

El nuevo derecho de interés público: una mirada hacia atrás a la situación en Estados Unidos y hacia adelante a su futuro brillante en otras partes*

Charles Sabel

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

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

Los desarrollos sorprendentes e inspiradores han venido de otras partes, fuera de los Estados Unidos. El litigio de interés público está siendo más prominente, y en algunos casos generando arreglos institucionales innovadores, en países como Colombia, India, Sudáfrica y por supuesto Argentina. Lo que distingue a estos países como un grupo es la combinación de poderes judiciales constitucionales fuertes, una sociedad civil activa, partidos políticos fracturados o atrofiados y estructuras administrativas débiles que luchan por cumplir con las cargas que tienen asignadas y muchas veces fallan en esa tarea. En todos los casos, el nuevo derecho de interés público es un esfuerzo, entre otros, por hacer algo -algo eficiente y democráticamente responsable- frente a situaciones difíciles. La publicación de esta hábil traducción del artículo, que se sigue de cerca de la aparición de un artículo profundamente informado y agudo de Pablo Carducci sobre el giro prometedor de la remediación de la cuenca Matanza Riachuelo (el caso emblemático de interés público en Argentina y seguramente uno de los más interesantes e instructivos en cualquier parte del mundo), genera una oportunidad apropiada para hacer un comentario sobre las vicisitudes del litigio de interés público en Estados Unidos y, más importante aún, para comenzar a sumar a la reflexión sobre la posible utilidad de este instrumento en países de ingresos medios que están luchando por cumplir con las expectativas sociales y económicas de sus ciudadanos y con sus obligaciones constitucionales.

* Traducción al español de María Emilia Mamberti.

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

Todo esto era familiar para los lectores estadounidenses del artículo y solo lo referenciamos al pasar. El foco, en cambio, fue el cambio en la naturaleza del remedio impuesto luego de una determinación de responsabilidad institucional. Mientras que en los primeros planes de reforma, representados en decisiones emitidas bajo la autoridad del tribunal, se tendía a especificar en gran detalle cómo debería operar la institución a reformarse -el tamaño e iluminación de las celdas en las prisiones; el número y capacitación del personal de apoyo en las instituciones de salud mental; el periodo en el que ciertas decisiones claves deberían tomarse-, en los más recientes se rompió con este enfoque de comando y control en favor de métodos más experimentalistas. Estos últimos consistieron en acordar en un marco de objetivos -una educación adecuada-, en mediciones para evaluar el progreso hacia ellos, y en una revisión regular de los resultados para generalizar los resultados exitosos, responder a las fallas y, de ser necesario, modificar las mediciones o clarificar los objetivos. El argumento era que el énfasis en la participación y deliberación continua y transparente de las partes interesadas -como un último remedio cuando los procesos políticos ordinarios de reforma habían fallado manifiestamente- hacía al remedio más eficaz, al permitir el ajuste en base a circunstancias imprevistas y consecuencias no intencionadas. Y también lo hacía más legítimo, al reducir el peligro de que los jueces actúen tanto más allá del alcance de su competencia como por fuera de los límites del poder judicial a expensas de la legislatura y la autodeterminación democrática en general. Dicho de otro modo, el argumento era que los ciudadanos tienen el derecho de requerir la desestabilización de instituciones que fallan persistentemente en cumplir con sus deberes constitucionales, con el fin de elaborar, mediante los remedios de interés público correspondientes, un camino a la reforma que aborde los problemas sistémicos.

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

En el caso de la reforma de los departamentos de policía, en contraste, la historia es de progreso lento y fue interrumpida por la elección de Donald Trump como Presidente. Bajo una ley de 1994, el Departamento de Justicia está autorizado para investigar a los departamentos de policía sospechados de involucrarse en “prácticas o patrones” de discriminación racial. Los hallazgos de estas investigaciones típicamente resultan en decisiones de interés público que les han requerido a los departamentos mirar de manera más cuidadosa las prácticas y rutinas administrativas que aumentan el riesgo de abuso. Por ejemplo, el desempeño de los oficiales individuales se revisa periódicamente para identificar signos de estrés que puedan llevar, en una crisis, a una respuesta impermisible y para disparar una respuesta remedial antes de que ocurra el daño. De manera similar, se revisa el comportamiento de los supervisores para chequear que ellos respondan de forma oportuna y eficaz ante esas alertas. Un número de decisiones van aún más allá, y requieren una policía orientada a la resolución de problemas en la que los oficiales, muchas veces en colaboración con miembros de las comunidades o sus representantes, pongan su atención y esfuerzos de remediación en un número pequeño de lugares “criminógenos” -bares al final de ciertos callejones- y de ofensores responsables por la mayoría de las trasgresiones, incluso en zonas de alta criminalidad (Sabel, Charles F., and William H. Simon. "The Duty for Responsible Administration and the Problem of

Police Accountability." Yale Journal on Regulation 33 (2016): 165.) Pero al tiempo en que una sucesión reciente de tiroteos policiales terribles demostró la necesidad de redoblar estos esfuerzos y las decisiones de incumplimiento comenzaron a proliferar, el control del Departamento de Justicia pasó a las manos de un Procurador General notablemente empático con la policía severa y reacio a la reforma. Los intentos anteriores de ahogar el litigio de interés público -por ejemplo, mediante legislación que aumentó las cargas de los actores en las demandas en las que se alegaban condiciones penitenciarias inconstitucionales- fallaron y de hecho pueden haber derivado en innovaciones que mejoraron los casos de los actores. Del mismo modo, quizás sea posible demandar a los departamentos de policías que funcionan al margen de la ley sin la ayuda del Departamento de Justicia. Pero por ahora la reforma policial del nuevo derecho de interés público parece haberse estancado.

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

La discusión del nuevo derecho de interés público (en su teoría y su práctica) en los países de ingresos medios con constituciones fuertes e instituciones administrativas débiles es más urgente, cuanto menos porque la brecha entre los problemas públicos apremiantes y la capacidad pública para resolver los problemas es claramente grande y parece estar creciendo. Las respuestas del nuevo derecho de interés público de los países de este grupo forman un espectro definido por el alcance con el que los tribunales incentivan la innovación institucional para elaborar e implementar remedios. En un extremo del espectro se encuentra Sudáfrica. Allí, la Corte Constitucional ha rechazado los esfuerzos por definir un mínimo esencial sustantivo de derechos económicos y sociales como el derecho a una vivienda digna. En cambio, ha tomado un "giro procedimentalista", al establecer condiciones que limitan el ejercicio de la autoridad pública declarando inconstitucionales ciertas prácticas como los desalojos injustificados y requiriendo que las autoridades adopten procedimientos inclusivos y justos para alcanzar las decisiones que involucran los derechos en cuestión. Mientras que ciertos autores ven este giro como una retirada decorosa de la exigibilidad de los derechos económicos y sociales, Brian Ray argumenta de manera persuasiva que la

“procedimentalización” abre camino a los remedios dialógicos asociados con el experimentalismo. Pero aun asumiendo que esto es así, sigue siendo el caso que la Corte de Sudáfrica, preocupada por demostrar un respeto escrupuloso por la tradicional separación de poderes, no está dispuesta a fomentar, y menos a insistir en, la creación de nuevas instituciones a los efectos de este diálogo (Ray, Brian. *Engaging with Social Rights: Procedure, Participation and Democracy in South Africa's Second Wave*. Cambridge University Press, 2016). El litigio de interés público en Estados Unidos, para el caso, está mucho menos limitado institucionalmente respecto de esas innovaciones. Como apreciaba Chayes, el funcionario judicial que consulta continuamente con las partes constituye una clase de entidad administrativa creada con un propósito específico -teóricamente, una mini-agencia flexible, precisa y enfocada- y diseñada para guiar la reforma en un caso en particular.

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

Argentina, vista a la luz del caso de la Cuenca Matanza-Riachuelo, está en el extremo opuesto del espectro, al desarrollar una variante de remedio de interés público dialógico rico en innovación institucional que se ramifica, o así parece, en el tejido de la administración a nivel municipal, provincial y federal. La tarea es intimidante. La cuenca está afectada por -literalmente- dos siglos de residuos industriales acumulados; y a este legado se suma el daño causado a diario por la operación de muchísimas empresas, varias de las cuales son fuentes de contaminación.

Carducci detalla el desarrollo de un sistema eficaz de deliberación inclusiva y monitoreo por las partes interesadas, eventualmente supervisado por la Corte Suprema. La decisión, en 2008, unió una agencia de supervisión autónoma —La Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR), formada dos años antes para integrar las autoridades nacionales pertinentes con las de la Ciudad y la Provincia de Buenos Aires— y un nuevo Cuerpo Colegiado, compuesto por la Defensoría del Pueblo y ONGs de derechos humanos y ambientalistas activas en la temática. Hasta el 2012, la supervisión de la deliberación se delegó al Juez Federal de Quilmes, cuyo enfoque era mucho más de comando y control que experimentalista. En ese año, sin embargo, la Corte Suprema en una nueva decisión dividió la responsabilidad por la supervisión entre el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 12—responsable por la supervisión de

los contratos formados en el curso de la limpieza y de los asuntos presupuestarios en general— y el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 2 de Morón — responsable de obligar mediante deliberaciones a varias de las entidades administrativas a realizar las tareas acordadas para mitigar el daño a la cuenca, prevenir el daño futuro, y mejorar en general la calidad de vida de sus habitantes, los propósitos generales de la decisión original.

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

Pero justamente en este punto surge la curiosidad ¿Produjeron los planes una reducción considerable de la contaminación? ¿En la contaminación actual? ¿Han mejorado generalmente las condiciones de vida? ¿Las ONGs están interactuando con las autoridades públicas en modos distintos? ¿Hay nuevas formas de activismo político local, o cambios en el comportamiento de las partes?

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

Y así sucesivamente. Los éxitos del nuevo derecho de interés público en los Estados Unidos, importantes como lo son, han sido demasiado esporádicos y contenidos para disparar preguntas de este tipo. Los desarrollos en las democracias constitucionales de ingresos medios que enfrentan problemas socio-económicos ahora son más prometedores. Entre esos países, Argentina está posiblemente a la vanguardia. Su Corte

Suprema y poder judicial están comprometidos con la reivindicación de al menos algunos derechos sociales y económicos al insistir en las reformas inclusivas y deliberativas de partes de la administración pública. Aún más: a la vez que la profundidad y amplitud de esta combinación de compromiso y limitación judicial se está volviendo aparente, una nueva generación de líderes políticos está emergiendo. Algunos de esos líderes tienen consciencia de las patologías del estado y están comprometidos con construir instituciones que sirvan a los grupos vulnerables. Si -este es un “sí” crucial- las reformas del nuevo derecho de interés público de la escala de la limpieza de la Cuenca Matanza-Riachuelo son exitosas, seguramente vayan a ser notadas. Siendo optimistas, las innovaciones administrativas inclusivas luego pueden ayudar a llenar el vacío dejado por el desorden de los programas políticos actuales, y por ende resonar dentro de la administración pública y en su relación con los tribunales y los ciudadanos.

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