

## Capítulo I

### Las cortes y las políticas públicas

#### I. LAS CORTES Y SU LEGITIMACIÓN PARA INCIDIR EN POLÍTICAS PÚBLICAS

Uno de los primeros modelos de control judicial de constitucionalidad desarrollado en el mundo es el “modelo estadounidense”, cuya denominación responde al hecho que fue creado en Estados Unidos. Esta solución fue establecida por vía jurisprudencial en el caso *Marbury vs. Madison*, en 1803. La Corte Suprema estadounidense interpretó su competencia para que, en caso de un conflicto entre una ley y la Constitución, se resolviera, en el caso concreto, a favor de la norma constitucional.<sup>1</sup> El juez Marshall aplicó el principio según el cual, ante un conflicto entre dos normas de diferente jerarquía, debe prevalecer la de jerarquía superior, otorgándole, además, el control de constitucionalidad al poder judicial, ubicando de esta manera a la Corte Suprema como último interprete de la Constitución.

Sin embargo, fue Hans Kelsen quien tiempo más tarde se convertiría en el creador intelectual e inspirador de la racionalización del sistema de control de constitucionalidad a través del diseño de un tribunal constitucional con una jurisdicción cons-

---

<sup>1</sup> Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos del derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992; Gargarella, Roberto, *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008; Nogueira Alcalá, Humberto, “Consideraciones sobre la jurisdicción constitucional en América y en Europa”, *Ius et Praxis*, Talca, vol. 8, núm. 2, 2002.

## CONSTITUCIÓN, JUSTICIA AMBIENTAL Y DERECHOS

---

titucional especializada (modelo austriaco-alemán), cuya característica específica es la de asumir la competencia de resolver las acciones o recursos de inconstitucionalidad sobre preceptos legales (control normativo abstracto de constitucionalidad de preceptos legales), lo que se concreta en la Constitución austriaca de 1920.<sup>2</sup> Luego, se esparce con matices en la mayor parte de Europa después de la Segunda Guerra Mundial.<sup>3</sup>

Uno de los problemas de mayor complejidad que se han planteado con respecto del control judicial de constitucionalidad es el referido a la legitimidad de las decisiones de las cortes,<sup>4</sup> ya que estas se fundaban en una ficción de que no es una institución política, sino exclusivamente jurídica, y son un órgano contramayoritario cuya conformación no se realiza a través de procesos electorales directos.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> Kelsen, Hans, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit: Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte*, Alemania, Walter de Gruyter, 1929; Vita, Leticia, *La legitimidad del derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de Weimar*, Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller, Buenos Aires, Eudeba, 2014.

<sup>3</sup> Wieser, Bernd, *Vergleichendes Verfassungsrecht*, Viena, Springer, 2005; Ferreres Comella, Víctor, “The rise of specialized constitutional courts”, en Ginsburg, Tom y Dixon, Rosalind (eds.), *Comparative Constitutional Law Research Handbooks in Comparative Law series*, Estados Unidos, Edward Elgar Publishing Limited, 2011, pp. 265-277.

<sup>4</sup> Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989; Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; Alexy, Robert, “Derechos fundamentales y Estado constitucional democrático”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003; Alexy, Robert, “Abwägung, Verfassungsgerichtsbarkeit und Repräsentation”, en Becker, Michael y Zimmerling, Ruth (eds.), *Politik und Recht. Politische Vierteljahresschrift*, 2006, pp. 250-258; Alexy, Robert, “Grundgesetz und Diskurstheorie”, en Brugger, Winfried (ed.), *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden, Nomos, 1996.

<sup>5</sup> Gargarella, Roberto, *Teoría y crítica del derecho...*, cit.; Gargarella, Roberto, “Theories of Democracy, the Judiciary and Social Rights”, en Gargarella, Roberto (ed.), *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, Ontario, Ashgate, 2006; Gargarella, Roberto, “Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la Constitución”, 2007, [seminariogargarella.blogspot.com/2007/12/ganamo.html](http://seminariogargarella.blogspot.com/2007/12/ganamo.html)

## Las cortes y las políticas públicas

---

Lo cierto es que ni las cortes supremas ni los tribunales constitucionales son estrictamente instituciones jurídicas, sino que se trata también de instituciones políticas que deciden sobre cuestiones controvertidas de políticas públicas.<sup>6</sup>

Sin embargo, podemos observar cómo el proceso de constitucionalización de los derechos a través de las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, sumado a la complejización de la sociedad, que pasó de ser visibilizada como una sociedad homogénea a una totalmente heterogénea, terminaron por alumbrar un cambio en la teoría del derecho, que ha provocado un giro. La adjudicación judicial deja de ser vista como mera aplicación del derecho mecanizada. Esta concepción de la adjudicación judicial comienza a tornarse obsoleta para poder explicar la práctica del derecho. Es por ello que en el derecho del Estado constitucional actual —formado sobre todo por principios, aunque también por reglas— no sería apta la aproximación rígida y poco dúctil del método iuspositivista.<sup>7</sup>

Estas transformaciones, en gran parte producidas por ordenamientos jurídicos que fueron constitucionalizados e impregnados por principios de derechos fundamentales, produjeron un cambio en la función y el papel que el/la juez/a (especialmente constitucional) debe desempeñar ahora como garante de ese listado de derechos y principios incorporados a las constituciones de sociedades heterogéneas con múltiples centros de intereses.<sup>8</sup> En el Estado constitucional de derecho el judicial estaría llamado a acortar la brecha entre las normas de derecho infraconstitucio-

---

<sup>6</sup> Dahl, Robert, “Decision-making in a Democracy: The Supreme Court as a National policy-maker”, *Journal of Public Law*, Yale University, núm. 6, 1957.

<sup>7</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995; Pozzolo, Susanna, *Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico*, Turín, Giappichelli, 2001; Pozzolo, Susanna, “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010, pp. 165-185; Pozzolo, Susanna, “Un constitucionalismo ambiguo”, en Carbonell, Miguel (ed.), *op. cit.*, p. 190; Carbonell, Miguel, “El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *op. cit.*, pp. 153-164.

<sup>8</sup> Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, y Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*

nal y las normas constitucionales ante la inacción o paralización de los otros poderes que no se ocupan de efectivizar estos derechos.<sup>9</sup>

Las características mencionadas, sumadas al incremento de la revalorización de los derechos y la expansión del acceso individual a la justicia, están haciendo del poder judicial una institución más poderosa de lo que originalmente se pretendió. Esto provoca que las cortes hayan comenzado a reinterpretar el papel que deben ocupar en el sistema.

Es cierto que los canales legales de participación que pueden darse dentro del marco de los procesos judiciales no reemplazan la importancia primaria de la representación electoral, pero sugieren que, si nos interesamos en la participación, el diálogo y la efectivización de derechos, las cortes pueden convertirse en un área complementaria de oportunidades. Si las cortes obrasen de esta manera, la democracia, más que debilitada, se vería fortalecida.<sup>10</sup>

### **1.1. Del positivismo jurídico a la constitucionalización del derecho: la función de el/la juez/a en la actualidad**

El derecho contemporáneo se ve marcado por la pulverización del derecho legislativo, ocasionado por la multiplicidad de leyes de carácter sectorial, o sea, de reducido alcance general. Algunas razones de la desaparición de los caracteres clásicos de la ley pueden deberse a la mutación de las características de nuestra sociedad actual, donde existe una amplia diversificación de grupos y estratos sociales que participan en la formación de las

---

<sup>9</sup> Sousa Santos, Boaventura de, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta, 2009.

<sup>10</sup> Cichowski, Rachel A., "Courts, Rights, and Democratic Participation", *Comparative Political Studies*, vol. 39, núm. 1, febrero de 2006, pp. 50-75; Aldao, Martín, "Teorías de la democracia y activismo judicial", en Kron, Stefanie *et al.* (eds.), *Democracia y reconfiguraciones del derecho en América Latina*, Madrid, Vervuert-Iberoamericana, 2011; Gargarella, Roberto, "Theories of Democracy...", *cit.* y Gargarella, Roberto, "Un papel renovado...", *cit.*

## Las cortes y las políticas públicas

---

leyes con el objeto de que sus derechos sean garantizados. Estas circunstancias reducen el factor de ordenación característico de las leyes, tornándola más bien un desorden que, en definitiva, termina a lo sumo resolviendo las situaciones conflictivas de esta sociedad heterogénea de manera tardía, si es que llega a hacerlo.<sup>11</sup>

Es ante esta situación, sumada a la aparición de nuevas constituciones irradiadoras de derechos de la posguerra, cuando comienza a gestarse un nuevo constitucionalismo, que ha propiciado el alumbramiento de una teoría del derecho en muchos aspectos distinta y hasta contradictoria con la teoría positivista, que sirvió de marco conceptual al Estado de derecho decimonónico.

Ante esta realidad, quien examine el derecho actual seguramente no encontrará los caracteres de aquel positivismo jurídico. Como sostiene Zagrebelsky: “esta transformación debe inducir a pensar en un auténtico cambio genético, más que en una desviación momentánea en espera y con la esperanza de restauración”.<sup>12</sup>

Las causas y las consecuencias de este cambio de paradigmas se deben fundamentalmente al Estado constitucional de derecho. Las constituciones modernas del siglo xx vienen a intentar poner orden a ese desorden generado por la sobreabundancia de leyes mediante el establecimiento de un derecho superior dotado de fuerza obligatoria, inclusive para el legislador. La ley ya no es garantía absoluta y última de estabilidad, sino que ella misma se convierte en un instrumento de inestabilidad. El acceso y la búsqueda de satisfacción de derechos de estas fuerzas numerosas y heterogéneas que reclaman la protección de sus derechos traen aparejadas situaciones de mayor complejidad que acarrearán nuevas reglas e intervenciones jurídicas cada vez más complejas.

---

<sup>11</sup> Para Ferrajoli se trata de uno de los rasgos del Estado constitucional de derecho o modelo garantista, que explica con estas palabras: “La sujeción del juez ya no es como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuese su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir coherente con la Constitución”. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2006, p. 26.

<sup>12</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p. 33.

## CONSTITUCIÓN, JUSTICIA AMBIENTAL Y DERECHOS

---

Es por ello que, como refiere Zagrebelsky:

[...] la Ley, que en un tiempo fue medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución, y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada a favor de una instancia más alta. Y esa instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior. En esta nueva situación es el principio de constitucionalidad el que debe asegurar la consecución de ese objetivo de unidad.<sup>13</sup>

Las constituciones modernas, en especial aquellas que aparecen en la posguerra de la Segunda Guerra Mundial, complementan o superan el modelo kelseniano positivista de la Constitución donde existía una clara primacía de la ley y fuertes prerrogativas del legislador, evitándose la enumeración explícita de derechos fundamentales que quedaban a merced de la interpretación del poder legislativo.

Estas nuevas constituciones se encuentran dotadas de una fuerza invasiva general que impregnan todo el ordenamiento. Como consecuencia inevitable de ello, se convirtieron en un objeto completamente diferente del derecho infraconstitucional: la Constitución pasó a constituir un valor en sí mismo.<sup>14</sup>

El ordenamiento jurídico, en el marco de este proceso de constitucionalización, se encuentra invadido por principios de justicia que se hallan ahora en las constituciones y son aplicables de manera directa. Esta nueva realidad trae aparejadas enormes consecuencias en la forma en la que debe entenderse y aplicarse el derecho.

Como sostiene García Villegas, este constitucionalismo, al que él denomina aspiracional, “busca la efectividad fáctica, y no solo jurídica, de sus normas. Jurídicamente este carácter se revela en el hecho de que las normas que consagran sus principios, valores y derechos sociales no son consideradas como meras for-

---

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>14</sup> Pozzolo, Susanna, “Reflexiones sobre la concepción...”, *cit.*, p. 192.

## Las cortes y las políticas públicas

---

mulaciones retóricas, sino como normas llamadas a tener efectos inmediatos”.<sup>15</sup>

Como consecuencia de la entrada en vigor de estas constituciones invasoras y aspiracionales, la práctica de muchos tribunales viene cambiando considerablemente. Este fenómeno generó una explosión de la actividad judicial, lo que promovió un mayor activismo del que se observaba en épocas anteriores.<sup>16</sup>

En este sentido, el Estado constitucional de derecho implica un cambio radical de la función judicial, a tal punto que el/la juez/a constitucional pasó de ser un mero espectador a convertirse en partícipe de la creación del derecho.<sup>17</sup> Parafraseando a Zagrebelsky, “el constitucionalismo envuelve completamente la legislación en una red de vínculos jurídicos que debe ser recogida por los jueces, sobre todo por jueces constitucionales, y ante ello se sienten autorizados a realizar un control de fondo e ilimitado sobre todas las decisiones del poder político y en todos sus aspectos”.<sup>18</sup> Resultaría, por tanto, absurdo seguir sosteniendo que las cortes supremas son estrictamente instituciones jurídicas; lo cierto es que se trata de instituciones políticas, que deciden sobre cuestiones controvertidas de política.<sup>19</sup>

El papel mecánico de aplicación de la ley por parte de el/la juez/a ha recibido numerosas críticas por no adecuarse el mecanismo de subsunción, característico del iuspositivismo, a las necesidades de las sociedades actuales que derivan del efecto de la irradiación de los derechos humanos producidos por estos profundos cambios constitucionales. La sociedad actual precisa, por tanto, de un/a juez/a que avance hacia una dimensión creadora, a fin de convertirse en un garante de los derechos funda-

---

<sup>15</sup> García Villegas, Mauricio, “Constitucionalismo aspiracional”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Universidad de Sevilla, Sevilla, vol. 15, núm. 29, 2013, pp. 77-97.

<sup>16</sup> Carbonell, Miguel (ed.), *op. cit.*, p. 155.

<sup>17</sup> Rey Cruz, Fernando Alberto, *El derecho a la consulta previa en perspectiva neoconstitucional. Un acercamiento a la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana*, Alcalá de Henares, defensa de tesis de maestría, 2012, p. 38.

<sup>18</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p. 151.

<sup>19</sup> Dahl, R., *op. cit.*

## CONSTITUCIÓN, JUSTICIA AMBIENTAL Y DERECHOS

---

mentales cuando los demás poderes del Estado sean esquivos a garantizarlos.

Ante este nuevo panorama, en las últimas décadas los tribunales se han convertido en un nuevo foro para la persecución de cambios sociales y esto es una verdad innegable. Ello se debió, en parte, a los cambios teóricos mencionados, a los que se suman nuevas prácticas como la promoción del litigio de derecho público por parte de distintos actores.<sup>20</sup>

Sin embargo, no podemos evadir que la cuestión de que el protagonismo de el/la juez/a dentro de este nuevo sistema conlleva también ciertos conflictos e interrogantes con respecto a la legitimidad de sus decisiones, que podrían afectar de algún modo al principio de autogobierno democrático. Se estaría validando por esta vía a un poder contramayoritario<sup>21</sup> para que, a través del ejercicio del control judicial de constitucionalidad, pueda, por un lado, crear de alguna manera derecho y, por el otro, dejar sin efectos normas establecidas por el órgano legislativo o ejecutivo, quienes poseen la legitimidad popular a través del voto.

Estas son cuestiones que no deben ser tomadas a la ligera, sino con la seriedad que merecen, para encontrar caminos donde esta hiperactividad judicial lesione en la menor medida de lo posible los principios democráticos.

### 1.2. Los procesos dialógicos y la legitimación de las cortes

En la actualidad, trabajos como los de Law y Versteeg<sup>22</sup> muestran cómo el control judicial de constitucionalidad se convirtió en

---

<sup>20</sup> Bergallo, Paola, “Apuntes sobre justicia y experimentalismo en los remedios frente al litigio de derecho público”, *Lexis*, núm. 0003/012633, 2006, p. 1.

<sup>21</sup> Ese término fue utilizado y promovido por primera vez en la academia por Bickel, Alexander M., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University, 1986.

<sup>22</sup> Law, David S. y Versteeg, Mila, “The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism”, *California Law Review*, vol. 99, núm. 5, 2011, pp. 1163-1258.



## Las cortes y las políticas públicas

---

una práctica extendida en casi todos los países del mundo. Hacia 2006, 87% de los Estados ya habían adoptado en su Constitución, de manera explícita, la *judicial review* en algunas de sus formas, número que se vería acrecentado aún más si se tiene en cuenta a los países que ejercen el control judicial de constitucionalidad como un instrumento que se encuentra garantizado de una manera implícita en la Constitución.<sup>23</sup>

Puede decirse que, en las discusiones acerca de la división de poderes, hay aún con demasiada frecuencia dos suposiciones implícitas. La primera es que nos enfrentamos a una opción cerrada entre dos únicas posibilidades: el modelo de supremacía parlamentaria incondicionada (modelo de Westminster o Estado legislativo de derecho) y el Estado constitucional de derecho entendido como alguna forma de constitucionalismo fuerte, donde el/la juez/a constitucional tiene un papel preponderante.

La segunda es que aquel que se juzgue preferible lo será para cualquier comunidad política, porque la justificación de un diseño institucional no se relaciona con las circunstancias contingentes que puedan variar de una comunidad a otra.

Sin embargo, Bayón sostiene que estos son dos prejuicios que hay que acabar de desterrar cuanto antes.<sup>24</sup> Como se verá, hay posibilidades intermedias que pueden —según los distintos contextos— llevarnos a soluciones más justas y democráticas.

Ante esta realidad, cabe preguntarse si las discusiones teóricas deberían seguir enfocadas tan solo hacia el cuestionamiento de la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad, lo que tendría como consecuencia la erradicación del *judicial review*, como actualmente se conoce, para retornar hacia una soberanía parlamentaria o si, ante esta realidad tan palpable, correspondería enfocar la discusión hacia la cuestión de cuáles serían los sistemas de control judicial de constitucionalidad más adecuados para tomarnos en serio la posible afectación del prin-

---

<sup>23</sup> Estos países serían Australia, Dinamarca, Finlandia, Islandia, Israel, Noruega, Singapur, Suecia y Tonga.

<sup>24</sup> Bayón Mohíno, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *op. cit.*, pp. 351 y ss.

## CONSTITUCIÓN, JUSTICIA AMBIENTAL Y DERECHOS

---

cipio de autogobierno democrático y, por tanto, la cuestión de la legitimidad en la toma de decisiones por parte de las cortes.

Esta postura, al mismo tiempo, nos permitiría superar esta discusión, enfocándonos de una manera tanto empírica como teórica en indagar sobre qué sistemas podrían generar un mayor diálogo entre las cortes, agencias estatales y poderes legislativos y, simultáneamente, con la ciudadanía en general. Un diálogo que redunde en un mayor grado de legitimidad democrática para los tres poderes y, en definitiva, en una mayor inclusión de la sociedad en cuestiones en las que estas se ven directamente afectadas. De esta manera, se posibilitaría un reaseguramiento de los derechos constitucionales que se fortalecerán de una manera dialógica y continuada con el valor epistémico del diálogo como constitutivo de soluciones más justas.<sup>25</sup>

Si bien quedó plasmado en el punto anterior que la función de el/la juez/a, especialmente el/la constitucional, se vio modificada con la irradiación de principios receptados en las constituciones del siglo XXI, ello ocasionó, en muchas situaciones, una hiperactividad judicial en la defensa de los derechos. Aunque estos espacios que se originan dentro de los procesos judiciales pueden reforzar la democracia en vez de disminuirla, no estoy de acuerdo en que estos controles se realicen mediante cualquier tipo de intervención judicial, sino con aquellas que tiendan a ser dialógicas y que se enmarcan en lo que se conoce como activismo judicial dialógico. Sobre todo en casos estructurales, donde las decisiones de las cortes tienen como finalidad incidir en políticas públicas. Otras formas de intervención podrían ser perjudiciales para el juego democrático.

Un número importante de autores neoconstitucionales se manifiestan en este sentido. No están de acuerdo con cualquier tipo de intervención de las cortes, sino que son críticos de aquellas intervenciones fuertes de control de constitucionalidad que pueden afectar los principios democráticos como el autogobierno, por ser las cortes instituciones contramayoritarias no elegidas directamente por la voluntad popular.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Nino, Carlos Santiago, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Madrid, Gedisa, 2009.

<sup>26</sup> Tushnet, Mark, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press,

## Las cortes y las políticas públicas

---

John Hart Ely sostiene que las cortes deberían intervenir solamente cuando el mercado, y en este caso el mercado político, se ve marcado por un mal funcionamiento sistemático (él utiliza la analogía con un árbitro, porque este interviene solo cuando un equipo se encuentra ganando por ventajas injustas y no porque el equipo inadecuado marcó un tanto).<sup>27</sup> Una corte debería primordialmente realizar la *judicial review* en la medida en que constituya un desbloqueo de obstrucciones del proceso democrático.<sup>28</sup>

En esa misma línea, Habermas adopta —junto a Ely— una idea procedimentalista de la carta fundamental. Lo que hace (y debe hacer) la Constitución, sostiene, es fijar “los procedimientos políticos conforme a los que los ciudadanos, ejercitando su derecho de autodeterminación, pueden perseguir cooperativamente y con perspectivas de éxito el proyecto de establecer formas justas de vida”.<sup>29</sup>

Según esta idea, un tribunal debería operar como custodio para que el proceso de producción de normas se efectúe en las condiciones de una política deliberativa.<sup>30</sup> El tribunal se convertiría así en una especie de defensor de la democracia deliberativa. Esta posición nos trasladaría a intentar comprender qué es lo que Habermas entiende por política deliberativa y cuáles elementos del discurso deliberativo son los que un tribunal debería proteger. El pensador alemán le otorga al discurso deliberativo un espacio mucho más amplio que el de la discusión política que se produce en los parlamentos.

Esta ampliación que postula ya había sido sostenida por Ely al desarrollar su idea de una justicia constitucional como *parti-*

---

2009; Waldron, Jeremy, *Derechos y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005; Gargarella, Roberto, “Un papel renovado...”, *cit.*; Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 2010; Ely, John Hart, *Democracy and Distrust: a Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

<sup>27</sup> Ely, John Hart, *op. cit.*, p. 103.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 117.

<sup>29</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, p. 336.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 348.

## CONSTITUCIÓN, JUSTICIA AMBIENTAL Y DERECHOS

---

*cipation-oriented* y como *representation-reinforcing*.<sup>31</sup> Una corte suprema debe, según esta visión, mantener abiertos los canales para los cambios políticos y corregir aquellas discriminaciones injustas que se producen contra grupos minoritarios.<sup>32</sup>

Es este espacio de protección defendido por Ely el que Habermas se encarga de precisar y ampliar cuando indica que también debe protegerse “tanto el espacio de la opinión pública política como el contexto cultural de este y su base social”.<sup>33</sup>

Desarrolla esta idea y considera que un tribunal constitucional debe poner su atención en ámbitos de protección de la política deliberativa, como el de la inclusión en el proceso político de aquellos grupos sociales que han estado ausentes en él. Entiende que “la exclusión y represión de algunos tiene por consecuencia el extrañamiento de todos”.<sup>34</sup>

En este sentido, la democracia deliberativa debe ser protegida de aquellos grupos que se hacen de la agenda legislativa o administrativa para imponer sus particulares condiciones y dan lugar a una verdadera “captura del Estado”,<sup>35</sup> toda vez que, si falta esa protección, el poder legislativo pasa a ser un mero instrumento de los grupos con poder fáctico.

Aunque en apariencia la posición que le otorga a los tribunales es marginal, la nueva posición en que sitúa a estos dentro del juego democrático habermasiano es absolutamente protagónica. Incluso, el pensador alemán sostiene que la manera en que estos tribunales deben ejercer sus competencias de *judicial review* no debe estar atada a una actitud de *self-restraint*,<sup>36</sup> sino que deben

---

<sup>31</sup> Ely, John Hart, *op. cit.* p. 87.

<sup>32</sup> Wartenberg, R. Letelier, “La justicia Constitucional en el pensamiento de Jürgen Habermas”, *Estudios Constitucionales*, año IX, núm. 2, 2011, p. 7.

<sup>33</sup> Habermas, Jürgen, *op. cit.*, p. 348.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 335.

<sup>35</sup> Sunstein, Cass, *After the Rights Revolution*, Cambridge, Harvard University Press, 1990, pp. 98 y ss.

<sup>36</sup> Mediante el *self-restraint* se pretende que un tribunal constitucional se “auto-restrinja” en la revisión de la constitucionalidad de las leyes, guardando así cierta deferencia con el legislador.

## Las cortes y las políticas públicas

---

ejercerlas dentro de una idea de un pleno activismo judicial, pero solo en cuanto defensores de las condiciones necesarias para un debate discursivo o como garantes de una política deliberativa. Dentro de esa esfera de custodia, para el filósofo francfortés, sus competencias no poseerían límites.<sup>37</sup>

En esa misma línea de pensamiento, Carlos Santiago Nino sus-  
tenta que, ante las intervenciones judiciales, se hace necesario al-  
canzar un equilibrio muy delicado. En primer lugar, se debe de-  
terminar el alcance adecuado del método democrático de toma de  
decisiones, con la ambición de que el proceso pueda autocorregirse  
para solucionar las deficiencias de su funcionamiento. Solo cuando  
las vías democráticas normales no logren solucionar estas deficien-  
cias, deberíamos contemplar la intervención externa para promo-  
ver el valor epistémico de la democracia. Esta situación se produ-  
ciría cuando sus vicios se encuentren atrincherados a tal punto que  
podrían perpetuarse si no fuera por la intervención judicial.<sup>38</sup>

### 1.3. Las distintas formas de intervención: remedios fuertes contra remedios débiles

Mark Tushnet, en su libro *Weak Courts, Strong Rights*,<sup>39</sup> realiza  
un análisis sobre qué sistemas de control judicial de constitucio-  
nalidad serían los más adecuados para proteger los derechos eco-  
nómicos y sociales desde la judicatura.

Manifiesta que existen dos tipos de sistemas de *judicial re-  
view*: un sistema de control fuerte (*strong-form system*) y un sis-  
tema de control débil (*weak-form system*), dentro de los cuales  
encontramos sistemas con distintas variantes y matices.

En el marco de estos sistemas, podemos encontrar remedios  
o tipos de intervención cerrados o abiertos. En las intervencio-  
nes de tipo cerradas (*strong-form system*), el/la juez/a decide

---

<sup>37</sup> Wartenberg, R. Letelier, *op. cit.*, p. 9.

<sup>38</sup> Nino, Carlos Santiago, *La Constitución de la democracia...*, cit.

<sup>39</sup> Tushnet, Mark, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial review and Social Wel-  
fare Rights in Comparative Constitutional Law*, Cambridge, Princeton Uni-  
versity Press, 2009.

## CONSTITUCIÓN, JUSTICIA AMBIENTAL Y DERECHOS

---

cómo serán las acciones que se deben llevar a cabo para proteger los derechos que buscan protegerse a través de esta vía. Esto podría ser declarando la inconstitucionalidad de una ley o detallando un plan de acción concreto para que dejen de vulnerarse los derechos en cuestión. En estos casos, la solución surge de la decisión jurisdiccional, por lo que el poder judicial se ubicaría de alguna forma como un superior jerárquico de las agencias estatales, quienes deben dar cumplimiento a lo mandado por el órgano judicial.<sup>40</sup>

Por otro lado, en los tipos de intervención o remedios abiertos (*weak-form system*), el poder judicial no determina de antemano cuál debería ser el actuar de las agencias estatales para solucionar las violaciones de derechos que llevan a una corte a intervenir, sino que son las agencias las que deben diseñar el contenido de la política pública para solucionar la problemática de fondo, aunque bajo la supervisión del órgano judicial.<sup>41</sup> Este tipo de intervención es conocida como experimentalismo jurídico.<sup>42</sup>

Los sistemas de control judicial débil, donde abundan remedios de tipo abierto, tienen una virtud con respecto a los fuertes o cerrados: estos generan un mayor diálogo interinstitucional y con actores externos, como organizaciones de derechos humanos, que redundan en soluciones consensuadas que resolverían de una mejor manera una problemática judicializada. La utilización de herramientas deliberativas a lo largo del proceso judicial para llegar a una sentencia y su implementación, como audiencias públicas, la presentación de amigos del tribunal, la creación de mesas de diálogo entre las partes involucradas, mecanismos de control de cumplimiento de sentencias otorgados a organismos independientes de derechos humanos —como las defensorías del pueblo—, colaboran a disminuir las tensiones que existen entre la *judicial review* y el principio de autogobierno.

---

<sup>40</sup> Pereira, G., “Las violaciones estructurales de derechos humanos y el reconocimiento de las obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en Legarre, Santiago *et al.* (eds.), *Tratado de los derechos constitucionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, pp. 10 y 11.

<sup>41</sup> *Idem.*

<sup>42</sup> Dorf, Michael C. y Sabel, Charles F., “A constitution of democratic experimentalism”, *Columbia Law Review*, vol. 98, núm. 2, marzo de 1998.

## Las cortes y las políticas públicas

---

Tushnet sostiene que un sistema de control débil sería más apropiado cuando media una incertidumbre genuina en la comunidad sobre qué significado constitucional debería tener una cláusula constitucional.<sup>43</sup> Este sistema es conveniente también cuando existe un estancamiento o esclerosamiento por parte de los poderes políticos en resolver situaciones relacionadas con vulneraciones graves de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), como las que se producen en casos estructurales o experimentalistas.<sup>44</sup> En definitiva, los remedios o las soluciones débiles prometerían tener en el largo plazo mayor efectividad que las decisiones fuertes.<sup>45</sup>

Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco agregan a la tipología de Tushnet un elemento intermedio dentro de los remedios: los remedios moderados. Estos son aquellos que definen procedimientos y fines amplios, criterios y plazos de cumplimiento, pero dejan a las agencias estatales la decisión sobre los medios y las políticas públicas para cumplimentar la sentencia.<sup>46</sup>

Además, completan esta tipología adicionando otro elemento de suma importancia para los casos estructurales: el monitoreo del cumplimiento de las sentencias que se considera, desde el punto fáctico y analítico, algo diferente a los remedios. El monitoreo se produce cuando una corte, luego de dictar una medida, decide continuar con su jurisdicción sobre el caso para controlar en qué medida los obligados cumplen con las órdenes establecidas en la decisión judicial.<sup>47</sup>

Así como sucede con la tipología de los remedios, dividen al seguimiento de la sentencia en débil, moderado y fuerte. El seguimiento fuerte puede adoptar diferentes formas como: la creación de una sala especial de seguimiento, el nombramiento de comisionados que supervisen detalladamente la implementación de la sentencia y mantengan informado al tribunal, o la creación de microinsti-

---

<sup>43</sup> Tushnet, Mark, *Weak Courts...*, cit., p. 66.

<sup>44</sup> Dorf, Michael C. y Sabel, Charles F., *op. cit.*

<sup>45</sup> Tushnet, Mark, *Weak Courts...*, cit. pp. 227 y ss.

<sup>46</sup> Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana, *op. cit.*, *Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el sur global*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2015, e-book, posición 289..

<sup>47</sup> *Idem.*

## CONSTITUCIÓN, JUSTICIA AMBIENTAL Y DERECHOS

---

tucionalizaciones de seguimiento, como en el caso del saneamiento de la Cuenca Matanza-Riachuelo. En este, la Corte Suprema argentina, además de ordenar la implementación de la sentencia a dos jueces de instancias inferiores, crea un espacio conformado por instituciones externas al poder judicial, como lo son la Defensoría del Pueblo conjuntamente con organizaciones no gubernamentales (ONG) que intervienen en la causa, a los que da el nombre de Cuerpo Colegiado. Este debe informar sobre los avances o retrocesos de la implementación de la sentencia de forma periódica.

Estas variables de seguimiento tienen como finalidad la voluntad del tribunal de intervenir de forma activa, aunque dialógica, en el proceso, corroborando, de este modo, si se da cumplimiento a los plazos y directrices mínimas dictados en la sentencia. En numerosos casos esta forma de intervención motiva el uso de herramientas dialógicas, como en audiencias públicas donde se exponen los avances y retrocesos. Estas muchas veces ocasionan el dictado de nuevas resoluciones por parte de la Corte con la finalidad de redireccionar el proceso en caso de incumplimiento de las agencias estatales.

Rodríguez Garavito cree que los mejores resultados, al menos en casos estructurales, se dan a través de una intervención judicial que contenga derechos fuertes, remedios moderados y un seguimiento fuerte.<sup>48</sup>

Chayes mostró con claridad cómo el litigio de interés público se aleja del modelo tradicional de *judicial review*, que prácticamente consiste en dos partes que se encuentran inmersas en el proceso, que se focaliza en alegar circunstancias pasadas y donde todo se resuelve a través de una decisión particular. A diferencia de este modelo, los casos de derecho público (*public law cases*) o estructurales se caracterizan por ser amorfos y con un sinnúmero de partes involucradas o afectadas. Por tanto, los remedios de este tipo de casos requieren de otras dimensiones, de soluciones más innovadoras y de una constante reestructuración y monitoreo a lo largo del tiempo en que las medidas se van aplicando.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana, *op. cit.*

<sup>49</sup> Chayes, Abram, "The Role of the Judge in Public Law Litigation", *Harvard Law Review*, vol. 89, núm. 7, mayo de 1976, pp. 1281-1284.



## Las cortes y las políticas públicas

---

### 1.4. Las cortes experimentales en el marco del sistema democrático

Un sistema que se adapta muy bien a estas tipologías puede ser el experimental. Para Dorf y Sabel las cortes son instituciones que se encuentran mejor preparadas que los otros poderes, en el marco de la democracia constitucional, para asimilar este sistema.<sup>50</sup>

Lo novedoso de las cortes experimentales pasa por la relación que estas tienen con los otros órganos de gobierno, ya que, cuando estas instituciones adoptan métodos experimentales, van elaborando nuevas definiciones de principios fundamentales, en la medida en que van buscando soluciones para problemas concretos.

Una corte que actúa en estos términos, según ellos, presenta ciertas ventajas con respecto a las cortes que promueven sistemas fuertes de control de constitucionalidad, sobre todo en casos estructurales,<sup>51</sup> donde estas deben decidir sobre políticas públicas. Por un lado, insisten en que los actores deben respetar la condición central del experimentalismo de clarificar metas y medir resultados de manera continua. De esta forma, una corte puede declarar y defender derechos sin pretender anticipar la totalidad de las consecuencias a través de una sentencia, como generalmente sucede en los sistemas fuertes de *judicial review*.

Por otro lado, al diferir a los actores políticos y la sociedad civil afectada la exploración de significados y finalidades, solo bajo la condición de que cumplan con las reglas de la delibera-

---

<sup>50</sup> Dorf, Michael C. y Sabel, Charles F., *op. cit.*

<sup>51</sup> Los casos estructurales, están caracterizados por: a) afectar a un número amplio de personas que alegan la violación de sus derechos, ya sea directamente o a través de organizaciones que realizan litigio de interés público con su causa; b) involucrar a varias entidades estatales como demandadas por ser responsables de fallas sistemáticas de políticas públicas; c) implicar ordenes de ejecución complejas mediante las cuales el/la juez/a de la causa instruye a varias entidades públicas a emprender acciones coordinadas para crear políticas públicas tendientes a resolver los problemas estructurales; d) consistir la sentencia tan solo en un punto de partida, a partir del cual se van buscando soluciones colectivas a través de la construcción dialógica entre la multiplicidad de actores involucrados.

## CONSTITUCIÓN, JUSTICIA AMBIENTAL Y DERECHOS

---

ción, las cortes experimentales se convierten en mediadores que obligan a los actores políticos a extraer sus propias capacidades deliberativas, dejando las cuestiones de raigambre político a estos actores.<sup>52</sup> Esto no implica que las cortes dejen de ejercer el control de constitucionalidad, sino que sus decisiones serán menos especulativas que las sentencias derivadas de las prácticas de la *judicial review* actuales.

Una corte, en el marco de este sistema, no tiene la onerosa carga de decidir qué práctica de la agencia estatal puede ser la mejor.<sup>53</sup> En vez de eso, la tarea de la corte estará direccionada a observar si la o las agencias recabaron la información apropiada e hicieron los esfuerzos de coordinación necesarios para generar políticas públicas que se adecúen a los estándares pactados<sup>54</sup> y, en todo caso, si esos estándares no pueden ser cumplimentados, la agencia en cuestión deberá fundamentar acabadamente el por qué. Esto llevaría a una situación de dialogo que conduciría al compromiso de aprender y avanzar a través del monitoreo sobre la implementación de las decisiones.

De esta manera, las cortes también pueden corroborar si las agencias, al diagramar sus políticas, tienen en cuenta a los beneficiarios de las mismas para la búsqueda de soluciones.<sup>55</sup> Esta forma de aplicar el derecho nos llevaría a ensanchar los valores democráticos, basándonos en la deliberación y el consenso, en detrimento de la imposición judicial de decisiones sin este valor epistémico.

Sabel y Simon<sup>56</sup> observan esta transformación de las prácticas remediales en áreas tradicionales del litigio de derecho público, como el sistema de salud mental, las escuelas, prisiones, políticas habitacionales y el abuso policial. Esto ha llevado a los autores a vislumbrar un nuevo modelo de litigio que opera como meca-

---

<sup>52</sup> Dorf, Michael C. y Sabel, Charles F., *op. cit.*

<sup>53</sup> Como puede la corte conocer una temática mejor que una agencia especializada.

<sup>54</sup> Dorf, Michael C. y Sabel, Charles F., *op. cit.*, pp. 388 y ss.

<sup>55</sup> *Idem.*

<sup>56</sup> Sabel, Charles F. y Simon, William H., “Destabilization Rights: How Public Law Succeeds”, *Harvard Law Review*, vol. 117, núm. 4, febrero de 2004, p. 1016.

## Las cortes y las políticas públicas

---

nismo “desestabilizador de derechos”. Según Mangabeira Unger, 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”.<sup>57</sup>

Este mecanismo desestabilizador de derechos sirve para desatrincherar o desestabilizar a una institución pública que, en primer lugar, está fallando en la satisfacción mínima de los estándares referidos a la implementación de las políticas públicas que le compete y que, en segundo lugar, es sustancialmente inmune a los mecanismos políticos convencionales de corrección.

En definitiva, de alguna manera, el experimentalismo parece evadir los posibles argumentos de falta de legitimidad de las cortes para incidir en políticas públicas, ya que, por un lado, busca respetar la división de poderes, intentando afectar lo menos posible al principio de autogobierno y, por el otro, promueve rasgos fundamentales inherentes a la deliberación como la *accountability* y la participación ciudadana por medio de los *stakeholders* o comisionados en el marco del proceso, que obligan a los funcionarios públicos a hacer visibles y explícitas las políticas públicas que servirán para mitigar las distintas problemáticas estructurales que motivaron el proceso.<sup>58</sup>

Al mismo tiempo, se generan mecanismos de monitoreo de manera difusa y permanente para observar el grado de cumplimiento de las metas diseñadas. Esto motoriza, aunque muchas veces de manera paulatina, a ir perfeccionando o creando políticas públicas acordes a las necesidades de los/as afectados/as en los casos concretos. Asimismo, este esquema genera que el poder ejecutivo deba ser más responsable y pueda ser más fácilmente controlado por la legislatura, el electorado y, al mismo tiempo, por la corte.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> Mangabeira Unger, Roberto, *False necessity: antynecessitarian social theory in the service of radical democracy*, 1987, p. 530. La traducción es propia.

<sup>58</sup> Sabel, Charles F. y Simon, William H., *op. cit.*, p. 1093.

<sup>59</sup> *Idem.*

## CONSTITUCIÓN, JUSTICIA AMBIENTAL Y DERECHOS

---

Estos mecanismos de transparencia y control deberían igualmente fortalecer el control y participación del o de los abogados demandantes, los representantes de los/as afectados/as y la corte misma.

Del mismo modo, otorgan claridad en las metas que se trazaron, por lo que es más fácil controlar y medir los progresos. Asimismo, origina que, en caso de no observarse progresos, los interesados puedan ejercer presión para redireccionar las acciones del ejecutivo o pedir a la corte que se involucre más fuertemente en el proceso. Esto permite desestabilizar a las estructuras públicas que impidan avanzar hacia las soluciones pactadas.

Los mecanismos de control y de cumplimiento de sentencias, por parte de la corte, son a veces limitados. Algunas de las causas, según observan Sabel y Simon, tienen que ver con que los jueces suelen ser reacios a hacer esfuerzos excepcionales y a mantenerlos a costa de sufrir la crítica pública que estos casos provocan cuando no se producen progresos tangibles. Esta afirmación podría ser un punto débil de esta forma de abordaje, que requiere de cortes comprometidas y activas para poder funcionar correctamente.<sup>60</sup>

Muchas de las nuevas propuestas, como la del experimentalismo, pretenden superar, a través de diferentes instrumentos político-constitucionales, los problemas de legitimación que presenta el control judicial de constitucionalidad, entendido como una forma de control ejercido por un poder contramayoritario que adolecería de algunos déficits democráticos. Estas no se asientan en la mera virtud del principio de la mayoría para el arribo de decisiones justas y democráticas, sino que buscan ir más allá y encontrarse con las virtudes de la democracia deliberativa dentro del debate constitucional. En este marco, la jurisdicción constitucional se presenta como instrumento de un sistema político en el cual la democracia deliberativa sería el método, el camino adecuado para tomar decisiones.

Mediante enfoques de este tipo, el control judicial puede compatibilizarse con el ideal de la democracia, ya que una corte

---

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 1098.

## Las cortes y las políticas públicas

---

reconoce cuál es el papel que le corresponde en el proceso de toma de decisiones como motor y garante de la discusión colectiva, adoptando un papel más modesto, acorde a sus capacidades y legitimidad.

De todas maneras, no deja de ser un papel crucial. Las cortes deben ayudar a la ciudadanía a reconocer los distintos puntos de vista en juego en situaciones de conflicto, deben forzar a los legisladores y demás funcionarios públicos a justificar con argumentos razonables sus decisiones, a poner sobre la mesa pública los argumentos o voces ausentes en el debate, a impedir que quienes tienen en sus manos el poder institucional actúen de tal manera que los que se encuentran fuera de él, y se ven afectados/as por políticas públicas, queden fuera de la discusión o sean reemplazados/das. Debe impedir que los grupos de poder tomen decisiones basadas en sus propios intereses y bregar por la inclusión de todas las partes en el marco de los procesos de interés público.<sup>61</sup>

Así, los jueces ocupan un papel trascendental como promotores del diálogo democrático, en una dirección que es imprescindible ante el esclerosamiento de los poderes electorales y el agotamiento de una democracia que no logra encontrar caminos para dar soluciones a las problemáticas complejas actuales.

### 1.5. La jurisprudencia participativa empoderada<sup>62</sup>

Rodríguez Garavito, en uno de sus últimos trabajos, profundiza sus estudios empíricos y teóricos sobre qué tipo de interven-

---

<sup>61</sup> Gargarella, Roberto, “Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la Constitución”, *Gaceta Constitucional*, Lima, 2008, pp. 573-590.

<sup>62</sup> La traducción, que es propia, proviene del término *Empowered Participatory Jurisprudence*, del artículo de Rodríguez Garavito, César, “Empowered Participatory Jurisprudence: Experimentation, Deliberation and Norms in Socioeconomic Rights Adjudication”, en Young, Katharine (ed.), *The Future of Economic and Social Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, versión preliminar, 2017.

## CONSTITUCIÓN, JUSTICIA AMBIENTAL Y DERECHOS

---

ciones judiciales pueden contribuir de forma clara a una mayor efectivización de los DESCA, especialmente en casos complejos que presentan grandes desafíos, como los estructurales, donde se producen vulneraciones sistemáticas de derechos humanos.<sup>63</sup> Al mismo tiempo, procura encontrar caminos de cómo una corte puede fomentar la deliberación y la participación empoderante de ciertos grupos dentro de estos procesos.<sup>64</sup>

Para ello, conceptualiza un enfoque de la justiciabilidad de los DESCA al que denomina “jurisprudencia participativa empoderada” (EPJ, por sus siglas en inglés), que se enmarca dentro de teorías de adjudicación, tanto normativas como democrático-experimentalistas.<sup>65</sup>

Los mecanismos institucionales de la EPJ comprenden una intervención de las cortes que contenga: una afirmación de derechos fuertes, remedios moderados y mecanismos de monitoreo fuertes para la implementación de las sentencias. Conceptualmente, la EPJ es una instancia de experimentalismo democrático donde las cortes actúan como catalizadoras de procesos interactivos colectivos buscando resolver problemas estructurales. Estos procesos, por un lado, tienen lugar a través de parámetros legales sustantivos de los DESCA y, por el otro, mediante derechos procesales que favorezcan la efectivización de esos derechos.

Esto último implica garantizar tanto la participación empoderada dentro del proceso a actores defensores de DESC como la promoción de negociaciones dialógicas dentro del proceso que garanticen la implementación de las órdenes de la corte y se traduzcan en políticas públicas efectivas.<sup>66</sup> Este enfoque se en-

---

<sup>63</sup> Algunos ejemplos de vulneraciones sistemáticas tienen que ver con: i) el derecho a la alimentación de grandes grupos poblacionales; ii) cómo garantizar el derecho a la salud dentro de los sistemas prestacionales de salud que continuamente vulneran este derecho; iii) el derecho a la vivienda digna de porciones enormes de poblaciones que viven en situaciones de precariedad absoluta, o iv) problemas graves de contaminación ambiental en las cuencas acuíferas o en las grandes ciudades.

<sup>64</sup> Rodríguez Garavito, César, *op. cit.*, p. 3.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 1.

<sup>66</sup> *Idem*.

## Las cortes y las políticas públicas

---

cuentra enmarcado dentro de lo que se conoce como activismo dialógico.<sup>67</sup>

En definitiva, el autor colombiano argumenta desde lo teórico que tanto el normativismo como el experimentalismo democrático son dos líneas de razonamiento que pueden ser combinadas beneficiosamente. Desde el punto de vista empírico, cuando son combinadas, llega a la conclusión de que intervenciones judiciales que contengan un enfoque de derechos fuertes, remedios moderados y mecanismos de monitoreo de implementación de sentencias fuertes pueden tener, en casos estructurales, un mayor grado de éxito que otros tipos de intervenciones.<sup>68</sup>

Lo interesante de este abordaje consiste en que nos permitirá observar si la intervención de la Corte en el caso de la CMR tuvo las características de una EPJ. Además, a través del enfoque constructivista que se utilizará, dimensionaremos los efectos directos, indirectos y simbólicos del proceso, lo que nos llevará a observar el grado de éxito que tuvo la Corte.

Si bien, esto es algo que se analizará con profundidad en el segundo capítulo, se puede adelantar que las características de la intervención de la Corte Suprema argentina, en el caso estudiado, se asemeja a las mencionadas por Rodríguez Garavito con respecto a la EPJ y que la gran cantidad de efectos que se produjeron a lo largo del proceso nos darían la pauta de que fue una intervención con grados de éxito importantes. Aunque veremos también que estos avances no han sido lineales y que la inter-

---

<sup>67</sup> Para una lectura más detallada sobre el fenómeno del activismo dialógico véase Dixon, Rosalind, “Creating Dialogue about Socieconomics Rights: Strong- Form versus Weak-Form judicial review revisited”, *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, 2017. También véase Rodríguez Garavito, César, *op. cit.*, pp. 119 y ss.

<sup>68</sup> Un ejemplo de abordaje exitoso podría ser el que tuvo la Corte Constitucional colombiana con respecto al tema de los desplazados en Colombia, donde se dan las características de las EPJ mencionadas por Rodríguez Garavito. Por otro lado, ejemplos de sentencias que tuvieron otras características, y no fueron exitosas pueden ser las intervenciones de la Corte Constitucional sudafricana que se caracterizaron por una combinación de derechos fuertes, remedios débiles y ausencia del seguimiento de la sentencia, como los casos de *Grootboom* (derecho a la vivienda), *Soobramoney* (derecho a la salud) o *Mazibuko* (derecho al agua).

## CONSTITUCIÓN, JUSTICIA AMBIENTAL Y DERECHOS

---

vención no ha sido exitosa en todos los puntos ordenados por la Corte. Esta realidad tiene correlación, de alguna manera, con la dificultad que implica el abordaje de casos estructurales a través de este tipo de intervenciones democrático-experimentalistas.

### II. LA CORTE SUPREMA ARGENTINA Y SU ETAPA DE RELEGITIMACIÓN

En el punto anterior se describió que cierto sector de la doctrina se manifiesta en contra del activismo judicial. Los argumentos centrales que utilizan son la falta de legitimidad y la capacidad institucional que los jueces tienen para encarar procesos estructurales. Se argumentó que esta postura puede ser contrarrestada a través de otro tipo de argumentos democráticos y deliberativos donde las cortes serían parte de un engranaje beneficioso en el marco del sistema de los frenos y contrapesos existentes en el régimen democrático.

A partir de un tipo de abordaje experimentalista y dialógico de los casos, se contrarresta el argumento de la falta de legitimidad, ya que la creación de políticas públicas se construiría en una instancia donde la participación de todos los sectores involucrados dentro del proceso sería fundamental. Asimismo, el argumento de la falta de capacidad del poder judicial para incidir sobre políticas públicas perdería fuerza, puesto que, con esta impronta, no sería ya el tribunal el decisor en materia de políticas, sino que estas se gestarían en el marco de un proceso deliberativo a través de la interacción de las agencias estatales y los grupos afectados (muchas veces representados por organizaciones de derechos humanos). Entonces, el/la juez/a se transforma en una especie de garante del proceso, con vistas a que este produzca resultados positivos y que ningún sector se vea favorecido en detrimento de otro. Esto se lograría a través de un monitoreo fuerte del proceso de cumplimiento de la sentencia.

No cualquier tribunal se encuentra preparado para encarar este tipo de procesos estructurales que tienen la complejidad de ser casos donde se generan instancias de negociaciones a largo plazo para poder solucionar los muchos problemas que estos contienen. Para ello, se necesita de tribunales que posean una independencia significativa con respecto a los otros poderes del



## Las cortes y las políticas públicas

---

Estado, una imagen positiva con respecto a la ciudadanía en general y un capital político importante. A esto debe sumarse la intención de encarar este tipo de procesos a través de un activismo de tipo dialógico, pues de otra manera sería difícil que pueda sostener todos los costos que acarrearán este tipo de intervenciones.<sup>69</sup> Sin estas características sería muy complicado que una corte se avoque a enfrentar procesos estructurales y que, al mismo tiempo, pueda tener éxito en esa misión.

Por consiguiente, previo al análisis empírico del caso de la Cuenca Matanza-Riachuelo (CMR), es necesario hacer un análisis de cómo la Corte Suprema argentina se embarcó en un proceso de cambios significativos, a partir de su nueva conformación poscrisis económica de 2001. Esta transformación le permitió ser un poder del Estado independiente y encarar el desafío de intervenir en este tipo de procesos estructurales desde una perspectiva activista y dialógica.

En este punto, primero se realizará una descripción histórica de cómo el máximo tribunal careció de independencia. Luego se advertirá cómo, a partir de su nueva conformación posconflicto de 2001, la estabilización del tiempo en que los magistrados deben permanecer en sus cargos y su necesidad de relegitimación, llegó a ser un órgano mucho más abierto ante la sociedad y a implementar herramientas participativas y dialógicas en el marco de sus intervenciones. Ello le permitió tener el capital político necesario y la actitud para promover este tipo de activismo dialógico o, en palabras de Rodríguez Garavito, encarar los casos estructurales con las características de una EPJ.<sup>70</sup>

### 2.1. Algunos datos sobre la trayectoria de la Corte Suprema argentina

La Corte Suprema de Justicia de la Nación es el máximo tribunal dentro del poder judicial argentino y, además, como cabeza del

---

<sup>69</sup> Rodríguez Garavito, César y Kauffman, Celeste, *Guía para implementar decisiones sobre derechos sociales. Estrategias para los jueces, funcionarios y activistas*, Bogotá, Dejusticia, documento 17, 2014, pp. 13 y ss.

<sup>70</sup> Rodríguez Garavito, César, *op. cit.*

## CONSTITUCIÓN, JUSTICIA AMBIENTAL Y DERECHOS

---

mismo, tiene igual jerarquía que los otros poderes de la nación.<sup>71</sup> Asimismo, tiene una misión de gran importancia y delicada, que consiste en controlar la actividad de los otros órganos del Estado para evitar posibles excesos e impedir desbordes. De esta manera, ejerce su función primordial, que tiene que ver con controlar el buen funcionamiento del Estado y asegurar los derechos y garantías constitucionales de toda la población.

Para ejercer esta vital función, la Corte necesita de independencia y otras características, como cierta estabilidad en el cargo de sus miembros. Se advierte, sin embargo, que la historia constitucional argentina no estuvo exenta de tropiezos y vicisitudes que han oscurecido el normal desarrollo del país y, por tanto, del máximo tribunal. Se vivieron etapas donde el respeto por los derechos individuales y garantías se convirtieron en excepción. Uno de los fenómenos que se reprodujeron en estos periodos oscuros tuvo que ver con la continua destitución y nombramiento de los jueces de forma discrecional, sin que se cumpliesen los requisitos constitucionales para su remoción, especialmente los de la Corte Suprema.

En ese sentido, es fundamental hacer notar que la falta de independencia de la justicia constituye uno de los mayores obstáculos para la consolidación de la democracia en la región. Una de las condiciones necesarias para asegurar la independencia judicial consiste en que los miembros del Gobierno no influyan en las decisiones de los jueces, y esto, a su vez, requiere una clara diferenciación entre los actores que ejercen cada uno de los poderes del Estado.<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup> Como sostuvo la Corte Suprema argentina: “el tribunal tiene a su cargo el ejercicio de una de las funciones del poder estatal, y en este sentido, participa en la actuación del poder del Estado teniendo a su cargo, entonces, como órgano de gobierno, funciones políticas en el más elevado sentido del vocablo. En concreto, la Corte como titular de uno de los departamentos del gobierno federal, cabeza del poder judicial de la Nación y órgano supremo de la organización judicial, posee la misma jerarquía desde el punto de vista formal que los poderes ejecutivo y legislativo”. CSJN M 102 XXXII, *Mill de Pereyra, Rita y otros c/ Pcia de Corrientes*, 27 de septiembre de 2001. LL 2001-F-886/906, cdo. 10, voto de los jueces Fayt y Bellusio.

<sup>72</sup> Fiss, Owen M., “The Right Degree of Independence”, en Stotzky, Irwin P. (comp.), *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary*, San Francisco, Westview Press, 1993.

## Las cortes y las políticas públicas

---

La estabilidad de los magistrados se constituye, entonces, en una precondition clave para asegurar la autoridad efectiva de las altas cortes. Si los magistrados no logran cumplir sus mandatos, porque las presiones políticas los obligan a dimitir antes de tiempo o son destituidos por razones tan solo políticas que difieren de las causales establecidas por la Constitución, la capacidad del poder judicial para actuar de manera autónoma se ve seriamente comprometida.<sup>73</sup>

Ahora bien, refiriendo un poco de historia, la Constitución de 1853 no establece el número de integrantes que debe tener la Corte Suprema, es por ello que en 1862 se dictó la Ley de organización de la Justicia Federal N° 27, por la cual se estableció que estaría integrada por cinco jueces.

La primera Corte fue nombrada por el presidente Mitre, quien no se guió por consideraciones políticas partidarias, el mismo manifestó: “Como presidente de la Nación busqué a los hombres que en la Corte Suprema fueran un control imparcial e insospechado de las demasías de los otros poderes del Estado y que, viniendo de la oposición dieran a sus conciudadanos la mayor seguridad de la amplia protección de sus derechos y la garantía de una total y absoluta independencia del Poder Judicial”.<sup>74</sup>

Los jueces designados fueron: Valentín Alsina, Francisco de las Carreras, Salvador María del Carril, Francisco Delgado y José Barros Pazos, quienes asumieron sus cargos el 15 de enero de 1863. Todos aceptaron sus cargos, salvo Alsina, que en ese momento era senador nacional y no aceptó la designación, motivo por el cual la Corte funcionó con cuatro miembros hasta la designación de Benjamín Gorostiaga en junio de 1865.

Los primeros años de la Corte estuvieron dirigidos a afianzar los mandatos y principios de la Constitución, la fijación de límites en las atribuciones de los poderes del Estado y al reconocimiento expreso de la facultad del poder judicial para declarar

---

<sup>73</sup> Lara-Borges, Oswald *et al.*, “Diseño constitucional y estabilidad judicial en América Latina, 1900-2009”, *Polit. gob.*, vol. 19, núm. 1, 2012, p. 23.

<sup>74</sup> Barrancos y Vedia, Fernando N., “La Corte Suprema de Justicia en la historia constitucional argentina”, *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, 1999, t. XXVIII, pp. 205 y ss.

## CONSTITUCIÓN, JUSTICIA AMBIENTAL Y DERECHOS

---

la inconstitucionalidad de los actos o normas emanados por los otros poderes del Estado. El caso bisagra, en este sentido, fue el caso *Sojo*<sup>75</sup> de 1887. Naturalmente, este tiene un paralelismo con el caso *Marbury vs. Madison* de la Corte Suprema estadounidense.

La Corte permaneció en esa época sin grandes trastornos y cambios en su conformación, más allá de los que se produjeron, en general, por las causales ordinarias que el cargo posee.<sup>76</sup> Esta situación varió con el golpe de Estado de 1930; fue en ese momento cuando se originó una de las decisiones más controvertidas del alto tribunal: la Acordada de 10 de septiembre de 1930, donde se reconocía la legitimidad del Gobierno provisional *de facto*.<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup> En este caso, la Corte Suprema desestimó la declaración de inconstitucionalidad del artículo 20 de la ley 27, ya que interpretó que este no ampliaba su competencia originaria más allá de los supuestos consagrados en la Constitución, plasmando, por primera vez de manera jurisprudencial, la potestad de los tribunales de ejercer el control de constitucional.

<sup>76</sup> El artículo 100 de la CN establece que: “Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones”.

<sup>77</sup> Con respecto a este tema, citaremos algunas opiniones de renombrados juristas de la época: el doctor Alfredo L. Palacios, en su defensa del doctor Antonio Sagamaen en el juicio político promovido y decidido contra la Corte Suprema en 1947, decía: “La Corte Suprema, en circunstancias en que no existía el Poder Ejecutivo de derecho y para evitar la anarquía, reconoció la existencia de un ejecutivo de facto, con las reservas y los matices precisos que expresó. Lo reconoció después de su juramento de respetar la Constitución y dejó expresa constancia de ello [...]. La subsistencia de la Corte fue la única garantía que quedó de la continuidad jurídica del Estado”. (*La Corte Suprema ante el tribunal del Senado*, pp. 45 y 46, ed. rus, 1947). Por su parte, el doctor Julio Oyhanarte, en su *Historia del poder judicial* (1972, p. 106) decía que “[...] la Corte Suprema no puede modificar el curso de la historia. Carece del poder necesario para hacerlo [...]. La Corte en 1930 ejerció una función de salvación institucional en resguardo de los derechos humanos y de la independencia del Poder Judicial [...] Lo cual permite sostener que la conducta de la Corte, aunque no haya sido enteramente principista, fue la expresión beneficiosa de un elogiado realismo jurídico”. Asimismo, el doctor Alberto Padilla en su interesante trabajo publicado en 1947, titulado *La Suprema Corte en 1930*, sostenía que no le correspondía al alto tribunal “[...] la quijotesca aventura de reclamar un poder que se había arrebatado a otros por la fuerza [...]”. La Corte, como poder de origen

## Las cortes y las políticas públicas

---

En 1946 se produjo un hecho de gravedad institucional: se promovió el juicio político a la mayoría de los integrantes de la Corte por parte del peronismo que, por primera vez, ocupaba el poder ejecutivo. Como consecuencia de la decisión adoptada por el Senado, la integración de la Corte fue renovada casi totalmente.

Desde el primer golpe de Estado en 1930, Argentina sufrió seis interrupciones de Gobiernos democráticos. Esta inestabilidad tuvo efectos directos en lo que hace a la rotación de las autoridades políticas, lo que condujo a una extremadamente breve duración de los cargos de los presidentes (2.6 años), de los legisladores nacionales (2.9 años) y de los gobernadores provinciales (1.9 años). Este corto e incierto horizonte temporal de los actores políticos ha repercutido en la capacidad de generar políticas públicas eficientes a largo plazo.<sup>78</sup>

La Corte Suprema no escapó de esta inestabilidad generalizada. Aun cuando los jueces de la Corte son elegidos de por vida, desde 1930 el promedio de permanencia fue solo de 4.6 años.<sup>79</sup> Este promedio de antigüedad en el cargo es extremadamente bajo si se lo compara con países como Estados Unidos (18.8 años), que tiene una estructura institucional similar a la de Argentina.<sup>80</sup> Luego de un poco más de 30 años de democracia, y a pesar de la ampliación del número de miembros de la Corte Suprema que

---

legal, aceptó coexistir con otro poder de distinto origen, bajo la condición del respeto de la Constitución, y el examen de su jurisprudencia demuestra que el Tribunal se mantuvo dentro de esa línea”.

<sup>78</sup> Laryczower, Matías *et al.*, *Un enfoque estratégico para entender el comportamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Centro de Estudios para el Desarrollo Institucional, p. 8.

<sup>79</sup> *Idem.* Un estudio de Gretchen Helmke muestra un número un poco mayor, aunque similar, de 5.6 años de promedio de permanencia de los jueces de la Corte Suprema en sus puestos. A pesar de esta pequeña disparidad lo que interesa es mostrar lo lejos que Argentina se encuentra de los valores normales de estabilidad de los jueces en el cargo que muestran países con un pasado reciente de estabilidad.

<sup>80</sup> Solo para citar algunos ejemplos de promedio de permanencia de jueces en algunos países: Estados Unidos, 18.8 años; Noruega, 16.2 años; Nueva Zelanda, 15.3 años; Canadá, 14.2 años, según el cuadro citado en Laryczower, Matías *et al.*, *op. cit.*, p. 9.

## CONSTITUCIÓN, JUSTICIA AMBIENTAL Y DERECHOS

---

dispuso el presidente Menem en 1990, se está convergiendo a una cifra normal.<sup>81</sup>

Lo cierto es que desde el primer golpe de Estado en 1930, donde la Corte decidió apoyar al Gobierno *de facto* a través de la Acordada 10/1930, sumado al juicio político que se llevó a cabo contra cuatro de los cinco jueces de la Corte durante la presidencia de Perón, la regla de la independencia judicial se ha perdido. Como lo expresa Guillermo Molinelli:

Desde esta perspectiva, la experiencia de Argentina desde 1948, no luce bien: juicio político entonces a cuatro de los cinco miembros de la Corte, exigencia en la Constitución de 1949 de que todos los jueces obtuvieran nuevo acuerdo, remoción irregular de todos los jueces de la Corte y de algunos jueces de primera y segunda instancia por el gobierno de facto de 1955, como también en 1966 y 1976, aumento del número de jueces de la Corte en 1960, intentos de hacerlo por Illia y Alfonsín, e intento exitoso de Menem en 1990.<sup>82</sup>

El cambio en la regla puede apreciarse mejor en números. Mientras que hasta la presidencia de Perón el 82% de los miembros de la Corte Suprema abandonaba su cargo por causa de muerte o para jubilarse, desde entonces solo el 9% de los jueces lo hizo por estas causas, mientras que el 91% restante dejó su puesto, ya sea por renuncia, juicio político o remoción irregular del cargo.<sup>83</sup>

Esta fue una de las causas que llevó a que el máximo tribunal careciera históricamente de independencia. En palabras de Nino: “[...] la constante en la Corte Suprema Argentina, con unos pocos periodos de excepción como el de 1983-1989, no ha sido una doctrina restrictiva al control judicial de constitucionalidad, pero

---

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>82</sup> Molinelli, N. G., *La Corte Suprema de Justicia de la Nación frente a los poderes políticos, a través del control de constitucionalidad, 1983-1998*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Ambrosio Gioja-Facultad de Derecho-Universidad de Buenos Aires, 1999, p. 4.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 5. Si bien estos números mostraban una realidad, puede observarse actualmente que el promedio de permanencia de los jueces de la Corte Suprema tiende a parecerse más a la media de países como los Estados Unidos.

## Las cortes y las políticas públicas

---

sí una actitud de deferencia hacia el poder político, que implicó generalmente, aunque no siempre, un modesto ejercicio de ese control”.<sup>84</sup>

En 1990, a instancias del entonces presidente Carlos Saúl Menem, se llevó a cabo un proceso por el cual aumentaron de cinco a nueve los miembros de la Corte Suprema.<sup>85</sup> Esta ampliación y la renuncia de los ministros Caballero y Bacqué a raíz de la sanción de dicha ley le permitieron a Menem nombrar un conjunto de jueces que, por su cercanía al expresidente, fueron blanco de fuertes críticas por parte de la doctrina y los medios de comunicación, quienes entendían que esta maniobra tenía como finalidad ejercer un control de la Corte.

Tales críticas cobraron más fuerza cuando los jueces que fueron puestos en funciones comenzaron a emitir fallos que aparentemente estaban a favor de los intereses del Gobierno, aun cuando con ello se avalaran violaciones a la Constitución nacional.<sup>86</sup>

La crisis económica, social y política desatada en 2001, que motivó la renuncia del entonces presidente Fernando de la Rúa —después de un día trágico—, puso de manifiesto, entre otras cosas, el desprestigio y el descontento popular que existía sobre la denominada “Corte Menemista”. Esto se tradujo en un reclamo popular que consistía en la renovación total de la clase dirigenzial, bajo la consigna “que se vayan todos”. Dentro de esa consigna se encontraba también la Corte que gozaba ya de una muy baja credibilidad y que desmejoró aún más con el desempeño inicial respecto de la crisis económica y el denominado “corralito”,

---

<sup>84</sup> Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.

<sup>85</sup> Ley 23.774, sancionada el 5 de abril de 1990, promulgada el 11 de abril de 1990 y publicada el 16 de abril de 1990, art. 1.

<sup>86</sup> Solo por citar algunos ejemplos de los más cuestionados que fueron objeto del primer juicio político a los jueces de la Corte: CSJN, *Recurso de Hecho deducido por la defensa de Emir Faud Yoma en la causa Stancanelli, Nestor Edgardo y otro s/ abuso de autoridad y violación de los deberes del funcionario público s/ incidente de apelación de Yoma*, Emir Faud causa 798/95; Raúl Moneta y otros s/ asociación ilícita, fallos 322:3071; *Telecomunicaciones Internacionales de Argentina Tetintar Sa y otros c/ Comisión Nacional de Telecomunicaciones*, fallos: 320:1620, entre muchos otros.

## CONSTITUCIÓN, JUSTICIA AMBIENTAL Y DERECHOS

---

porque, aunque de manera parcial, dio un temprano aval a las medidas adoptadas por el Gobierno, lo cual fue considerado, por muchos, una muestra más de la poca independencia de la Corte.<sup>87</sup>

La presidencia provisional de Eduardo Duhalde, iniciada en plena crisis a principios de 2002, luego de una sucesión fallida de presidentes provisionales que solo duraron días en sus cargos, estuvo marcada por un fuerte conflicto entre la Corte y los demás poderes del Estado. Apoyado en la baja legitimidad de la Corte, el Congreso inició un proceso de juicio político a la totalidad de sus miembros, inclusive a los menos cuestionados. Ante la falta de las mayorías necesarias para destituir a los miembros de la Corte, el Congreso fracasó.

No obstante, ante el hastío constante de los poderes políticos, los medios de comunicación y el proceso de destitución fallido, el magistrado Gustavo Bossert decidió renunciar a su puesto.

En el 2002, con Duhalde como presidente, se perdió una gran oportunidad para implementar medidas tendentes a transparentar y hacer más participativos el proceso de selección de jueces de la Corte. En este caso, el presidente provisional designó, con acuerdo del Senado, a Juan Carlos Maqueda, en un proceso breve y sin discusión pública.<sup>88</sup>

### 2.2. Hacia la composición de la Corte Suprema actual

El contexto de inestabilidad política que siguió a la crisis económica de 2001 y 2002 estuvo marcado por un enorme escepticismo público respecto de las instituciones políticas y jurídicas. Es por ello que cuestiones de transparencia, *accountability* y seguridad jurídica pasaron rápidamente a ser temas importantes en la agenda pública ONG.<sup>89</sup>

---

<sup>87</sup> Asociación por los Derechos Civiles, *La Corte y los derechos 2005/2007*, p. 29.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>89</sup> Barrera, Leticia, *La Corte Suprema en escena, una etnografía del mundo judicial*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012, p. 29.



## Las cortes y las políticas públicas

---

En este marco se produjo uno de los eventos que caracterizaron el periodo 2002-2005. Ya con la asunción del expresidente Néstor Kirchner se dio la renovación de más de la mitad de los miembros del tribunal debido a la remoción por juicio político del juez Eduardo Moline O'Connor y Antonio Boggiano y las renunciaciones de Julio Nazareno, Guillermo López y Adolfo Vázquez que, ante el proceso de juicio político que se había iniciado nuevamente en su contra y existiendo esta vez las mayorías necesarias en el Senado para su remoción, decidieron tomar ese camino y no el de los otros dos jueces que fueron removidos a través de juicio político.

Por último, la renuncia de Augusto Belluscio —por haber cumplido la edad límite que establece la Constitución Nacional a partir de la reforma de 1994—<sup>90</sup> dejó el camino allanado para que el presidente Néstor Kirchner tuviese la posibilidad de nombrar una Corte acorde a sus necesidades políticas.

Sin embargo, por cuestiones políticas<sup>91</sup> y también por buen tino, el entonces presidente Kirchner se mostró más receptivo y tomó un camino acorde a los requerimientos que se venían plasmando desde la sociedad civil<sup>92</sup> y la ciudadanía.

---

<sup>90</sup> El art. 99, inc. 4, de la CN, introducido en la reforma de 1994, exige un nuevo acuerdo del Senado para mantener el cargo a los jueces de la Corte una vez que cumplan 75 años. El juez Fayt, que se veía afectado por este artículo, inició una acción judicial a fin de que se declarara la invalidez de esta modificación. Consideró que la Convención Constituyente no había sido autorizada para introducir este cambio. CSJN, *Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento*, fallos: 322:1408, sentencia de 14 de julio de 1999.

<sup>91</sup> Cabe recordar que Kirchner asumió la presidencia luego de que se suspendiera la segunda vuelta electoral estipulada por la Constitución (para los casos en que un candidato no obtiene en primera vuelta más del 40% de los votos y una diferencia porcentual del 10% sobre el segundo, o la proporción absoluta del 45%) ante la renuncia de Menem. En la primera vuelta, Menem había obtenido el 24.3% y Kirchner el 21.9%, por lo que el segundo asumió la presidencia con un número de votos que no le dio mucha legitimación y lo obligó a tomar medidas para aumentar su legitimación popular.

<sup>92</sup> *Una corte para la democracia*, núm. I y II, [https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2017/07/corte\\_II.pdf](https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2017/07/corte_II.pdf)

## CONSTITUCIÓN, JUSTICIA AMBIENTAL Y DERECHOS

---

Mediante el Decreto 222/03<sup>93</sup> se instauró un nuevo sistema para la selección de jueces de la Corte Suprema por parte del ejecutivo, competencia derivada del artículo 99, inciso 4, de la Constitución que otorga a este la potestad de seleccionar los candidatos de la Corte Suprema y someterlos al acuerdo del Senado. En líneas generales, el Decreto establece ciertos parámetros que el presidente debe respetar a la hora de escoger candidatos para ocupar los cargos vacantes de la Corte Suprema. Estos son: las designaciones deben, en la medida de lo posible, respetar las diversidades de género, especialidad y procedencia regional de los magistrados que vayan a ser seleccionados para formar parte del máximo tribunal, además, se deben tener en cuenta estándares de idoneidad y de compromiso con la defensa de los derechos humanos y los valores democráticos.

El Decreto instauro un mecanismo de consulta a la ciudadanía y a diferentes sectores de la sociedad civil organizada; al mismo tiempo, establece plazos para la cobertura de vacantes en el tribunal, la obligación de publicar los antecedentes de los candidatos y facilita un mayor control ético y de transparencia a los postulantes, teniendo estos la obligación de presentar sus declaraciones juradas, antecedentes profesionales, comerciales y tributarios.

Siguiendo los pasos del ejecutivo, en julio de 2003, el Senado modificó también su reglamento interno con el objetivo de hacer transparente y participativo el trámite de acuerdo de los miembros de la Corte Suprema. De este modo, estableció la obligatoriedad de realizar audiencias públicas donde los senadores pueden interrogar al candidato. También se instauró la votación nominal para la votación del pliego, lo cual permite saber en qué sentido vota cada uno de los senadores.

Además, con anterioridad a la audiencia, cualquier persona puede presentar observaciones sobre los méritos de los postulantes, estas quedarán plasmadas en un registro y podrán ser tomadas en cuenta o desechadas por los senadores que forman parte de la comisión de acuerdos.<sup>94</sup>

---

<sup>93</sup> Dictado en fecha 19 de junio de 2003.

<sup>94</sup> Véase Reglamento interno del Senado de la Nación, arts. 22 bis, y 123 bis y ss.

## Las cortes y las políticas públicas

---

Mediante estos dos procedimientos se abrió una nueva etapa en cuanto a la selección de jueces que forman parte del alto tribunal, ahora priman mecanismos de transparencia y participación ciudadana en la selección de los mismos. A pesar de este marco, no debemos olvidar que el presidente Kirchner tuvo en su poder la designación de seis jueces de la Corte Suprema, dos tercios de sus integrantes.

Entre 2003 y 2005 se designaron cuatro nuevos jueces siguiendo los procedimientos del Decreto 222/03 y del nuevo reglamento del Senado de la Nación. Esto motivó, de alguna manera, a la par de una coyuntura política especial,<sup>95</sup> que el ejecutivo pusiera mucho más cuidado en la selección de los candidatos y que la ciudadanía pudiera conocerlos y discutir sobre los méritos de las personas seleccionadas. En ese marco, los cuatro jueces designados fueron: Eugenio R. Zaffaroni, Elena Highton de Nolasco, Ricardo Lorenzetti y Carmen Argibay.<sup>96</sup>

Este procedimiento permitió una amplia participación de la sociedad civil que generó grandes expectativas ante la necesidad de una relegitimación de la Corte Suprema. Se produjo, al mismo tiempo, un hecho histórico: la primera designación de mujeres en el alto tribunal durante periodos democráticos.<sup>97</sup> También se dio un marco de transparencia importante: por primera vez se difundieron los antecedentes académicos profesionales e impositivos de los candidatos, los cuales fueron puestos a disposición de la ciudadanía, permitiendo que estos pudieran aportar impugnaciones y apoyos a los candidatos. A su vez, los magistrados se vieron obligados a hacer pública su posición sobre temas trascendentales respecto al funcionamiento del tribunal, el sistema institucional y el contenido de los derechos constitucionales.

---

<sup>95</sup> Kirchner había asumido el puesto solo con el 21.9% de los votos populares y aún la crisis 2001-2002 se encontraba a la vuelta de la esquina.

<sup>96</sup> Zaffaroni fue designado por medio del Decreto 932/03 de 22 de octubre de 2003, Highton de Nolasco por Decreto 752/04 de 17 de junio de 2004, Lorenzetti por Decreto 1878/04 de 21 de diciembre de 2004 y Argibay por Decreto 54/05 de 31 de enero de 2005.

<sup>97</sup> Hasta ese momento, la única mujer que había ocupado un cargo en el máximo tribunal había sido Margarita Argúas, designada durante el proceso militar del general Lanusse, e integró el tribunal por un breve periodo entre 1970 y 1973.

## CONSTITUCIÓN, JUSTICIA AMBIENTAL Y DERECHOS

---

Teniendo en cuenta que el presidente Kirchner ya había nombrado cuatro jueces y ante la posibilidad de que pudiese nombrar dos jueces más, varias voces comenzaron a poner en duda la conveniencia de que un mismo poder ejecutivo siguiese nombrando jueces en un periodo tan corto. Ante esta situación, se planteó la necesidad de reducir el número de jueces que deberían integrar la Corte Suprema.<sup>98</sup>

No hay que olvidar que, en la estructura de división de poderes, si bien la Constitución otorga al poder ejecutivo la potestad de nombrar los jueces de la Corte Suprema con acuerdo del Senado,<sup>99</sup> también promueve la independencia del poder judicial, imprescindible para el funcionamiento del Estado. Para ello, le otorga ciertas prerrogativas como: la inamovilidad de los jueces, siempre y cuando mantenga su buena conducta,<sup>100</sup> y la intangibilidad de sus remuneraciones. La inamovilidad fue ideada para que la renovación de la justicia se diera de manera paulatina, evitando así que un presidente pueda incidir de manera brusca en la conformación de mayorías de un tribunal, alterando de esta manera su independencia.

---

<sup>98</sup> Véase Saba, Roberto, “El número de jueces de la Corte”, *La Nación*, 3 de agosto de 2004. En los documentos de *Una corte para la democracia I y II* también se pueden observar argumentos en el sentido de la conveniencia de disminuir el número de jueces de la Corte.

<sup>99</sup> CN, art. 99, inc. 4: “Nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto. Nombra los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos. Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite”.

<sup>100</sup> CN, art. 110: “Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones”.

## Las cortes y las políticas públicas

---

La posibilidad de que un mismo Gobierno continuase designando jueces en un mismo periodo ponía en juego esta etapa de relegitimación de la Corte. A la par, el mantenimiento de esa conformación traía aparejada una serie de dificultades técnicas que afectaban el normal funcionamiento del máximo tribunal, ya que, a pesar de que en la práctica contaba con siete miembros, las mayorías para emitir sentencias seguían siendo sobre nueve jueces. Esta situación dificultaba enormemente llegar a acuerdos entre los magistrados en temas complejos.

Finalmente, en noviembre de 2006, a instancias del poder ejecutivo, el Congreso aprobó una ley que redujo el número de miembros de la Corte.<sup>101</sup> Esta norma, que deroga la ley de ampliación a nueve miembros, por la cual Menem alteró la independencia del poder judicial, dispuso que los miembros de la Corte Suprema se redujeran gradualmente hasta llegar a cinco. Esto implicaba que las dos vacantes no serían cubiertas y que tampoco se designarán jueces cuando los próximos dos jueces se retiren por haber cumplido la edad límite, por jubilación, renuncia, fallecimiento o cualquier otra causal de remoción. Asimismo, las mayorías necesarias para emitir una resolución definitiva se redujeron a cuatro votos con esa conformación, y la partida de algún miembro las reduciría a tres.<sup>102</sup>

La nueva conformación de la Corte sufrió un cambio importante con la muerte de Carmen Argibay, en mayo de 2014: la renuncia de Eugenio Zaffaroni por haber cumplido la edad límite establecida en la Constitución, el 31 de diciembre de 2014, y la de Carlos Fayt, a fines de 2015, sumado al nombramiento de dos nuevos jueces en el Gobierno del presidente Mauricio Macri en el 2016: Horacio Rosatti y Carlos Rosenkrantz.

Con el nombramiento de estos dos jueces sucedió algo que pudo haber afectado nuevamente la legitimidad de la Corte, ya que el presidente Macri intentó, *a priori*, nombrarlos en comi-

---

<sup>101</sup> Ley 26.183, sancionada el 29 de noviembre de 2006, promulgada el 15 de diciembre de 2006 y publicada en el boletín oficial el 18 de diciembre de 2006.

<sup>102</sup> Lo que sucede actualmente, luego del fallecimiento de Carmen Argibay y de Enrique Petracchi y la renuncia del juez Eugenio Zaffaroni al haber cumplido la edad establecida por la Constitución.

## CONSTITUCIÓN, JUSTICIA AMBIENTAL Y DERECHOS

---

sión a través de un decreto.<sup>103</sup> Esta actitud fue modificada ante la presión de la ciudadanía y las organizaciones de la sociedad civil, que motivaron a que se siguiesen las vías institucionales establecidas en la Constitución Nacional para el nombramiento de los jueces del máximo tribunal.<sup>104</sup> Esta nueva conformación, si bien en un primer momento fue controvertida, en principio no afectó el camino relegitimador que viene construyendo la Corte.<sup>105</sup>

Con estos cambios se construyeron los cimientos sobre los cuales esta nueva Corte<sup>106</sup> se embarcaría en un camino de relegitimación mediante nuevas herramientas dialógicas y de transparencia que comenzaría a elaborar y aplicar de forma paulatina.

### 2.3. El camino de relegitimación de la Corte a través de nuevas herramientas deliberativas y de transparencia (2004-2015)

En este apartado se describirán las herramientas, tanto deliberativas como las que fomentan la transparencia, que la Corte fue

---

<sup>103</sup> Si bien era una potestad constitucional del presidente, esa forma de nombrar a dos jueces del máximo tribunal, con todo lo que ese cargo implica, hubiese dinamitado todo ese proceso relegitimador que la Corte venía construyendo.

<sup>104</sup> Véase <https://www.lanacion.com.ar/politica/macri-nombro-en-comision-a-dos-juristas-paracompletar-la-corte-nid1854315> y <https://www.perfil.com/noticias/politica/cels-calificoelnombramiento-de-jueces-de-macri-como-un-grave-retroceso-institucional-1215-0053.phtml>

<sup>105</sup> Esto es algo que, *a priori*, podemos sostener, pero no asegurar, porque, por un lado, los cambios son recientes y, por otro, no hay estudios suficientes que nos permitan sostener con total certeza esa aseveración, tendremos que esperar un tiempo para ver cómo funciona esta nueva conformación de la Corte. En principio, con una mayoría que ya venía marcando un camino dialógico, se espera que continúe de esa manera.

<sup>106</sup> Utilizo el término nueva Corte, ya que así es como los miembros, luego de la conformación poscrisis de 2001, se referían a ella con la intención de diferenciarse de la Corte de los noventa, que carecía de la legitimidad que esta fue construyendo con el correr de los años. Además, cuando me refiero a nueva Corte, hablo fundamentalmente de la Corte antes de los nombramientos de Resenkrantz y Rosatti, teniendo en cuenta lo manifestado en la nota al pie precedente.

## Las cortes y las políticas públicas

---

creando y aplicando con la intención de refundar su legitimidad y convertirse en lo que realmente debe ser: un poder fundamental del Estado que actúe como garante de los derechos constitucionales.<sup>107</sup> Estos cambios le permitieron abordar casos a través de intervenciones activistas y dialógicas, que le posibilitaron incidir sobre políticas públicas de una manera positiva. Un claro ejemplo de ello es el caso *de la Cuenca Matanza-Riachuelo* y el *de la Cuenca Salí Dulce*, como se analizará a lo largo de este trabajo.

Hay que tener en cuenta que el proceso de conformación del nuevo tribunal y la coyuntura política social tuvieron una gran incidencia para entender la magnitud y el sentido de los cambios que la Corte Suprema fue introduciendo en sus propios procedimientos. Una Corte que se conformó precisamente a través de un procedimiento novedoso y participativo, y que tenía el desafío de reconstruir su legitimidad junto al resto del sistema político-institucional del país luego del estallido de la crisis de 2001, no podía sino emprender un camino con una actitud de mayor apertura dialógica y transparencia.<sup>108</sup>

### 2.4. El papel refundado de la Corte (la Corte *reloaded*)

Previo a la descripción de las herramientas mencionadas, sería interesante hacer un análisis de la línea discursiva que el expresidente de la Corte, en representación del máximo tribunal, sostuvo en torno a las metas y la posición que la Corte debe ocupar en la sociedad argentina.

---

<sup>107</sup> Según palabras del presidente de la Corte Suprema, el doctor Ricardo Lorenzetti, en el discurso por los 150 años del órgano judicial: “La Corte Suprema es una institución muy importante porque es la que debe interpretar la Constitución, la que debe defender el Estado de Derecho, la que debe garantizar los derechos y la libertad de los argentinos, con independencia de todo otro poder jurídico o fáctico”.

<sup>108</sup> Abramovich, Víctor, *La apertura del debate constitucional: nuevas ideas de participación ante la Corte Suprema*, p. 4, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/3/la-apertura-del-debate-constitucional-nuevas-vias-de-participacion-ante-la-corte-suprema.pdf>

## CONSTITUCIÓN, JUSTICIA AMBIENTAL Y DERECHOS

---

El tribunal, con el correr de los años, fue dejando en claro cuál era la meta y el papel que esta nueva Corte pretende desempeñar como uno de los poderes fundamentales del Estado.

En el discurso por los 150 años del máximo tribunal, Ricardo Lorenzetti manifestó:<sup>109</sup>

Cuando llegamos a este Tribunal, hicimos un análisis de su desempeño durante 150 años, mantuvimos los aspectos buenos, cambiamos los malos e incorporamos otros novedosos, de acuerdo con los tiempos actuales.<sup>110</sup>

Dentro de ese cambio, uno de los pilares centrales fue el de crear un modelo de justicia más cercana a los intereses de los ciudadanos, de los argentinos. [...] Una justicia igual para todos. Un modelo de justicia que evite que las tragedias que vivimos los argentinos a lo largo de nuestra historia luego se transformen en tragedias judiciales.

[...] Hemos pensado siempre que lo mejor es escuchar, es dar canales de participación para que nuestro pueblo se exprese y por eso aquí en la Corte Suprema estuvieron presentes los pobres, por primera vez, es algo que a todos nos llamó la atención cuando la gente de Villa Inflamable, que dio origen a la causa más importante que tiene hoy el país, que es la causa del Riachuelo, decía que por primera vez llegaron a un tribunal y pudieron hablar. Esto muestra cuán lejos estábamos. Y aquí en esta Corte también estuvieron los pueblos originarios y pueblos del interior del país, de Salta, del Chaco, estarán ahora los de Formosa. Aquellos que nunca pensaron que podían llegar a un gran tribunal, estuvieron aquí, y hay que escucharlos. Y por eso hicimos las audiencias públicas, porque hemos entendido que la mejor manera de resolver estos conflictos es empezar a escuchar a las distintas voces. [...] Es mucho mejor escuchar a la sociedad antes de tomar una decisión que tomarla pensando que uno tiene la razón de antemano, y es por eso que este debate público, institucional en las audiencias ha sido tan valioso para nosotros.<sup>111</sup>

---

<sup>109</sup> La extensión de la cita se debe a que considero necesario, a través de las palabras del presidente de la Corte, Ricardo Lorenzetti, condensar este cambio de perfil de la Corte que le permitió intervenir en casos estructurales de manera dialógica, como en el *de la Cuenca Matanza-Riachuelo* y otros que ya referimos a lo largo de esta investigación y que el mismo Lorenzetti menciona en estos párrafos.

<sup>110</sup> Discurso por los 150 años de la Corte Suprema, pp. 2 y 3, [www.cij.gov.ar](http://www.cij.gov.ar)

<sup>111</sup> Palabras del doctor Lorenzetti en el discurso de apertura del año judicial 2012, [www.cij.gov.ar](http://www.cij.gov.ar)



## Las cortes y las políticas públicas

---

Ese es entonces el rol que nosotros pensamos para el Poder Judicial, un rol activo, participativo en la agenda pública de las grandes cuestiones ciudadanas, que se oriente hacia la transformación, que permita participar en las grandes decisiones del Estado. Así es como funciona un Estado de Derecho.<sup>112</sup>

En estos párrafos puede observarse, a grandes rasgos, cuál es el papel que la Corte con esta nueva conformación busca ocupar como poder del Estado. Es una posición que se asemeja y hace suyas muchas de las características de las cortes experimentales que considero como ideales para un mejor funcionamiento de la democracia. Cortes dialógicas, abiertas a las necesidades del pueblo, más dinámicas, activas, que implementan herramientas novedosas y, fundamentalmente, que generan diálogos entre los poderes y la sociedad para incidir en el diseño de políticas de Estado y permiten, de alguna manera, aspirar a construir un país más igualitario y democrático.

Desde el plano discursivo, si bien no es objetivo de este trabajo hacer un estudio profundo del mismo, de las palabras del presidente de la Corte puede observarse una postura del tribunal que se acerca al ideal de un órgano judicial tendente a la deliberación democrática y a la apertura de la sociedad.

Ahora bien, en los próximos apartados se comprobará si la Corte logra superar y hacer realidad ese plano discursivo con el que estoy de acuerdo, al menos en el marco del caso de estudio. Se buscará describir con más de detalle cuáles fueron las herramientas dialógicas y de transparencia que la Corte implementó a través de políticas internas, con la idea de acercarse a la sociedad y servir como poder del Estado para que Argentina se dirija hacia la dirección correcta de la inclusión social y la resolución de problemáticas estructurales.

Esto nos permitirá entender el porqué y la manera en la que el tribunal decidió intervenir en la problemática de la CMR a través del caso *Mendoza*. Sin esta conformación y el posicionamiento

---

<sup>112</sup> Palabras del doctor Lorenzetti en el discurso de apertura del año judicial 2008, [www.cij.gov.ar](http://www.cij.gov.ar)

to de tipo dialógico que tomó la Corte, hubiese sido muy difícil que se involucrase en un proceso de esta envergadura.

## 2.5. La construcción de herramientas dialógicas y de transparencia: hacia un nuevo modelo de Corte Suprema

El máximo tribunal, mediante una serie de acordadas, fue delineando este perfil dialógico y transparente que mencionamos. El objetivo apuntaba a relegitimar a la Corte y, al mismo tiempo, acercarse a la ciudadanía mediante el diálogo, permitiendo, fundamentalmente, que los sectores más vulnerables de la sociedad pudieran acceder a ella en busca de justicia o condiciones dignas de existencia que les fueron negadas por las agencias estatales.<sup>113</sup>

Las acordadas dictadas por la Corte tienen como eje las siguientes temáticas: *i)* la publicidad de los expedientes en circulación dentro de la Corte;<sup>114</sup> *ii)* la publicación del cronograma de acuerdos en caso de relevancia institucional;<sup>115</sup> *iii)* la publicación de la versión completa de las sentencias más importantes;<sup>116</sup> *iv)* la prohibición a jueces y funcionarios de dar audiencia a una de las partes en privado sin la presencia de todas las demás;<sup>117</sup> *v)* la implementación de los amigos del tribunal, en casos de trascendencia institucional o interés público;<sup>118</sup> *vi)* la creación del Centro de Información Judicial (CIJ) como agencia de noticias

---

<sup>113</sup> Esta temática fue abordada con otros matices en: Ruibal, Alba, “Innovative judicial procedures and redefinition of the institutional role of the Argentine Supreme Court”, *Latin American Research Review*, Latin American Studies Association, European University Institute, vol. 47, núm. 3, 2012; Benetti, Miguel A. y Sáez, M. Jimena, *Las audiencias públicas de la Corte Suprema. Apertura y límites de la participación ciudadana en la justicia*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.

<sup>114</sup> Acordada CSJN 35/2003 de 11 de diciembre de 2003.

<sup>115</sup> Acordada CSJN 36/2003 de 18 de diciembre de 2003.

<sup>116</sup> Acordada CSJN 37/2003 de 18 de diciembre de 2003.

<sup>117</sup> Acordada CSJN 7/2004 de 24 de febrero de 2004.

<sup>118</sup> Acordada CSJN 7/2013 modificatoria de la 28/2004 de 14 de julio de 2004.

## Las cortes y las políticas públicas

---

del poder judicial;<sup>119</sup> *vii*) la implementación de audiencias públicas en casos de trascendencia institucional.<sup>120</sup>

### *2.5.1. Del modelo selectivo de publicación al modelo de publicación de todas las sentencias*

Uno de los primeros pasos de esta Corte renovada tuvo que ver con dar una mayor publicidad a su trabajo, para poder, de alguna manera, mostrar una faceta de la institución que pretendía no estar tan alejada de la ciudadanía.

La Corte Suprema adoleció históricamente de un grave déficit en cuanto a la oferta de información pública. Aunque la sociedad, en general, nunca se mostró interesada en el trabajo de la Corte, a pesar de su relevancia y del impacto que sus resoluciones pueden tener en la vida cotidiana de grandes colectivos, esta decidió comenzar con este camino de visibilización de su trabajo.

En un intento por mejorar este dialogo y otorgar mayor publicidad y transparencia a su quehacer cotidiano, el tribunal decidió mejorar el sistema por el cual da a conocer sus sentencias. Es por ello que, además de publicar los textos de las sentencias de mayor importancia en los tomos de fallos que históricamente publica, decidió dar publicidad de todas las decisiones a texto completo en la página web una vez que las partes estuviesen notificadas.<sup>121</sup>

### *2.5.2. De la publicidad de la circulación de expedientes*

Paralelamente, con el objeto de evitar suspicacias y hacer transparente el manejo de las causas por los jueces, se ordenó dar publicidad a todos los pasos que un expediente transita hasta llegar a la sentencia definitiva. Esto se hizo no solo para dar transparencia, sino sobre todo para eliminar ciertas sospechas de paralización (cajoneo) de ciertas causas. Este sistema permite que

---

<sup>119</sup> Acordada CSJN 17/2006 de 30 de mayo de 2006 y 9/2012 de 12 junio de 2012.

<sup>120</sup> Acordada CSJN 30/2007 de 5 de noviembre de 2004.

<sup>121</sup> Asociación por los Derechos Civiles, *op. cit.*, p. 47.

## CONSTITUCIÓN, JUSTICIA AMBIENTAL Y DERECHOS

---

se conozca exactamente el lugar donde está el expediente y los tiempos que este permanece en cada despacho.<sup>122</sup>

### *2.5.3. Del cronograma de acuerdos de relevancia institucional*

Con la intención de establecer un orden de prioridades respecto de los casos que son estudiados por el tribunal, la Corte dispuso que, en las causas que versen sobre materias de trascendencia institucional, el presidente debe fijar una fecha en que el asunto será considerado; lamentablemente, a ese listado nunca se le dio publicidad. Su publicación habría permitido a la ciudadanía en general, al periodismo y a las ONG concentrar energías en la discusión de casos trascendentes antes del dictado de la sentencia y, al mismo tiempo, disiparía posibles especulaciones sobre los tiempos que utiliza la Corte para resolver algún caso de trascendencia institucional.<sup>123</sup>

Otra medida importante para evitar suspicacias e influencias externas que alteren la imparcialidad de la Corte es la prohibición de que los jueces se reúnan con una de las partes en audiencias sin la presencia de las demás.

### *2.5.4. De la participación en el planteamiento de argumentos: presentaciones en calidad de amigos del tribunal*

En 2004,<sup>124</sup> en el marco de este grupo de medidas que buscaban dar una mayor legitimidad a la Corte, se incorporó la de la presentación de amigos del tribunal.

El propósito de implementar este mecanismo de participación está direccionado tanto a pluralizar y enriquecer el debate constitucional como a fortalecer la legitimación de decisiones judiciales de la Corte en temas de trascendencia institucional.

---

<sup>122</sup> *Idem.*

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>124</sup> Acortada CSJN 7/2004.

## Las cortes y las políticas públicas

---

Sin embargo, podría decirse que la participación abierta por parte de esta norma tenía una utilidad limitada, debido a que la Corte carecía de un registro público de causas en trámite. Pese a que la presentación de una opinión como amigo del tribunal no estaba condicionada a la publicidad de la existencia de un caso específico, en la práctica, esta situación dificultaba el acceso a los expedientes necesarios y a la información necesaria para presentar un memorial en carácter de amigos.<sup>125</sup>

En 2006, la Corte intentó corregir este problema y, mediante una acordada,<sup>126</sup> ordenó publicar un listado de causas en trámite que pudieran dar lugar a la presentación de amigos del tribunal. Dicho listado se dio a conocer ese año, aunque este mecanismo se vio interrumpido posteriormente.<sup>127</sup>

Años después, con la intención de mejorar y sistematizar el proceso, la Corte realizó una convocatoria para ONG y agencias estatales con el objetivo de discutir y perfeccionar esta valiosa herramienta. Luego de una serie de reuniones, el tribunal decidió modificar el sistema creado por las acordadas de 2004 y 2006 y reglamentar nuevamente el proceso de presentación de memoriales como amigos del tribunal.<sup>128</sup>

Esta nueva acordada establece que cualquier persona física o jurídica puede presentarse como amigo del tribunal en todos los procesos judiciales correspondientes a la competencia originaria o apelada de la Corte en donde se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o interés general. Asimismo, el amigo del tribunal deberá tener una reconocida competencia en la temática sobre la cual verse el pleito y deberá fundamentar su interés en la causa, a qué parte apoya y si recibe algún financiamiento o ayuda de cualquier especie por la presentación.<sup>129</sup>

---

<sup>125</sup> Asociación por los Derechos Civiles, *op. cit.*, p. 49.

<sup>126</sup> Acordada CSJN 14/2006.

<sup>127</sup> Asociación por los Derechos Civiles, *op. cit.*, p. 49.

<sup>128</sup> Acordada CSJN 7/2013.

<sup>129</sup> Abramovich considera que es un error forzar a los *amici* a presentarse como apoyo de una de las partes del litigio. Esta decisión rompe la idea básica de que los *amici* son amigos del tribunal que aportan información,

## CONSTITUCIÓN, JUSTICIA AMBIENTAL Y DERECHOS

---

Con la nueva reglamentación, la Corte debe establecer cuáles son las causas aptas para la presentación de estos memoriales mediante una providencia que será dictada, salvo en situaciones de excepción, con posterioridad al dictamen de la Procuración General de la Nación. Esta fijará el plazo para efectuar las presentaciones, que no puede ser menor a un mes.

La acordada también establece la posibilidad de que un tercero que quiera intervenir como amigo del tribunal en causas que no fueron incluidas entre las que admiten la presentación de memoriales de este tipo solicite la inclusión de estas al listado, fundamentando su interés y por qué considera que el asunto es de trascendencia o de interés público.

Otra cuestión novedosa que la Corte considera en esta acordada es la creación de un registro de personas, entidades, oficinas, órganos o autoridades que tengan interés de intervenir como amigos del tribunal, lo que facilitaría, a futuro, el mecanismo de presentaciones de este tipo.

Lamentablemente, este mecanismo, que podría ser de gran importancia para las causas de interés público, no ha sido usado lo suficiente por la Corte.

### *2.5.5. De la agenda de publicidad: la creación del Centro de Información Judicial*

La creación del CIJ surge como una necesidad manifestada en la Primera Conferencia Nacional de Jueces llevada a cabo en Santa Fe, en 2006.

La implementación de este Centro obedece a dos propósitos. Por un lado, se pretende mejorar la base de datos disponible a fin de lograr un desempeño más eficiente de la función judicial en todas las instancias y jurisdicciones de la nación, promoviendo también foros de discusión de temas comunes de los magistra-

---

antecedentes y argumentos para favorecer una decisión fundada del litigio, pero que cumplen una función y resguardan un interés distinto al de las partes del caso. Abramovich, Víctor, *op. cit.*, p. 7.

## Las cortes y las políticas públicas

---

dos, facilitando el intercambio de opiniones y la reflexión acerca de la elaboración de guías generales de actuación judicial, necesidades de recursos materiales, técnicos y humanos, así como la organización de cursos de capacitación. Por el otro, el CIJ debe promover la difusión de las decisiones judiciales con el objeto de propiciar entre la comunidad una comprensión más acabada del quehacer judicial, para lo cual se creó un cuerpo de profesionales especialistas en comunicación, encargados de la difusión de las actividades de la Corte.

En este marco se creó la página web del CIJ,<sup>130</sup> donde se encuentra información actualizada sobre el desempeño del poder judicial a nivel nacional. Esto muestra un gran avance con respecto a la situación anterior de reclusión del poder judicial. Podemos afirmar que mediante este tipo de herramientas el poder judicial se coloca en una posición mucho más cercana a la ciudadanía.

Como ejemplos de acceso a la información de esta nueva plataforma podemos destacar: una sección dentro de la página donde se muestran todas las audiencias públicas que se llevaron a cabo en la Corte Suprema; otra sección dedicada exclusivamente al caso emblemático *de la Cuenca Matanza-Riachuelo*, donde se puede acceder a todas las resoluciones del caso, además de información actualizada de las sentencias de interés general que se emiten en el poder judicial federal a lo largo y ancho del país. Esta herramienta novedosa genera un mayor acercamiento del poder judicial a la ciudadanía y provoca un efecto legitimador de importancia.

### *2.5.6. De la implementación de audiencias públicas en casos que la Corte define como de trascendencia institucional*

En otro intento por hacer más visible el trabajo de la Corte y generar espacios dialógicos donde puedan discutirse casos de trascendencia institucional, la Corte implementó la celebración de audiencias públicas.<sup>131</sup>

---

<sup>130</sup> La página es [www.cij.gov.ar](http://www.cij.gov.ar)

<sup>131</sup> Un trabajo que analiza en profundidad esta temática es el de Benetti, Miguel A. y Sáez, M. Jimena, *op. cit.*

## CONSTITUCIÓN, JUSTICIA AMBIENTAL Y DERECHOS

---

Según la acordada que crea este mecanismo, la Corte debe convocar a una audiencia pública cuando al menos tres jueces así lo dispongan. Estas serán de tres tipos: *i)* informativas: tienen por objeto escuchar e interrogar a las partes sobre aspectos del caso a decidir; *ii)* conciliatorias: tienen por objeto instar a las partes a la búsqueda de soluciones no adversariales, y *iii)* ordenatorias: sirven para tomar las medidas que permitan encauzar el procedimiento a fin de mejorar la tramitación de la causa.<sup>132</sup>

Las audiencias serán públicas —naturalmente—, dándose prioridad de asistencia a las partes, aunque el público en general podrá también concurrir según la disponibilidad de espacio que haya para cada caso. Además, serán filmadas, grabadas y difundidas tanto en medios masivos como en la página web del CIJ. La Corte debe fijar un calendario semestral, lo que facilitará el acceso a las mismas.

Estas constituyen una buena forma de acercamiento del tribunal a la sociedad en general, porque permiten que esta conozca qué temas se discuten y comprenda, se apropie o critique los fundamentos que las distintas partes esgrimen a lo largo de la audiencia.

Según Lorenzetti:

[...] lo más importantes de las Audiencias Públicas tiene que ver con el plano del discurso, el tema cultural, porque los casos de relevancia institucional son los casos en los que nos peleamos mucho, y en esto los argentinos tenemos muchos problemas, antiguos y actuales. Para él estas constituyen un espacio que contribuye a abrir el debate sobre la posición que debemos tener en el plano del discurso, de las instituciones, de la teoría de la argumentación. Y es justamente allí en el marco de estas audiencias donde pueden encontrarse puntos en común entre las distintas partes que sirvan de base para encontrar soluciones a las distintas problemáticas.<sup>133</sup>

---

<sup>132</sup> Acordada CSJN 30/2007.

<sup>133</sup> Discurso de Ricardo Lorenzetti en la Universidad Torcuato Di Tella el 15 de octubre de 2013. La transcripción no es reflejo exacto de la ponencia del doctor Lorenzetti, <http://www.cij.gov.ar/nota-12256-Ricardo-Lorenzetti-disertar-sobre-Las-Audiencias-Publicas-y-la-Corte-Suprema-.html>



## Las cortes y las políticas públicas

---

[...] las audiencias públicas constituyen también una herramienta acorde a las necesidades actuales, donde una gran cantidad de procesos son policéntricos y colectivos, ya que los grandes problemas de la actualidad tienen una multiplicidad de centros de intereses, y esta herramienta resulta de suma utilidad para escuchar a todas las partes.<sup>134</sup>

Las audiencias públicas también son un camino para favorecer el acceso a la justicia. Sirven para acelerar los procesos: un claro ejemplo es el caso *de la Cuenca Matanza-Riachuelo*, en el que, de no haberse implementado el mecanismo de las audiencias públicas y reglas procesales novedosas acordes al tipo de proceso, nos encontraríamos aún en etapas embrionarias del mismo. Además, son de utilidad para conocer las voces ausentes de los sectores más vulnerables, pues en el marco de estas tienen la oportunidad de dirigirse a los jueces del máximo tribunal, quienes escuchan sus problemáticas, transmitidas desde la óptica de su cotidianidad. Esto agrega un plus al proceso, ya que las problemáticas se tienen que resolver de acuerdo con las necesidades de los grupos afectados. Esta expansión del tribunal hacia sectores que antes no eran tomados en cuenta se transformó en uno de los pilares de esta nueva Corte.

En ese sentido, Abramovich sostiene que

[...] la publicidad de la discusión no es neutral para el desarrollo de los conflictos. En el caso Verbitsky por ejemplo, la publicidad de las audiencias forzó a las autoridades políticas provinciales a pensar vías de negociación, abrir canales de diálogo y de información y pensar posibles respuestas políticas al conflicto de las personas detenidas en condiciones de superpoblación, aun antes de la decisión final de la Corte. En el caso Quisbeth Castro la Vicejefa de Gobierno de la Ciudad debió explicar la razonabilidad de los programas de subsidio para vivienda locales, y sus argumentos fueron claves en la decisión de la Corte. En las audiencias sobre la limpieza del Riachuelo en el caso Mendoza, las audiencias mostraron en muchos casos la ausencia de diagnósticos y la debilidad técnica de las propuestas y estrategias planteadas.<sup>135</sup>

---

<sup>134</sup> *Idem.*

<sup>135</sup> Abramovich, Víctor, *op. cit.*, pp. 5 y 6.

## CONSTITUCIÓN, JUSTICIA AMBIENTAL Y DERECHOS

---

De todas maneras, el éxito de las audiencias públicas depende, en gran parte, de que los jueces tengan un rol activo en ellas. Deben estar predispuestos a realizar preguntas incisivas y a conocer los detalles del caso para poder obtener información relevante que sea de utilidad para llegar a una resolución adecuada.<sup>136</sup> Al mismo tiempo, los abogados deben ser conscientes de lo que se espera de ellos y, en consecuencia, estar preparados. Para ello, precisan de un entrenamiento que les permita adaptarse a las preguntas de los magistrados y al dinamismo de las audiencias.<sup>137</sup>

En general, en las causas donde se llevaron a cabo audiencias públicas, como la de la Cuenca Matanza-Riachuelo, la Ley de Medios, por el derecho a la vivienda digna (*Quisbeth Castro*), por acciones de clase (*Halabi*), por desmontes de bosques nativos en Salta (*Salas*), por libertad de expresión (*Patitó*), por despido discriminatorio (*Pellejero*), por residuos nucleares (*Schroder*), por explotación de litio y borato en Jujuy (*Comunidad Aborigen de Santuario Tres Pozos*) pudo observarse un papel activo de la Corte.

Se promovió la búsqueda de caminos novedosos como el de las preguntas específicas del tribunal, el de intercalar tanto a los amigos del tribunal como a las partes que bregaban por intereses

---

<sup>136</sup> En ese mismo sentido se manifiesta Abramovich: “En la primera audiencia pública de la Corte Suprema, en el caso Verbitsky, en la que participé como abogado del CELS, me llamó la atención que ningún juez interrogó a las partes. Se limitaron a ordenar el tiempo de las exposiciones y a invitar a las partes a ampliar información o incluso a buscar soluciones negociadas. En algunos jueces del tribunal existía el temor de que las preguntas pudieran ser vistas como un anticipo de opinión y afectaran la imparcialidad. Con el tiempo la Corte pareció cambiar de actitud. En la reciente audiencia sobre la ley de medios, las preguntas a las partes y las repreguntas del presidente a los abogados del Estado y del Grupo Clarín ocuparon el centro de la audiencia. El armado de las preguntas indicaba claramente una minuciosa lectura de los argumentos de las partes e incluso un primer análisis de sus fortalezas y de sus debilidades. Las repreguntas del tribunal sirvieron además para focalizar en los temas centrales evitando el desvío de las argumentaciones. Las respuestas orales que dieron los abogados de cada parte fueron expresamente citadas por varios jueces de la Corte en sus votos, lo que demuestra que la audiencia fue útil para formar o terminar de formar las posiciones definitivas de los jueces en el caso”. Abramovich, Víctor, *op. cit.*, pp. 6 y 7.

<sup>137</sup> Asociación por los Derechos Civiles, *op. cit.*, p. 53.

## Las cortes y las políticas públicas

---

diferenciados, lo que genera mayor discusión de argumentos, la participación de afectados/as, como integrantes de comunidades de pueblos originarios o personas en situación de pobreza o sin techo.

Sin embargo, estas audiencias, al menos las que tuvieron que ver con problemáticas indígenas, presentaron una limitación importante con respecto a la participación de los integrantes de pueblos originarios: en numerosas ocasiones estos solicitaron participar en las audiencias hablando su idioma, para lo cual la Corte debió haber utilizado un traductor. Esto habría sido lo correcto si la Corte verdaderamente se hubiese preocupado por una verdadera integración de estos en el proceso.<sup>138</sup>

Asimismo, otro déficit de la Corte con respecto a la audiencia pública, sobre todo en casos donde están involucrados grupos en situación de vulnerabilidad que se encuentran a distancias importantes de la Corte, consiste en la inexistencia de audiencias públicas itinerantes que les permitan a estos participar genuinamente en los procesos estructurales en los que se encuentran involucrados sin tener que trasladarse a Buenos Aires, lo que muchas veces se convierte en una barrera infranqueable. Este modelo de audiencias democratizarían y legitimarían este tipo de procesos de una manera genuina.<sup>139</sup>

---

<sup>138</sup> En ese sentido, Clérico y Aldao manifiestan: “La desigualdad estructural que padecen los pueblos originarios —y que está representada en el caso paradigmático de las comunidades indígenas de Paraguay— demuestra que no solo se trata de una distribución desigual de los bienes económicos y sociales (acceso a sus tierras), sino también de una distribución desigualitaria de la palabra para determinar, para discutir, cuáles son las necesidades, sus intereses [...]”. Clérico, Laura y Aldao, Martín, “La igualdad como redistribución y como reconocimiento: derechos de los pueblos indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, año IX, núm. 1, 2011 pp. 157-198; Clérico, Laura, “El derecho a la alimentación de los niños, la presunción de exclusión y la necesidad de cambiar el estándar de control de las obligaciones estatales iusfundamentales. ‘Rodríguez’, ‘Comunidad Toba del Chaco’ y la sombra de ‘Ramos’”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2007, pp. 1-34.

<sup>139</sup> En ese sentido, la CSJN debería seguir el ejemplo de la Corte IDH de realizar audiencias itinerantes, algo que trajo muy buenos resultados, ya que democratiza y legitima un proceso.

## CONSTITUCIÓN, JUSTICIA AMBIENTAL Y DERECHOS

---

Las audiencias públicas son una herramienta que debería ir ampliándose en un futuro para generar este tipo de interacciones, no tan solo a nivel de la Corte Suprema, sino también en instancias inferiores, tanto federales como locales.

### III. CONCLUSIONES

En este primer capítulo se procuró, en primer lugar, contrarrestar las críticas que parte de la doctrina tiene con respecto a la intervención de la justicia en áreas que, *a priori*, serían de incumbencia de los otros poderes del Estado.

Los argumentos que se utilizan para sostener que el poder judicial no debe intervenir en casos donde se incida sobre políticas públicas se asientan en una supuesta incapacidad institucional de este poder para solucionar dichas problemáticas y en la falta de legitimidad democrática, por ser el judicial, y en particular la Corte, un órgano que no se elige a través del voto popular. La intervención del judicial, en estos casos, afectaría de forma grave principios democráticos como el de autogobierno del pueblo.

Sin embargo, se manifestó que, cuando los otros poderes del Estado —por acción u omisión— provocan vulneraciones estructurales de derechos, la intervención de las cortes es necesaria y hasta obligatoria, más aún si tenemos en cuenta lo establecido por la Constitución y los compromisos internacionales. Empero, se sostuvo que lo apropiado en este tipo de casos sería intervenir a través de una aproximación dialógica con rasgos experimentales y no de cualquier manera.

Mark Tushnet realizó una conceptualización de los tipos de intervenciones que existen para lograr, desde el poder judicial, la efectivización de los DESCAs. En su trabajo seminal *Weak Courts, Strong Rights* sostuvo que las intervenciones remediales más apropiadas son aquellas que se manifiestan a través de remedios débiles. En los casos analizados en su trabajo, esta aproximación es la que trajo mejores resultados y, al mismo tiempo, generó espacios dialógicos que, de alguna manera, minimizan las críticas enumeradas anteriormente.

## Las cortes y las políticas públicas

---

Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco profundizaron esta conceptualización agregando dos cuestiones fundamentales y, asimismo, ampliaron los niveles dividiéndolos en débiles, moderados y fuertes; Tushnet solo contemplaba los remedios débiles y fuertes. Una de estas cuestiones tiene que ver con los derechos; lo ideal es que exista una concepción fuerte de los DESCAs en cuanto exigibles. Asimismo, agregan un diferencial que tiene que ver con el monitoreo del cumplimiento de la sentencia, que entienden como algo separado del remedio. Este paso se torna imprescindible en los casos estructurales, porque sin un monitoreo fuerte del cumplimiento de las sentencias se hace muy difícil obtener resultados positivos.

Los autores colombianos observaron que los mejores resultados en casos estructurales se producen cuando una corte interviene con una concepción de derechos fuertes, a través de un remedio moderado, y cuando mantiene la jurisdicción en el caso a través de un monitoreo del cumplimiento de la sentencia fuerte. Justamente, esta aproximación es la que genera, en el marco del proceso, mayores vínculos dialógicos entre los distintos actores que permiten ir moldeando el proceso hacia una construcción compartida de políticas públicas para resolver las problemática de fondo. Esto permite que se produzcan procesos más exitosos. Rodríguez Garavito llama a este tipo de intervenciones “jurisprudencia participativa empoderada”. Esto nos lleva a pensar si el caso *de la Cuenca Matanza-Riachuelo* tiene estas características. Aunque es algo que se terminará de dilucidar en el próximo capítulo, *a priori*, sostengo que sí lo es.

En la segunda parte de este capítulo, antes de comenzar a estudiar a fondo el caso de la CMR y los efectos que la intervención de la Corte produjo, inclusive el irradiador sobre la Cuenca Salí Dulce, se consideró necesario describir la trayectoria de la Corte y el camino que esta tomó a partir de su nueva conformación luego de la crisis de 2001. Ello resulta necesario porque no cualquier corte suprema podría haber encarado el proceso de la CMR de una manera dialógica.

Algunas realidades —como la necesidad de convertirse en un poder del Estado independiente, teniendo en cuenta la compleja historia de la Corte en este punto, sumado a la necesidad de

## CONSTITUCIÓN, JUSTICIA AMBIENTAL Y DERECHOS

---

un proceso de relegitimación que el tribunal precisaba ante la ciudadanía y los nuevos nombres que llegaron a la Corte— llevaron a que encarase este proceso de relegitimación cuyo objetivo central consistía en convertirse en una Corte cercana a la gente, transparente, dialógica e involucrada con problemáticas estatales estructurales como la de la situación de la CMR y la de la Cuenca Salí Dulce del noroeste argentino.

Si bien la Corte dio un paso adelante en estos aspectos, cabría preguntarse si verdaderamente salió de su zona de confort, en el sentido de haberse convertido en una institución que verdaderamente se abrió a la ciudadanía de una forma dialógica. Lo que sí puede concluirse es que, al menos en el caso estudiado, pudo verse un avance, ya que la Corte se preocupó por utilizar una aproximación dialógica y participativa que rindió frutos.

Hubiese sido muy dificultoso para la Corte encarar un proceso de este tipo sin producir cambios. Aunque no hayan sido tan profundos como el discurso del tribunal pretendía y la ciudadanía esperaba, fueron de gran importancia.