimental.* Según han argumentado Sabel & Simon, en la última década del litigio de derecho público estadounidense se ha observado un viraje de esta última modalidad remedial hacia soluciones experimentales que combinan formas más flexibles y provisionales de regulación en las que las partes tienen mayor discreción y colaboran en un proceso de aprendizaje y reconstrucción.⁷⁴

La observación de la transformación de las prácticas remediales hacia el experimentalismo en áreas tradicionales del litigio de derecho público como el sistema de salud mental, las escuelas, prisiones, políticas habitacionales, y el abuso policial,⁷⁵ ha llevado a estos autores a vislumbrar un nuevo modelo de este estilo de litigio que opera como mecanismo

⁷² Owen Fiss, *op. cit.*, p. 14.

⁷³ Sabel & Simon, *op. cit.* supra nota 3, p. 1019.

⁷⁴ Sabel & Simon, *op. cit.*, p. 1019.

⁷⁵ Para los autores, esta transformación ha adoptado formas variadas en las cinco áreas de litigio señaladas. Por ejemplo, en el litigio reciente en cuestiones de educación se han aprobado planes desarrollados por las partes especificando resultados y procedimientos para la medición del progreso hacia los mismos (*Vaughn G. v. Mayor and City Council of Baltimore*, citado por Sabel & Simon, p. 1026). Asimismo, en los casos de litigio en cuestiones de salud mental se han abandonado los decretos detallados de las primeras épocas por procedimientos en los que “las partes y expertos que ellas recomiendan, tienen la oportunidad real de hacer propuestas a las políticas sugeridas e iniciativas de entrenamiento antes de la adopción de las mismas, (...) y los demandados tienen que considerar seriamente tales propuestas.” (*Evans v. Williams*, 139 F. Supp. 2d. 7, 85, DDC 2001).

“desestabilizador de derechos.” Siguiendo al Mangabeira Unger de *False Necessity*, Sabel & Simon consideran que esta nueva versión del litigio de derecho público tiene un efecto desestabilizador que “protege los intereses de los ciudadanos para penetrar y abrir organizaciones de gran escala o amplios espacios de áreas de actividad social que permanecen cerradas a los efectos desestabilizadores del conflicto ordinario, y por lo tanto, mantienen aisladas las jerarquías de poder y los privilegios.”⁷⁶

El resultado “desestabilizador” del nuevo litigio de derecho público se observa en sus dos etapas: la de determinación de responsabilidad o violación de un derecho, y la de definición de remedios experimentales. En una reconstrucción ideal del modelo de remedios experimentales, Simon & Sabel resaltan sus tres rasgos centrales: (a) la negociación de los *stakeholders*, (b) el carácter continuado, provisional y fluido de la intervención remedial, y (c) la transparencia.⁷⁷

La negociación entre las partes y otros actores interesados definidos liberalmente es un aspecto central de este nuevo modelo. Esta negociación puede incluir además la participación de agentes extrajudiciales como “*special masters*” y mediadores designados por el juez para coordinar la deliberación mediante el establecimiento de una agenda y reglas de diálogo entre las partes.⁷⁸ La deliberación de las partes sobre la base de razones presentadas de buena fe tiene por fin alcanzar un consenso que redunde en beneficio de todos los involucrados. Incluso cuando este consenso no puede alcanzarse, los estándares de diálogo establecidos constituyen un aporte fundamental a la elaboración de la mejor solución remedial entre las partes, y en última instancia, entre éstas y los mediadores, oficiales extrajudiciales o el juez.⁷⁹ En segundo término,

⁷⁶ Mangabeira Unger, Roberto, *False Necessity: Anty-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*, 1987, p. 530.

⁷⁷ Sabel & Simon, *op. cit.*, p. 1067-1072.

⁷⁸ Se observa entonces una redefinición del rol de los clásicos *special masters* y funcionarios extrajudiciales que actúan como árbitros de la deliberación entre partes más que como ejecutores de instrucciones judiciales.

⁷⁹ Sabel & Simon, *op. cit.*, p. 1068.

la flexibilidad y provisionalidad de las decisiones remediales se aparecen como herramientas para lidiar con las restricciones de información disponible en la etapa de diseño y los subsecuentes problemas de articulación del accionar oficial al momento de la implementación de las decisiones remediales.⁸⁰ En tercer lugar, el modelo remedial experimental se caracteriza por la transparencia, es decir, las propuestas provisionales negociadas por las partes deben ser explícitas y públicas, e idealmente deben estar acompañadas por un acuerdo sobre las medidas y los procedimientos accesibles al público para evaluar su cumplimiento.⁸¹

(b) ¿Un modelo a explorar en la Argentina? Para Sabel & Simon, el nuevo modelo de litigio de derecho público, y el tipo de práctica remedial que éste supone, pueden resultar más efectivos en la inducción del cumplimiento de obligaciones jurídicas por parte del Estado y más consistentes con la estructura de gobierno estadounidense. Ahora bien, ¿tiene sentido explorar un modelo de este tipo para la Argentina? ¿Es posible hallar argumentos para extrapolar las especulaciones de éstos autores a un contexto tan diferente como el nuestro?

Pienso que el modelo experimental, y particularmente, el estilo remedial subyacente, pueden proveer un marco innovador para expandir nuestras reflexiones sobre la calidad y eficacia del litigio de derecho público. Ello, claro está, teniendo en cuenta el tono especulativo y provisional de nuestras reflexiones, dado el rudimentario desarrollo de la estrategia de judicialización del reclamo de derechos frente al accionar estatal, y la ausencia de conocimiento empírico sobre los éxitos y limitaciones de los remedios empleados hasta el momento.

Incluso con esas limitaciones en mente, es posible que el modelo remedial experimental ofrezca respuestas más eficaces para abordar el debate sobre la falta de legitimidad y la capacidad institucional del poder judicial para emitir órdenes estructurales en la Argentina. Es,

⁸⁰ Sabel & Simon, *op. cit.*, p. 1070.

⁸¹ Sabel & Simon, *op. cit.*, p. 1072.

asimismo, probable que dicho modelo sea útil para completar las propuestas de reformas procesales existentes.

(i) *Falta de Legitimidad.* La justificación del control judicial de la administración pública se ha fundado tradicionalmente en el incumplimiento de estándares de actuación y la violación de derechos procedimentales y sustantivos de los ciudadanos por parte de sus agentes y organismos.⁸² En el litigio de derecho público se incorpora a esta justificación clásica de la revisión judicial de la actuación administrativa, la inexistencia de mecanismos democráticos de acceso a la administración o el bloqueo de las vías de reclamo de grupos desaventajados en el juego político de llegada a la misma. Es esta justificación la que ha sido controvertida por quienes cuestionan la legitimidad de la interferencia judicial con espacios reservados a la política y el juego de principios mayoritarios.

El modelo experimental de órdenes estructurales responde a estas objeciones proponiendo un modelo deliberativo en el que el demandante y los funcionarios de la administración pública negocian la mejor solución posible en condiciones de provisionalidad y transparencia bajo el arbitraje del juez o sus funcionarios delegados. De esta forma, los jueces no tienen por qué tener la última palabra en el diseño de la figura remedial. En cambio, las partes y los agentes de la administración tienen la oportunidad de participar con voz y voto reforzando la legitimidad democrática de la intervención judicial en el accionar de la administración originada en el marco de un litigio de derecho público. En la medida en que esta deliberación es posible, el modelo experimental reconoce además la compleja interacción entre los poderes y los matices de su legitimidad, características que los objetores de la legitimidad de la interferencia judicial suelen soslayar.

⁸² Martin Shapiro, *Who Guards the Guardians? Judicial Control of Administration*, The University of Georgia Press, Athens and London, 1988, p. 55.

Por otra parte, también como lo señalan Sabel & Simon para el caso estadounidense, la transparencia promovida por el modelo remedial experimental puede redundar en la generación de mecanismos de *accountability* para los demandantes y sus abogados, otros representantes de los afectados involucrados en el proceso judicial, y los jueces mismos.⁸³ De esta manera, se incorpora al ámbito del litigio judicial un componente clave de la legitimidad democrática de las otras ramas del gobierno que frecuentemente no existe en la acción de los jueces y los demandantes: el fenómeno de rendición de cuentas al público, o al menos, la potencialidad de tal rendición. Al mismo tiempo, el modelo rechaza la visión simplificadora y formalista que presume que la administración pública opera en todos sus niveles organizacionales con los mismos niveles de *accountability* públicos, y por ello de legitimidad, que tienen sus funcionarios políticos o el presidente.

En el caso argentino, a las ventajas señaladas podrían agregarse, en particular, dos aspectos vinculados a los déficits de legitimidad democrática de las instituciones locales. Por un lado, en el contexto de debilidad institucional que caracteriza a los tres poderes de la democracia Argentina, asumir la legitimidad democrática de los poderes legislativo y ejecutivo sobre el judicial basándonos en la idealización del funcionamiento del principio mayoritario y el sistema representativo sería cuanto menos ingenuo.⁸⁴ La tradición hiperpresidencialista, con sus componentes de personalización del poder, escasa transparencia, e inestabilidad política, sumadas a las distorsiones representativas aconsejan cautela respecto de la presunción de intachable legitimidad de los poderes políticos. Si a ello agregamos las condiciones actuales del sistema político, en la que impera un partido prácticamente hegemónico, que salvo por una

⁸³ Sabel & Simon, *op. cit.*, p. 1093.

⁸⁴ Guillermo O'Donnell, "Delegative Democracy," 5 *Journal of Democracy* 55 (1994); "Horizontal Accountability in New Democracies, en *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, Andreas Schedler, Larry Diamond, y Marc F. Plattner, p. 29-51, Boulder: Lynne Rienner, 1999.

breve excepción ha tenido el control monolítico de los poderes en los últimos quince años,⁸⁵ aquella presunción de legitimidad absoluta parece derrumbarse más rápidamente.

Claro que el poder judicial también adolece de serios déficits en materia de legitimidad, por su falta de independencia,⁸⁶ la percepción pública de altos grados de corrupción e incompetencia,⁸⁷ falta de diversidad,⁸⁸ y las obvias limitaciones en el acceso a la justicia para grandes sectores de la población.⁸⁹ En ese trasfondo, un modelo de intervención remedial que supone un diálogo entre partes cuya legitimidad democrática no se presume aparece como una mejor alternativa frente a uno que valora la legitimidad de alguno de los poderes por sobre el otro, como en el caso del modelo remedial de *comando y control* que privilegia un tipo de intervención judicial vertical y más estricto. La creación en el proceso judicial de un espacio de deliberación inter-poderes en el que además participan los afectados puede suplantar así la imposición de órdenes por parte de un poder deslegitimado a otro frágil que se intenta fortalecer y relegitimar.

Adicionalmente, el rol de la transparencia en el modelo experimental tiene un valor agregado en el contexto argentino donde los mecanismos de acceso a información y los canales de participación de la sociedad civil en procedimientos frente a los tres poderes del Estado son a

⁸⁵ Rebecca Bill Chavez, *The Rule of Law in Nascent Democracies: Judicial Politics in Argentina*, Stanford University Press, Stanford, 2004, p. 53.

⁸⁶ Bill Chavez, *op. cit.*, p. 26. Según Bill Chávez son indicadores de falta de independencia los oscuros procesos de designación de jueces del pasado, la violación de las garantías de inamovilidad e intangibilidad de salarios, la ampliación del número de jueces de la Corte, y la resistencia de los jueces a fallar contra el poder ejecutivo. Cfr. Bill Chávez, *op. cit.*, p. 26. Véase también, Gabriel Negretto & Mark Ungar, “Independencia del poder judicial y estado de derecho en América Latina: Los casos de Argentina y Venezuela,” 4 *Política y Gobierno* 81 (1997).

⁸⁷ Véanse, estudios de opinión citados C. Nobini, *Informe sobre Argentina*, Vance Center, NY, Marzo 2004; Gallup Argentina, *Estudio de Opinión acerca de la Administración de Justicia*, La Ley, Buenos Aires, 1994.

⁸⁸ Me refiero aquí a la homogeneidad de su demografía, y, especialmente, a su composición sociocultural. Sobre este punto, véase respecto de los jueces de la Corte Suprema, por ejemplo, Ana Kunz, “Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia en la Argentina (1930-1990).

⁸⁹ Véase, *Obstáculos y Límites al Acceso a la Justicia en la Ciudad de Buenos Aires. Servicios de Asesoramiento y Patrocinio Jurídico Gratuito en la Ciudad de Buenos Aires*, Defensoría del Pueblo y CELS, disponible en http://www.cels.org.ar/Site_cels/documentos/patrocinio_gratuito.pdf.

menudo inexistentes o débiles.⁹⁰

(ii) *Falta de capacidad institucional.* Los cuestionamientos a la capacidad institucional y la eficacia del poder judicial frente al litigio de derecho público y su participación en la emisión de órdenes de reforma estructural han adoptado diversas formas desde los albores del desarrollo de ambas prácticas.⁹¹

En una desagregación posible de los obstáculos básicos enfrentados por los jueces al momento de diseñar e imponer eficazmente remedios estructurales, Schuck ha identificado, por ejemplo, los problemas de información, poder de comunicación, incentivos y la dificultad para lograr apoyo político y público a las medidas propuestas.⁹² En los litigios de derecho a la salud presentados en el punto III estas objeciones suelen tomar la forma de cuestionamientos por parte de los funcionarios del área de salud y la administración de hospitales a la habilidad de los jueces para conocer y manejar el impacto presupuestario de las demandas de las partes⁹³ y la afectación injusta de la distribución de recursos escasos en la que opera el Estado argentino y sus

⁹⁰ [completar cita]

⁹¹ Según algunas formulaciones de las objeciones basadas en la ineffectividad del poder judicial: “[I]os tribunales saben bastante más sobre declarar derechos de lo que saben respecto de diseñar remedios, por lo cual deben dedicar mucho más tiempo para adivinar lo que podría servir para alcanzar los objetivos de los jueces. Los tribunales se ponen impacientes con esta etapa del caso. Quieren resolver las cosas de una vez y para siempre, incluso cuando han advertido que el caso les retornará de un momento a otro.” Donald Horowitz, *op. cit.*, y en Robert Wood (ed.), *Remedial Law: When Courts Become Administrators*, the University of Massachusetts Press, Amherst, (1990), p. 34. Asimismo, para Robert Katzmann: “Para la mayoría de los jueces la dificultad reside en que, por su entrenamiento, su preocupación no es la forma en la que operan las organizaciones. Muchos de ellos tienen sus experiencias en estudios jurídicos. La mayoría no tiene experiencia en la administración de burocracias.” Wood, *op. cit.*, p. 35. Para una presentación de las limitaciones de la acción judicial con más matices y sustento empírico, véase, Rosenberg, Gerald, *The Hollow Hope: Can Courts Bring about Social Change?*, The Univ. of Chicago Press, Chicago, 1991.

⁹² Peter Schuck, *Suing Government*, *supra* nota 11, p. 154-169. Según Schuck, en primer lugar, las limitaciones en la información disponible para el juez al momento de dar forma a los remedios necesarios pueden implicar una restricción indudable en el diseño informado de un remedio adecuado. Muchas veces, además, la selección de casos testigos que asume el litigio de derecho público supone también la baja representatividad de los casos que llegan al tribunal. Por otra parte, cuando la etapa de implementación de un determinado remedio se extiende en el tiempo, es probable que las transformaciones sociales redunden en la modificación sustantiva de la información con la que cuentan los tribunales, a menudo, poco flexibles en la adecuación frente al paso del tiempo de sus propuestas remediales. Las restricciones en materia de información también se materializan en las dificultades de los tribunales para generar y procesar información sobre costos, beneficios, etcétera. Schuck, *op. cit.*, p. 158.

⁹³ Véase por ejemplo, *Asociación Benghalensis, Campodónico de Beviacqua, Colegio de Médicos de la Pcia. De Buenos Aires*, citados en el punto III *supra*.

dependencias.⁹⁴ En el discurso judicial, estos argumentos aparecen con fuerza en los casos *Ramos y Martínez*⁹⁵ en los que los jueces parecen retroceder amedrentados por la percepción de la amplitud de la tarea reclamada.

Es probable que investigaciones empíricas sobre el cumplimiento de las órdenes judiciales revisadas en el punto III den cuenta de la existencia de muchas de estas limitaciones para la implementación efectiva de los remedios ordenados por parte del poder judicial. Para remontarlas, la negociación, provisionalidad y transparencia propuestas por el modelo remedial experimental se ofrecen como respuestas particularmente atractivas en nuestro contexto.⁹⁶ Primero, porque nuestra administración pública genera muy poca información para el diseño de sus políticas públicas y a su vez los empleados del poder judicial y los jueces suelen carecer de las herramientas y la formación para procesar la información producida por agentes de la administración. La propuesta experimental puede ser una opción frente a la precariedad del marco institucional en el que se diseñan e implementan políticas públicas en la administración.⁹⁷ Del mismo modo, la posibilidad de revisión de los remedios inicialmente negociados, aparece también como un recurso interesante frente a la rigidez de los remedios de *comando y control*,

⁹⁴ Así, por ejemplo afirma el gobierno en *Campodónico de Beviacqua*, “la carga impuesta por el a quo compromete los recursos económicos disponibles para organizar los planes de salud, de acuerdo con lo previsto en la ley 24.156 en detrimento de la población desprovista de cobertura médica que el ministerio tiene que proteger.” (Considerando 8, Dictamen Procurador General de la Nación). también en *Asociación Benghalensis*, el Ministerio de la Nación alegó el riesgo de una intervención que afectara “la política de salud que compete al ministerio en el marco de la ley específica y en la organización de la distribución del crédito asignado por el Presupuesto Nacional. Máxime, por las proyecciones que para el futuro pueda tener la decisión que en definitiva recaiga y su incidencia en los legítimos intereses de la economía nacional.” (Considerando 6, Dictamen Procurador General de la Nación).

⁹⁵ Véase, *supra* notas 60 y 63.

⁹⁶ Estas características del modelo remedial experimental pueden también servir para repensar aquellos casos en los que los jueces han rechazado la competencia judicial arguyendo dogmáticamente la imposibilidad de intervenir en el control del acierto o la razonabilidad de la actuación administrativa.

⁹⁷ Pablo T. Spiller y Mariano Tomassi ilustran algunos de los problemas de rigidez, incoherencia, volatilidad y baja calidad de las políticas públicas en cuestiones sociales, regulatorias y fiscales en los ejemplos presentados en “The institutional Foundations of Public Policy: a Transactions Approach with Applications to Argentina,” [cita] Señalan además los problemas estructurales que determinan la inexistencia de incentivos para la generación de una burocracia fuerte y entrenada. Por último, consideran también la ausencia de un control legislativo de la burocracia administrativa dada la baja calidad y falta de incentivos para invertir en formación y entrenamiento de muchos de los integrantes del legislativo.

que supone un acceso a la información y habilidades tecnocráticas que nuestro poder judicial está lejos de manejar, entre otros, por el desconocimiento del funcionamiento interno de la administración.

Segundo, el estilo remedial experimental aparece como un modelo posible para remontar las restricciones comunicacionales⁹⁸ de la intervención judicial a través del involucramiento de los propios agentes de la administración en la negociación del mejor remedio judicial. Esto sería así, en la medida en la que no coloca al juez o un enviado de éste como interlocutor adicional de funcionarios públicos que pueden cuestionar su habilidad para comprender acabadamente el problema en cuestión y proponer soluciones viables.

Tercero, el diseño remedial experimental podría favorecer un mejor cumplimiento del resultado del litigio por parte de la administración. Como medidas como el desacato o la imposición de multas pecuniarias a los funcionarios públicos son raramente utilizadas por los tribunales argentinos, las posibilidades de inducir el cumplimiento con la que cuentan los jueces se ven reducidas. En parte porque los tribunales reconocen la precariedad en la que opera la administración pública, en parte porque carecen de la legitimidad y fuerza para exigir su cumplimiento, un modelo remedial que involucra a los agentes de la administración en la etapa de diseño podría tener el potencial de elevar los niveles de cumplimiento por parte de los mismos de las órdenes generadas en el marco del litigio.

Por último, es probable también que el diálogo generado entre las partes y los funcionarios públicos en un proceso remedial al estilo del modelo experimental genere un

⁹⁸ Al identificar las limitaciones del poder judicial para la emisión de órdenes estructurales, Schuck alerta sobre la incorporación de nuevos actores sin poder comunicacional a los numerosos rangos ya existentes dentro de la administración pública. Así, la incorporación del juez, o funcionarios por él designados, para supervisar la implementación de determinados remedios judiciales frente al accionar de la administración pública, tiene la potencialidad de agregar una o más capas y ejes de poder a un aparato estatal por demás estratificado y complejo. Schuck, *op. cit.*, p. 161. Por otra parte, estos nuevos ejes de poder se caracterizan, según Schuck, por encontrarse alejados de su audiencia, estar a menudo deslegitimados frente a ella, y por ser pobres comunicadores en el mundo de canales y vericuetos de la administración pública.

proceso participativo que cimiente las relaciones entre las organizaciones de la sociedad civil y los funcionarios públicos, que eventualmente podría redundar en mayor apoyo político y movilización social para las causas que el litigio de derecho público intenta promover.

Estas especulaciones preliminares nos llevan a pensar que la exploración teórica y empírica del modelo remedial experimental podría ofrecer un marco positivo para estudiar la legitimidad y la capacidad institucional del poder judicial para intervenir con órdenes estructurales en el accionar de la administración.

V. Algunas propuestas.

Muchos de quienes trabajan en el desarrollo del litigio de derecho público en el país son concientes de las numerosas dificultades de la estrategia abrazada. Piensan que es sólo una herramienta más a desplegar junto a la acción coordinada en otros espacios de participación pública, como el de la política o la educación. Saben de los límites del discurso de los derechos y de su operación en el contexto de desigualdad estructural, anomia, informalismo, y precariedad institucional y democrática argentinos. No ignoran, tampoco, que en esos contextos el derecho suele operar como instrumento de opresión y pocos casos en un foro deslegitimado como el poder judicial sólo pueden tener un impacto marginal en los centros de poder que se pretende transformar. Sin embargo, sin ser ingenuos respecto de los límites de herramientas como el litigio de derecho público creen que los tribunales pueden ser un espacio más desde el cual promover la construcción del *rule of law* y contribuir a la deliberación democrática, gradualmente y sin fomentar expectativas irrealizables.

Sería provechoso que futuros diálogos sobre las condiciones necesarias para el mejor despliegue de la estrategia de litigio de derecho público incorporasen la consideración de las alternativas remediales disponibles. Para ello, además de seguir explorando modelos posibles es

necesario generar más investigación empírica cuantitativa y cualitativa sobre los remedios empleados hasta ahora y su eficacia relativa en el impacto en la administración. El litigio en cuestiones de salud puede ser un lugar desde el cual comenzar, pero áreas como el la administración penitenciaria o el control de los servicios públicos también pueden proveer ámbitos interesantes para explorar.

La investigación empírica debería servir, a su turno, para informar discusiones teóricas y, eventualmente, propuestas de reformas legislativas procedimentales que mejoren las modalidades remediales. La presencia de legisladores, abogados, funcionarios administrativos y judiciales y la sociedad civil en esos diálogos resultará clave. También los espacios de enseñanza del derecho pueden desempeñar un rol fundamental para alojar esas discusiones y promover cambios legales y curriculares que informen a los abogados y los funcionarios judiciales sobre el funcionamiento de la burocracia administrativa, y viceversa, y sobre las interacciones posibles entre la administración, el poder judicial y la sociedad civil.

El modelo remedial experimental presenta algunas características que recomiendan incluirlo como alternativa posible en esos debates, en especial por la actitud de cooperación y deliberación que exige de las partes en el marco de un mecanismo dirigido por el poder judicial. Pero también será importante considerar objeciones posibles al mismo, como la de que, en cierta medida, presupone un desdibujamiento de la función judicial, o que requiere una confianza en la capacidad técnica, negociadora, de diálogo y buena fe de todas las partes que no necesariamente se puede asumir sin más. Cualquiera sea la conclusión a la que arribemos, al incorporar la dimensión remedial a aquellas discusiones es probable que podamos enriquecer nuestra comprensión del litigio de derecho público.