

REVISTA DE **INTERÉS PÚBLICO**

Directora:
DRA. M. CARLOTA UCÍN

Año 4/ N° 5
ISSN 2545-8604

EXTENSIÓN



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

Editor: **ADOLFO BROOK**
Directora: **MARÍA CARLOTA UCÍN**

Consejo Asesor:

ATIENZA, MANUEL, Universidad de Alicante, España
BERGALLO, PAOLA, CONICET, Universidad Torcuato di Tella, Argentina;
BERIZONCE, ROBERTO, Prof. Emérito, Universidad Nacional de La Plata, Argentina;
BRINKS, DANIEL, University Texas at Austin, USA;
GARGARELLA, ROBERTO, CONICET, Universidad Torcuato di Tella;
GROSMAN, LUCAS S., Universidad de San Andrés, Argentina;
MAURINO, GUSTAVO, Universidad de Palermo, Argentina;
PAUTASSI, LAURA, CONICET, Universidad de Buenos Aires, Argentina;
PUGA, MARIELA, Universidad Nacional de Córdoba y Universidad Nacional de Entre Ríos, Argentina;
SABA, ROBERTO, Universidad de Palermo, Argentina;
SANTIAGO, ALFONSO, Universidad Austral, Argentina;
SOZZO, GONZALO, Universidad Nacional del Litoral;
TARUFFO, MICHELE, Universidad de Girona, España.

Secretaría de Redacción

GILES, ALEJO JOAQUÍN
CORIA HOFFMANN, IRINA
REDONDO, VANINA

Diseño y Diagramación
PONTI, MARCELO J.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	5
---------------------	----------

ARTÍCULOS

-Rights beyond the courtroom: a case study compared between Brazil and Colombia.

<i>Rafael Bezerra de Souza</i>	11
---------------------------------------	-----------

-El valor público de la litigación privada. Una mirada crítica hacia la privatización de la justicia civil.

<i>Carlo Vittorio Giabardo</i>	43
---------------------------------------	-----------

-Subsidiariedad: principio consolidador del sistema de competencias concurrentes mexicano en materia ambiental.

<i>Jessica Bravo Ramírez</i>	71
-------------------------------------	-----------

-Las medidas cautelares en litigios de Interés Público.

<i>Francisco Marín Flores</i>	89
--------------------------------------	-----------

APÉNDICE MULTIMEDIA

-Humedales a la espera de reconocimiento: qué son y por qué es importante protegerlos.

<i>Jezabel Primost</i>	107
-------------------------------	------------

-Caso Castillo: un precedente útil para el litigante de Interés Público.

<i>Irina C. Coria Hoffman</i>	113
--------------------------------------	------------

Vanina I. Redondo

PRESENTACIÓN

2020, un año que difícilmente olvidaremos. Estamos parados en este portal y aún no sabemos bien qué es lo que hay más adelante. Avizoramos una nueva década, una nueva era, nuevos desafíos y muchos aprendizajes pero seguramente no estemos viendo todos los elementos de la nueva realidad. Desde esta gran incertidumbre, nos lanzamos al trabajo remoto y sincrónico que nos permitió llevar adelante el proceso editorial con normalidad. Por ello, deseamos agradecer especialmente a los autores que colaboraron en este número tan especial y a los evaluadores, que en tiempos de sobrecarga de tareas pudieron responder a la colaboración requerida.

Sintonizados con estos aires de renovación, habíamos iniciado este año varios cambios para optimizar nuestro proceso interno y para seguir dándole forma a este proyecto que crece por el trabajo conjunto. Así, pudimos crear nuestro sitio en el Portal de Revistas de la UNLP y con ello, canalizar todo el proceso editorial a través de su sistema. También pudimos este año ascender un primer peldaño en nuestra tarea de jerarquización de la Revista. Gracias a las tareas del equipo, la ReDIP se encuentra ahora indexada en Dialnet, la hemeroteca de la Universidad de La Rioja, España.

Este primer paso, nos anima y orienta en el esfuerzo por seguir dando a la ReDIP el espacio que necesita para seguir cumpliendo con su misión de visibilizar la labor de tantas mujeres y hombres que trabajan por el Derecho de Interés Público. Es así que el cierre de este número nos encuentra sensibles al contexto pero satisfechos por los logros y entusiasmados por haber podido concluir otro año de trabajo conjunto entre autores, evaluadores y editores. Por ello, y pese al extraño cuadro que nos rodea, nos sentimos felices y orgullosos.

Desde su nacimiento la ReDIP fue pensada como un foro de opinión pública, en el que distintos diálogos se abren para que el lector los pueda continuar, en otros trabajos que recibiremos gustosos o en nuevos espacios que iremos abriendo en el futuro, a la par de la expansión de las plataformas de interacción social. Este número, cuenta con dos secciones, la de “Artículos” y el “Apéndice Multimedia”. La conexión entre las contribuciones se establece a través del hilo conductor provisto por el enfoque del Interés Público.

En la primera sección de la revista, dedicada a los Artículos, se alojan los trabajos de Rafael Bezerra de Souza, Carlo Vittorio Giabardo, Jérica Bravo Ramírez y Francisco Flores. El primero de ellos centra su análisis en el rol de las Cortes Constitucionales o tribunales supremos en la judicialización de los derechos sociales. Su mirada compara la experiencia brasileña, a partir del caso Raposa Serra do Sol, con la colombiana en el caso de las comunidades desplazadas (T 025 del año 2004). A partir de la experiencia de la Corte Constitucional de Colombia y las categorías doctrinales elaboradas a partir de aquélla, Bezerra de Souza valora críticamente la experiencia de la

Corte Suprema brasileña. Nos muestra así, el camino que aún deben recorrer los tribunales para acercarse al cumplimiento de las exigencias de la hora.

Carlo Vittorio Giabardo argumenta acerca del valor público del proceso civil destacando sus conexiones con el sistema democrático, la evolución social del Derecho, así como también con la vigencia de los valores de la igualdad y la seguridad jurídica. En contraste, avanza sobre una crítica al proceso de privatización de la justicia civil, a partir de la creciente incorporación de modos alternativos de solución de disputas. El autor expone la paradójica tensión entre la elección de la ley como herramienta para la solución de problemas sociales y la evasión de ella a la hora de resolver las controversias, optando por métodos que resultan no sólo alternativos de la jurisdicción sino también del derecho mismo. En este sentido, cuestiona que el valor prioritario de las políticas actuales de administración de justicia se centre en la privatización de la resolución de controversias. Estos planteos resultan sumamente interesantes de cara a la definición de los valores que orientan la función jurisdiccional en general y tienen especial repercusión en lo relativo a la jurisdicción guiada por el Interés Público.

El trabajo de Jélica Bravo Ramírez ilustra las dificultades que emergen de la tutela adecuada del ambiente como bien indivisible. En especial, se concentra en la distribución de competencias entre la federación, los estados y los municipios en el ordenamiento mexicano. Desde su mirada crítica, la autora describe al régimen de concurrencia de competencias —establecido en la Constitución y las leyes— como un sistema confuso y complejo. Bravo Ramírez propone, entonces, pensar en el principio de subsidiariedad como salida posible que permitiría una mejor coordinación, colaboración y organización del ejercicio de la competencia entre los diversos niveles de gobierno con participación de la sociedad civil. Las señaladas cuestiones se muestran como el entramado que subyace a todo movimiento de protección del ambiente, incluido el activismo orientado por el Interés Público. Es por esto que pensar en las bases institucionales es pensar también en la eficacia del Derecho.

Francisco Flores presenta una nueva mirada sobre los sistemas cautelares. Para ello, introduce el enfoque provisto por el Interés Público para revisar los recaudos de admisibilidad de las medidas cautelares, buscando preservar en cada caso la garantía de la tutela judicial efectiva. Esta presentación, aborda una cuestión de indudable carácter práctico, toda vez que la tutela de bienes protegidos por los derechos fundamentales puede requerir una tutela urgente mientras se discuten las complejas cuestiones de derecho implicadas en la materia.

En la sección segunda, correspondiente al Apéndice Multimedia, hemos creado una subsección en la que esperamos poder contar con futuras contribuciones de nuestros lectores y lectoras. En ella incluiremos los resultados de investigaciones científicas que puedan actuar como apoyo empírico de los litigios orientados por el Interés Público, así como también reseñas de materiales jurídicos que pongan de relieve su trascendencia para la práctica de dichos litigios en Argentina o en la región.

Así, contamos en este número con el aporte de Jezabel Primost, Doctora en Ciencias Exactas, quien nos explica la importancia de los humedales así como de su protección. Los mismos son ecosistemas que registran condiciones de inundación de forma permanente o semipermanente y entre sus variadas funciones se pueden mencionar la de ofrecer una barrera a las inundaciones y tormentas, así como también obrar como un freno a la erosión costera. Resultan además patrimonio cultural de la humanidad, por lo que su protección debe ser tomada seriamente en cuenta frente a las constantes amenazas. Estas últimas provienen por ejemplo de prácticas de explotación agrícola-ganadera, como los incendios intencionales, pero también de desarrollos urbanísticos que generan cambios drásticos en su estructura y funciones, aumentando la impermeabilización del suelo. La protección de estas áreas encuentra fundamento normativo específico en la Convención Ramsar sobre Humedales, ratificada por nuestro país en 1992, además de la tutela ambiental genérica. Nos guía la convicción de que estos diálogos interdisciplinarios enriquecen la mirada del jurista y resultan un insumo fundamental para empezar a pensar en formas activas de tutela del ambiente en general y de los humedales en particular.

Además, el apéndice cuenta con la contribución de Irina Coria Hoffman y Vanina Redondo, miembros de la Secretaría de Redacción, quienes han elaborado un análisis del fallo Castillo. En él, destacan las dimensiones colectivas y estructurales del principio de igualdad. Este trabajo, que desagrega los argumentos utilizados por la Corte Suprema en el referido precedente, puede servir de insumo para quienes se dedican al estudio de cuestiones de igualdad desde la óptica provista por el Interés Público.

Así entregamos a ustedes este nuevo número, fieles a nuestro propósito de promover un espacio para el encuentro y la reflexión de ideas. Propiciando además, la difusión del enfoque propio del Derecho de Interés Público el que será, seguramente, un giro necesario del Derecho en su adecuación a los nuevos tiempos.

Por último, y antes de concluir, nos toca y agradecer, como cada año, a la Secretaría de Extensión Universitaria de la FCJS, en la persona de su Secretario Adolfo Brook, por darnos el espacio para desarrollar esta idea. Apreciamos especialmente la labor concreta de todo el equipo de la Secretaría y en particular de Marcelo Ponti, a cargo de la edición gráfica de la revista. Personalmente, quiero agradecer el trabajo comprometido y profesional de Alejo J. Giles, Irina Coria Hoffman y Vanina I. Redondo, miembros de la Secretaría de Redacción y pilares fundamentales de la ReDIP.

La Plata, octubre de 2020.

María Carlota Ucín

Directora

Artículos

Los derechos más allá del Tribunal:

un estudio comparado entre Brasil y Colombia

Rights beyond the courtroom
a case study compared between Brazil and Colombia

Rafael Bezerra de Souza¹

Abstract: The judicial litigation on socio-economic rights has assumed greater importance in the last two decades. This tendency to seek social change through the courts generated a long tradition of research on the role of political and institutional actors and legal mobilization in the enforcement of rights in US, some European countries and recently in the Global South. However, a significant portion of the Brazilian constitutional doctrine remains oblivious to investigate the phenomenon of constitutional judicial litigation of socio-economic rights, in a practical and empirical look, from the functioning of democratic institutions. The lack of empirical studies in Law in order to verify this hypothesis justified the adoption of the case study as an interdisciplinary methodological strategy between Law and Political Science. As a result, the Supreme Court had not been identified as an autonomous agent capable of implementing a relevant social change and ensure the protection of social rights, because there were few measures that impacted directly on the behavior of other institutional political actors and should therefore be considered just another actor within a complex institutional arrangement.

Keywords: The role of Constitutional Courts; Raposa Serra do Sol Case; Rights enforcement.

Resumen: El litigio judicial sobre derechos socio-económicos ha asumido una gran importancia en las últimas dos décadas. Esta tendencia a buscar un cambio social a través de los tribunales generó una larga tradición de búsqueda sobre el rol de los actores políticos institucionales y una movilización legal en la aplicación de los derechos en Estados Unidos, algunos países europeos y recientemente en el sur global. Sin embargo, una porción significativa de la doctrina constitucional brasileña sigue ajena a investigar el fenómeno del litigio judicial constitucional sobre derechos socio-

¹ Master in Contemporary Legal Theories - Federal University of Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brazil. Postgraduate in Constitutional Law. Parliamentary Advisor - Chamber of Deputies, Brazil. Associated with the Latin American Studies Association (LASA). E-mail: rafaelbezerras@gmail.com

económicos, con una mirada práctica y empírica, desde el funcionamiento de las instituciones democráticas. La ausencia de estudios empíricos de Derecho en orden a verificar esta hipótesis justifica la adopción del estudio de caso como una estrategia interdisciplinaria metodológica entre el Derecho y la Ciencia Política. Como resultado, el Supremo Tribunal no ha sido identificado como un agente autónomo capaz de implementar un cambio social relevante y asegurar una protección de los derechos sociales, porque eran pocas las medidas que impactaban directamente en el comportamiento de otros actores políticos institucionales y, por lo tanto, debería ser considerado un actor más dentro del complejo acuerdo institucional.

Palabras claves: El rol de los Tribunales Constitucionales; Caso Raposa Serra do Sol; Aplicación de derechos.

Introduction

Can court decisions promote *relevant social changes*? What is the role of the Constitutional Courts in the enforcement of socio-economic rights (SERs)?

The conventional literature about global evolution of constitutionalism has contributed significantly to the understanding of the role of the Judiciary in the enforcement of rights. However, the analysis of constitutional phenomena such as the globalization of constitutional law, the global expansion of the Judicial Power, and the judicialization of politics and social relations have predominantly been based on the normative character of constitutional interpretation. This perspective, as a rule, has not captured beyond a juricentric view the *institutional activity* of the Constitutional Court in guaranteeing and promoting fundamental rights.

In a context of increasing institutional centrality of the Judiciary as a space for political debate for civil society actors, the legal phenomenon of judicial litigation has become more important in the last two decades, with a growing proliferation of judicial decisions aimed at the enforcement of socio-economic rights (SERs).

The quest for political and social change through the courts has a long tradition of research in the United States and in some European countries. However, there are few academic papers within the scope of Constitutional Law that are concerned with investigating the phenomenon of the judicial litigation of socio-economic rights from a practical and empirical perspective on the functioning of democratic institutions in Latin America, Asia and Africa.

In this way, to question the role of the Constitutional Courts in the implementation of fundamental rights, from a perspective *beyond the courtroom*, seems to be far from the academic agenda of the mainstream of Brazilian constitutional doctrine, often leaving in the background the importance of this debate in the understanding and improvement of the institutional modeling necessary for the intended implementation of public policies that lead to the enforcement of fundamental rights.

In this context, the lack of empirical studies in law that examine recent emerging global trends, that is, the recognition of the potential role of the Constitutional Courts as an effective institutional agent of social change, served as an inspiring source for the present paper, that seeks to investigate the effects and impacts of collective litigation for the enforcement of socio-economic rights in the Raposa Serra do Sol case (PET No. 3.388/RR), specifically with regard to the clauses conditioning the demarcation of Indigenous lands established by the Brazilian Supreme Court (STF).

For this purpose, the typology of the effects of judicial decisions for the examination of social litigation cases developed by César Rodríguez Garavito and Diana Rodríguez Franco (2010;2015), were used.

Furthermore, a comparative analysis was carried out between the effects of the judgment T-025 (2004) - conceived as the most ambitious of the Constitutional Court of

Colombia (CCC), for having protected the right to housing of approximately 1150 families (5 million people) in a forced displacement situation in a coca plantation area, resulting from a serious Colombian armed conflict that lasted 25 years - and the judgment of Petition No. 3.388/RR, better known as the Raposa Serra do Sol case, which challenged the administrative demarcation of Indigenous Land, located in the state of Roraima, Brazil.

In this sense, the course of the analysis seeks to answer the following research questions:

- 1) The judgment of a particular strategic demand by the Brazilian Supreme Court - Raposa Serra do Sol - enabled the production of contributory effects and had a significant impact on the realization of fundamental rights of the indigenous peoples concerned?
- 2) Was the Brazilian Constitutional Court - STF an institutional actor able to implement a relevant social change and ensure the protection of social rights of the so-called "indigenous people of Raposa"?
- 3) What is(are) the causal explanation(s) for the effects verified by the implementation of judgment T-025 not having the same incidence in the judgment of the Raposa Serra do Sol case?

1. Why use a case study as a methodological strategy?

According to Schramm (1971 *apud* Yin, 2010), the purpose of the case study is to try to clarify a decision or a set of decisions, stating why they were taken, how they were implemented and with what results. In this perspective, the case study will be presented as an empirical research modality that seeks to analyze a contemporary phenomenon in depth and in its real context, especially when the boundaries between the phenomenon and the context are not clearly defined.

In general, case studies are used for: a) explaining complex causal connections about real-life phenomena, which comprehension requires an analysis that encompasses not only the case itself but also important contextual conditions pertinent to the phenomena studied here; b) describing the scenario in which a particular intervention occurred; c) promoting an evaluation of the intervention performed, even if descriptive; and d) exploring the situations in which the interventions evaluated have a specific set of results (Yin, 2014).

Therefore, it is possible to use the case study method when there is the purpose of dealing with contextual conditions, believing that these may be highly relevant to the phenomenon under study (Yin, 2014). In this sense, it is considered appropriate to adopt it for the analysis of the Raposa Serra do Sol case, considering the need to approach the

contextual conditions related to the case in order to evaluate the effects and impacts of judicial action on the implementation of fundamental rights.

Despite its epistemological limitations - in addition to those typical of any other research method - the case study can also be considered as a relevant methodological tool for the test of theories, presenting as a "strong test" modality, in comparison to other large-n methods (surveys and experiments).

Two strong points underlie this diagnosis: a) its theoretical propositions are stronger because they are, in general, original; that is, other already known theories did not elaborate on them and; b) the ease of inferring and testing explanations that define how an independent variable causes a dependent variable (Van Evera, 1997).

Another important advantage obtained from the use of this method stems from the intensive analysis of individual cases (small-n), which allows the researcher to probe a particular issue or phenomenon in depth. Such an examination enables the researcher to acquire a degree of knowledge about the case that is often impossible to achieve through the analysis of a larger sample (large-n), contributing to an advanced theoretical reflection (Campbell, 1975 *apud* Orum, 2001; Rueschmeyer, 2003 *apud* Silva e Cunha, 2014).

Indeed, according to the types of case study projects indicated by Yin (2010), there are four types of projects: a) single case (holistic); b) single case (integrated); c) multiple cases (holistic) and; d) multiple cases (integrated).

Among the types of case study projects listed here, we chose to conduct a single holistic case study with an explanatory purpose, because the method allows for the (i) better explanation the case, that is, the court decision, by collecting data from multiple sources of evidence; (ii) testing of the hypotheses formulated for the purposes of the research; (iii) contribution to the formulation of the explanatory hypothesis for the results achieved in the investigation, detailing its operation.

1.1 Building Research Design

For the structuring of the research design, it is important to register the relationship between the object of the present study and the design adopted. In this sense, it is possible to point out that the considerations of Rodríguez Garavito (2011), when investigating the effects of Sentence T-025 (2004), impelled the accomplishment of a case study, in a comparative approach, of the performance of the Brazilian and Colombian Constitutional Courts in the enforcement of socio-economic rights (SERs), in particular, based on the analysis of the aforementioned judicial decision and the judgment of Petition no. 3.388/RR, better known as Raposa Serra do Sol case.

Furthermore, as a way of explaining and justifying the application of the typology of effects of the judicial decisions developed by Rodríguez Garavito (2011), the fact that both decisions are part of the global trend of judicial protagonism in the enforcement

of social rights, as well as falling within the *macrosentence* and *structural case* classifications proposed by the Colombian author when sketching his analytical and methodological perspective to examine the implementation of the judicial decisions of the Constitutional Court of Colombia – CCC (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco , 2010, p. 16).

The Judgment T-025 (2004) was classified as macro-insensitive, considering among other aspects: 1) its scope, by the size of the beneficiary population; 2) the seriousness of human rights violations that it has sought to resolve; 3) the numerous state and social actors involved; 4) the pretension and duration of the process of implementation of the judicial orders of the decision, which took more than six years for its effectiveness (Rodríguez Garavito, 2010, p. 14).

The author still denominates *case* or *structural litigation* judicial processes that:

1) affect a large number of people who claim violations of their rights, either directly or through litigating organizations; 2) imply the performance of several government agencies responsible for failures of public policies, which contribute to rights violations; and 3) involve structural precautionary measures, in other words, orders of execution whereby courts instruct various government agencies to take coordinated action to protect the entire affected population and not just the specific complainants in the case (Rodríguez Garavito, 2011, p. 3).

It is understood that the Raposa Serra do Sol case approaches the above features, since: 1) currently, in Brazil, according to IBGE 2010 Census data, the indigenous population is 817,963 people². Specifically, the indigenous peoples Ingaricó, Macuxi, Patamona, Taurepang and Wapichana, known as "indigenous peoples of the Raposa", represent a combined population of 18,000 Indians, organized in 167 communities (Brazil, 2010); 2) the limitation of the right to land, considered a true fundamental right for the original peoples, represents a violation of indigenous constitutional rights, particularly indigenous socio-economic and cultural rights; 3) it encompasses the involvement of various state and social agents in the matter, and 4) brought judicial orders, specifically, the 19 conditioning clauses indicated in the votes of the ministers of the Federal Supreme Court, which would serve as a parameter to discipline any demarcation of indigenous land in Brazil.

Conscious of the academic context of meaningful discussions about the limits and possibilities of the case study methodology to produce satisfactory causal inferences for the understanding of a legal phenomenon, it is shared with the understanding that the

² According to data from the Economic Commission for Latin America and the Caribbean - ECLAC (2010), the five countries with the greatest number of indigenous peoples are: Brazil, Colombia, Peru, Mexico and Bolivia. Still, according to the report, in 2010, 45 million people lived in Latin Indigenous peoples, of whom approximately 900,000 lived in Brazil, representing 0.5% of the Brazilian population.

development of an appropriate research project is essential for the realization of valid and reliable studies that should aim to connect with relevant problems of the empirical reality, on the one hand, and, on the other hand, allow a contribution to the academic literature, expanding the stock of explanations about the reality studied (Rezende, 2011).

In this context, the literature on the subject highlights the need to adopt analytical strategies and techniques to adequately examine the data collected, as well as to define the priorities of the topics to be addressed and why (Yin, 2010, p. 40 and 154).

Thus, as an analytical strategy for the present exploratory study, the verification, in the cases mentioned above, of the dynamics of the institutional activity of the Constitutional Courts in the realization of socioeconomic rights, as well as the mapping of the designs and the institutional mechanisms that these actors have implement relevant social change, and ensure the protection of social rights.

In contemporary political science, the methodological requirements for producing more refined theories, backed by empirical (rather than abstract) evidence, have driven the production of analytical strategies focused on understanding the causal processes involved in certain social phenomena (Rezende, 2011).

Consequently, the use of the case study method as a research strategy gains importance in the attempt to explain social phenomena from the construction of explanations by causal mechanisms, aiming at: a) an understanding of how they operate; b) its processes of interaction with the specific context conditions in which they occur and; c) the sign of a plausible connection between the independent variables - causes considered relevant - and the dependent variable - observed effects (Van Evera, 1997; Rezende, 2011).

In effect, Hedstrom (2005 *apud* Rezende, 2011) points out three basic reasons for the use of explanation by mechanisms in the social sciences: 1) a detailed understanding of the causal mechanisms that operate in a given phenomenon and the consequent elaboration of more precise and intelligible explanations from cases; 2) the possibility of reducing theoretical-typical fragmentation of social sciences - from the focus on the structural similarities between different causal processes involving social phenomena, thus avoiding the unnecessary proliferation of theoretical concepts and, finally, 3) the understanding of the logic of causation, from the understanding of causal mechanisms, going beyond the mere specification of correlations between causes and effects.

In the quest for internal validity³, the construction of causal explanation was used in the process-tracing technique, adopting the most used modality of the Social Sciences, that is, *explaining outcomes process-tracing*, which aims to construct an explanation regarding a result obtained in a specific case, which points to a recurring research design

³ Yin (2010, p. 63) lists four logical tests as a way of assessing the quality of any empirical social research project: a) *validity of the construct*: identification of the correct operational measures for the concepts to be studied; b) *internal validity*: (only for explanatory or causal studies and not for descriptive or exploratory studies): search for the establishment of the causal relation by which certain conditions are believed to lead to other conditions, different from spurious relations; c) *external validity*: define the domain for which the findings of the study can be generalized and; d) *reliability*: demonstration that the operations of a study - such as procedures for data collection - can be repeated with the same results.

that combines dialectically deduction and induction, until the researcher feels satisfied with the explanations produced on specific results (Pedersen e Beach, 2013 *apud* Silva e Cunha, 2014).

Synthetically, Silva and Cunha (2014), citing Bennett (2008), define process-tracing as “the careful assembling, through hypothesis testing, of a causal chain that leads to some specific result, producing an explanation from an individual case, unique”.

According to Rezende (2011), causal mechanisms can be understood as the causal processes that produce a given phenomenon. Such mechanisms show how the processes of causation occur between the independent variables X and the dependent variable Y. The explanation by mechanisms suggests a hypothesis about how a set of causes articulates for the occurrence of a given phenomenon.

Given the relevance of the concept of a causal mechanism for the use of the process-tracing technique, its greater detail may be appropriate. Thus, according to Waldner (2012 *apud* Silva and Cunha, 2014):

a causal mechanism is constituted by a set of interacting parts, each composed of 'agents or entities that have the capacity to change their environment because it has an invariant property, which, in a specific context, transmits physical force or information that influences the behavior of other agents or entities'.

It is important to emphasize Mahoney and Terrie's observation (2008 *apud* Rezende, 2011) that, in the *small-n* historical-qualitative research, in which the case study fits, one usually seeks to understand how the causes that produce certain effects are articulated (*causes-of-effects*), while in quantitative analyzes the focus is on understanding the effects produced by the causes (*effects-of-causes*).

In these circumstances, the integrated use of the case study method and the process tracing technique is adequate for the production of causal inferences, given the proper use to allow with greater analytical power the understanding of the causal processes in action in a given context (George and Bennet, 2005; Rezende, 2011), as well as an aid in tracking institutional behavior of a particular political actor, at a given moment of its historical escalation (George and Bennett, 2005; Rezende, 2011).

Lastly, the adopted research design can be synthetically divided into three stages: 1) comparative analysis between Judgment T-025 and Raposa Serra do Sol case; 2) joint application of the typology of effects of judicial decisions developed by Rodríguez Garavito (2011) to analyze what effects and impacts arose from the cases on screen and; 3) use of the *process-tracing* technique, in *explaining outcomes* mode, in order to sketch *explanations for causal mechanisms* for the results obtained.

3. CCC and STF: similarities and differences in the regulatory effectiveness of the plan of SERs

As observed by Uprimny (2011), since the late 1980s Latin America has experienced an intense period of constitutional changes⁴, starting as a starting point for this broad constituent or reformist process, the Brazilian Constitution of 1988. Despite the relevant differences and national specificities of each of the countries of the Region, there are significant similarities arising from this wave of constitutional reforms, especially in relation to the Brazilian and Colombian constitutions.

In this context, it is understood that in addition to the geographical proximity and the colonial past there are other significant approaches between Brazil and Colombia neglected purposively or not by the mainstream of Brazilian constitutionalism, regarding the political, economic, social and cultural context, etc.: 1) the provision of an extensive list of fundamental rights in the constitutional text, including the so-called economic, social and cultural rights - SER; 2) the alarming levels of social inequality⁵; 3) the crisis of representation of the political class and 4) the weakness of social movements and opposition parties (Uprimny e García-Villegas, 2002; Valle e Gouvêa, 2014).

These characteristics in common have materialized in the constitutional reforms experienced throughout Latin America in the last three decades, particularly in the case of the respective countries in the years 1988 and 1991. As a result, these recent constituent processes reverberated and continued to influence national institutional designs, as well as enabled an activist stance by the Federal Supreme Court and the Colombian Constitutional Court (Vieira e Bezerra, 2015).

Valle and Gouvêa (2014) pointed out that they both incorporated an extensive list of fundamental rights, including the so-called economic, social and cultural rights - SERs, however, they emphasize that they diverged in relation to relevant aspects for the realization of social rights, especially in what concerns the plan of the effectiveness.

In addition to the considerations about the effectiveness plan aimed at the realization of social rights, as well as the verification or not of the practice of entrenchment of SERs in the respective constitutions, the authors point to another pertinent perspective almost always neglected by the Brazilian constitutional doctrine: prediction or not of adequate mechanisms of guardianship for a judicial action capable of realizing economic, social and cultural rights.

⁴ For a systematization of the common trends and significant differences of the recent constitutionalist process in the region, see UPRIMNY (2011). According to the author, almost all Latin American countries during the last twenty-five years have adopted new constitutions - Brazil (1988), Paraguay (1992), Ecuador (1998 and 2008), Peru (1993), Venezuela, Bolivia (2009), etc. - or promoted considerable reforms in their existing constitutions - Argentina (1994), Mexico (1992), Costa Rica (1989), among others.

⁵ According to data from the National Human Development Report 2013, Colombia and Brazil are, respectively, the 3rd and 4th place among the most income inequality in Latin America, behind only Honduras and Bolivia and ahead of Chile. Available at: <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/brasil-e-4o-pais-mais-desigual-da-america-latina-points-onu>>. Accessed on: 10 Jul. 2015.

Valle and Gouvêa (2014) point out that, unlike the Brazilian reality, the institutional design that exists in the Colombian Charter is provided with a comprehensive institutional system programmed to be activated in case of "constitutional infidelity", resulting from the institutional inertia of the Constitutional Branches, attributing to the Judiciary a role of "mediator" between them and Civil Society in promoting the effectiveness of socioeconomic rights.

In fact, they emphasize the existence of a range of mechanisms for the protection and application of fundamental rights in the respective constitutional text, such as the *Acción de Tutela* (Article 86), an informal legal mechanism, a summary rite, and whose proceedings is a priority, which can be presented directly by the citizen to the judge, although without an attorney, making it possible to reach CCC in a relatively short time. Another important difference between the respective constitutions can be seen from the critical assessment of the Colombian Constitution of 1991 proposed by Peñaranda (2016) after twenty-five years of its enactment, in which the author asserts that the CCC, experimental and gradually, opted strategically for the action focused on the protection of rights in guaranteeing them greater effectiveness, expressly renouncing the possibility of promoting equality policies through decisions with a universalizing bias.

This time, two legal tools were developed in its analysis resulting from a clause expressed in the Colombian Constitution (article 13): the concepts of *Sujetos de Especial Protección* - SEP (subjects of special protection) and of *Enfoques Diferencias* – ED (differential approaches), which state priority in the protection of fundamental rights of the discriminated and marginalized, reduced to the condition of manifest vulnerability (Peñaranda, 2016).

On the other hand, the STF's actions in the protection of fundamental rights, in face of the Brazilian institutional design, diverges frontally from the Colombian dynamic. Regardless of the activist behavior when judging relevant counter-criminal cases, the filing of the respective actions did not result from the direct initiative of the minorities themselves, given the required Constitutional and legal status of *legitimados ativos*⁶ (legitimized active) for the filing of the *Ação Direta de Inconstitucionalidade* - ADI (Direct Action of Unconstitutionality) and of the *Ação Declaratória de Constitucionalidade* – ADC (Declaratory Action of Constitutionality).

Standing out among others judgements, the recognition of stable homosexual marriage (ADI 4277 and ADPF 132/2011); the policy of institution of racial quotas by the University of Brasília – UnB (ADPF 186/2012) and the permission of the interruption of the pregnancy of the anencephalic fetus (ADPF 54/2012), all of them carried out by various institutional actors and even contrary to the interests of minorities: the governor of the State of Rio de Janeiro and the Attorney General's Office - PGR; the political party

⁶ The *legitimados ativos* are the institutional actors capable of proposing ADI and ADC, according to Article 103 of the Federal Constitution and Article 2 of Federal Law 9.868/99.

Democrats - DEM and the National Confederation of Health Workers - CNTS, respectively.

The Raposa Serra do Sol case reproduced the aforementioned procedural logic, since procedural access to the STF was also initially carried out by illegal occupants of indigenous lands and the governor of the State of Roraima.

Another substantive differentiation between the Colombian and Brazilian jurisdictional practices is worth mentioning, which is the judicial instruction of factual matters, involving the protection of fundamental rights.

Contrary to the Brazilian higher courts, in particular the STF, which preferentially does not examine matters of fact, the CCC instituted and began to promote - from the judgment of Decision T-025 and the declaration of the *Unconstitutional State of Affair* - an approximation in relation to the litigation, in addition to the petitioner's unilateral report (Valle e Gouvêa, 2014).

On this track, the performance of the STF in the Raposa Serra do Sol is illustrative of the Brazilian legal practice in relation to the protection of socio-economic rights. Regarding the judicial investigation of the factual matter, it has been that, despite the analysis of memorials brought to the proceedings by the parties involved, it was restricted to the timely official visit of the ministers Gilmar Mendes - at the time exercising the presidency of the Court-, Minister Carlos Ayres Britto - Rapporteur of the case - and the Minister Carmen Lucia to the village Serra do Sol, in a helicopter provided by the Air Force.

These scholars add another important feature of the Colombian jurisdiction that stands out when compared with the Supreme Court's strategy for the analysis of litigation SERs: the possibility of meeting various demands for the development of structural decision. In this sense, although the *Acción de Tutela* can be considered as true individual action, as verified in the Brazilian courts, it is common practice in the Colombian Constitutional Court to bring diverse demands, sometimes hundreds, into one decision.

Such a judicial strategy, even though it appears a priori as counterproductive, enables the Court, in the opinion of the Constitutionals, to analyze the multiple aspects of complex judicial litigation such as the demand for SER, thus allowing for a progressive densification of the issues involved, and, consequently, a judicial decision with greater adherence to the factual reality that it affects.

It should be added, however, that the aforementioned constitutional jurisdiction exercised by the STF evidences its twofold stance, due to the excess of pending cases, which suggests a certain institutional paradox: the STF that innovated by using as strategic dynamics the process of massification based on meta-decisions, via “Recurso Extraordinário” with “Repercussão Geral”, as a way to deal with procedural delays and the low effectiveness of its decisions, is one that ignores the adoption of new instruments in Legal systems for the solution of cases that deal with SERs, which have been classified by the Brazilian Constitutional Court as deserving of casuistic jurisdiction that guarantees them a pretensive criteria, when analyzed.

However, returning to the Colombian constitutional system, even the express provision of its protection mechanisms and implementation of fundamental rights in the Colombian Constitution of 1991 proved to be insufficient, given the historical context of systemic violations of SERs and chronic institutional ineptitude in the implementation of public policies associated with the promotion of these rights.

In response to this tragic factual reality, which demanded a new resolute dynamic, and in the search to find legal mechanisms to guarantee fundamental rights, the Colombian Constitutional Court exercised an interesting judicial experimentalism in idealizing and implementing a decision-making mechanism to deal with situations of flagrant offense to fundamental rights and systematic violations of the Constitution (Aguilar Castillo; Bohorquez & Santamaria, 2006; Campos, 2015).

In this context, the CCC has adopted an innovative strategy of self-empowerment to verify and declare the so-called *Unconstitutional State of Affair*. This mechanism had already been used at least twelve times, related to six types of situations, the first one being in the form of the Unification Judgment SU-559, of 1997 (Aguilar Castillo; Bohorquez & Santamaria, 2006; Rodríguez Garavito & Franco, 2010; 2015).

From then on, as Rodríguez Garavito and Rodríguez Franco (2015) point out, Colombia, in a paradoxical turn in the comparative history of law, has gone from one of the countries with the most serious violations of human rights to a born exporter of constitutional jurisprudence and approaches institutional frameworks to ensure compliance.

However, as much of the Colombian constitutional doctrine emphasizes, the CCC is not the only nor was it the first Constitutional Court to make judicial decisions of a structural nature based on demands of public interest. Noting the influence of American constitutional doctrine on the institutional design adopted in Colombia, Rodríguez Garavito (2009 *apud* Feeley & Rubin, 1999; Rosenberg, 1991; Sabel & Simon, 2004) points out that US courts have already used jurisprudential figures similar to ECI's for more than 50 years, given the structural reforms promoted in the context of public policies related to the prison system, to the educational system and to the social housing program.

In fact, Rodríguez Garavito and Rodríguez Franco (2015) point out that the institutional behavior of the CCC in declaring that a set of situations violates the Constitution and, consequently, undermines constitutional supremacy, is part of the international tendency of constitutional judges to perform Rights in structural cases, notably the cases *People Union for Civil Liberties* (India); *Grootboom* (South Africa) and *Verbitsky and Riachuelo* (Argentina).

Under these circumstances, the figure of the *Unconstitutional State of Affair* can be defined as a legal mechanism or technique created by the Colombian Constitutional Court, which declares that a certain factual reality is in contradiction with the Constitution, given the occurrence of a massive violation of the rights and principles

enshrined therein. It deals with exceptional situations of collective breach of fundamental rights, in which individual resolution, on a case-by-case basis, would be insufficient to resolve a problem requiring a structuring solution, as well as entailing the accumulation of serious cases pending within the jurisdiction of the Court.

With its declaration, the CCC is empowered to accumulate several guardianship actions related to the violation of constitutionally guaranteed rights, seeking the structuring resolution of the cases in a single trial, from the formulation of general orders addressed to the competent authorities pertinent to the litigation so that, within their institutional assignments spectrum and within a reasonable time, they can adopt the necessary measures to solve or overcome the *Unconstitutional State of Affair*.

Thus, despite the fact that it is a controversial mechanism, it has as a relevant legal innovation, considering the following elements favorable to its adoption: a) the establishment of precise conditions for compliance with the decision; b) the requirement to monitor and monitor the effective enforcement of the decision by control agencies; c) the exhortation to the Legislative so that, within its faculties, it promotes the elaboration of norms that allow it to overcome the ECI and; d) the establishment of requirements for the entities directly responsible that by action or omission violate rights (Aguilar Castillo; Bohorquez e Santamaria, 2006 e Quintero Lyons; Navarro Monterroza e Irina Meza, 2011).

3.1 Effects and Impacts of Judgment T-025

A retrospective analysis of the CCC's jurisdiction regarding forced displacement points to the progressive expansion of its scope and its object of action, in a notable change in its institutional behavior, suggesting the occurrence of a sensitive jurisprudential turn.

While in the first trial on the subject, the effects of the decision were directed at the specific public officials and institutions, whose focus of possible solutions was directed at the individual rights violations of the plaintiffs. In the judgment of SU-1150, of 2000, the CCC proposed to: a) develop jurisdiction based on the logic of collective litigation; b) exercise the role of evaluator of public policies, indicating the lack of coordination among governmental institutions; c) point out the deficient development of public policy aimed at solving the social phenomenon of forced displacement due to the non-compliance with Law 387 of 1997, and its disagreement with international human rights standards and d) expressly urge the President of the Republic to comply with his constitutional obligations to the PIDs (Rodríguez Garavito & Kauffman, 2014).

In fact, according to the authors, in the last decision on forced displacement before Judgment T-025, of 2004 – T-602, of 2003 – the CCC began to establish the State's duty to promote affirmative action and to give special attention to the PIDs, from the definition of fundamental concepts such as: cessation of displacement, reparation, vulnerability and the principle of non-retrogression.

However, it was undoubtedly from Judgment T-025 that there was an innovative and systematic exercise of jurisdiction in this matter. In that decision, the CCC accumulated 108 constitutional actions denouncing alleged violations of the rights of 1,150 internally displaced families due to the failure of state authorities to adequately address social demand (Uprimny & Sánchez, 2010; Rodríguez Garavito & Kauffman, 2014; Rodríguez Garavito & Rodríguez Franco, 2015).

Consequently, the CCC, through an analysis of its own jurisprudence on forced displacement, presented, in the vein of Judgment T-025, the following diagnosis about the causes of the institutional blockade that caused the social vulnerability of the petitioners: a) the dispersion of responsibility on the problem; b) lack of coordination among the bodies responsible for assisting IDPs; c) the inactivity of state entities (Rodríguez Garavito & Rodríguez Franco, 2015).

Based on these elements, the Colombian Court declared the so-called *Unconstitutional State of Affair*, through which various institutions and public agents were sued at the national and local levels, and for the first time it was established that displaced people, for having been victims of serious human rights violations, held the rights to truth, justice and reparation, and ordered the government to take measures to solve the problems faced by the displaced.

As emphasized by Rodríguez Garavito and Rodríguez Franco (2015), the ECI statement had a double meaning: it stated that displaced people were in a precarious situation as a consequence of a structural problem derived from the repeated institutional omission and exposed the insufficiency of legislative, administrative and budgetary instruments to avoid the occurrence of violations of rights.

Thus, there remains a consensus in Colombian constitutional doctrine that the initiative to maintain the jurisdiction to supervise the execution of its decisions constituted a true jurisprudential turn point for the CCC. Unlike the usual institutional stance of the Constitutional Courts to limit themselves to deliberating on constitutional issues and delegating the supervision of their decisions to first instance judges, the CCC retained its jurisdiction over the case, initiating a process of regular monitoring of implementation of their decisions, allied to popular participation (Uprimny & Sánchez, 2010; Rodríguez Garavito & Rodríguez Franco, 2015).

As such, the CCC began to exercise an interesting judicial experiment by supervising the implementation of its decisions by adopting the following monitoring mechanisms: a) public hearings; b) thematic, regional, and informal sessions, c) *Sala Especial de Seguimiento* (special monitoring room) and; d) *autos* (files).

After a year of the delivery of Judgment T-025, the CCC requested reporting to state institutions, PIDs organizations and international organizations defending human rights, such as the United Nations High Commissioner for Refugees - UNHCR. Based on this information, the first public hearing was convened in of June 2005 with the purpose of

compiling the data collected and evaluating the possibility of the implementation of the orders issued (Uprimny & Sánchez, 2010; Rodríguez Garavito & Rodríguez Franco, 2015). In fact, in view of the satisfactory results observed from the development of the aforementioned monitoring mechanism, the CCC began to incorporate it into its institutional dynamics, and until April 2014, twenty public hearings were opened to the public in the Court's own premises.

The so-called regional and informal technical sessions, instituted in 2010, although similar to public hearings, differ from these because they are carried out not in the Court's premises, but in towns and cities within the country, that is, *in loco*. Still, according to Rodríguez Garavito and Rodríguez Franco (2015), until April 2014, twelve sessions were held, which convocations presupposed the need to discuss in particular a specific issue pending clarification, admitting the presence of public officials and groups involved, at the express invitation to the CCC.

3.2 Effects and impacts of the Raposa Serra do Sol case

For the purpose of analysis, the typology of effects of judicial decisions developed by Rodríguez Garavito (2011) will be used, which conceives an analytical framework for observing the effects of judicial decisions, divided into four planes: a) direct; b) indirect; c) material and; d) symbolic, as shown in Table 1 below.

Table 1. Types of effects of judicial decisions

	Direct	Indirect
Material	Designing public policy, as ordered by the ruling	Forming coalitions of activists to influence the issue under consideration
Symbolic	Defining and perceiving the problem as a rights violation	Transforming public opinion about the problem's urgency and gravity

Source: Rodríguez Garavito (2011, p. 1679).

Initially, a synthetic understanding of the data indicates that the analysis of the horizontal axis can be considered the effects of judicial decisions through the direct-indirect dichotomy. Thus, according to the author, while the direct effects would include the actions ordered by the court that immediately affect the participants in the case - whether the parties to the court orders the litigants, the beneficiaries or the state

organisms - the indirect effects would concern all the consequences which, without being stipulated in the orders of the court, derive from the sentence, thus affecting not only the parts of the case, but also other social subjects indirectly involved (Rodríguez Garavito, 2013, p.10).

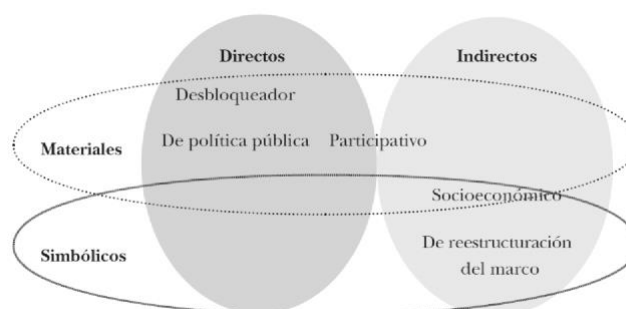
On the other hand, on the vertical axis of the symbolic-material dichotomy, one can deduce that material effects refer to tangible changes in the conduct of groups or individuals. While symbolic effects relate to changes in collective ideas, perceptions, and social conceptions about the subject in dispute.

The central argument presented from this typology is that for an analytical study on the effectiveness and impact of court decisions *beyond the courtroom* it is necessary to approach the four types of effects resulting from the cross-classification: *direct-material effect* (formulation of a public policy ordered by the Court); *indirect material effect* (participation and influence of new actors in the public debate); *direct symbolic effect* (redefining media coverage) a *symbolic-indirect effect* (transformation of public opinion on the subject).

In this way, Rodríguez Garavito and Rodríguez Franco (2015), after ten years of the delivery of Judgment T-025, 2004, analyzed, among others, the three main orders issued by CCC, which are: 1) to the Government, the formulation of a plan of action to overcome the humanitarian emergency of the IDPs, which led to the ECI declaration; 2) the guarantee to the IDPs of protection to the vital minimum (essential core) - right to food, education, land and dwelling and; 3) to the Public Administration, the preparation of the necessary budget calculation to implement said plan of action, as well as indicating the actions necessary to enable the effective investment of these resources in social programs to benefit this population.

Based on interviews with the main social and institutional actors involved, coverage and repercussion of the case in the media, observation-participant in meetings and hearings promoted by the Colombian Court and examination of vast documentation produced, the researchers verified the incidence of five relevant Effects of the judicial decision: a) unlocking; b) public policy; c) participatory; d) socioeconomic and; e) reframing.

Table 2. Effects of the judicial decision - Judgment T-025



Source: Rodríguez Garavito & Rodríguez Franco (2015, p. 43).

On the other hand, from the analysis of the Raposa Serra do Sol case, using the same typology, it was possible to observe only two effects resulting from the respective judicial decision: the unblocking and the restructuring of the framework, as shown in *Table 3*.

Table 3. Effects of the judicial decision - PET n° 3.388/RR

Unlocking	
	reframing

Source: Rodríguez Garavito (2011, p. 1683, modified).

The institutional unblocking effect is conceived as arising from the Court's performance in situations of structural stagnation of the state's functioning, in which, given institutional inertia and lack of coordination of the relevant institutional actors, there is frustration with the realization of fundamental rights.

This circumstance would justify judicial intervention in structural matters of public policy, as well as reinforce the Court's role as the most appropriate body for promoting institutional unblocking and the consequent protection of rights (Rodríguez Garavito & Rodríguez Franco, 2010).

In this sense, according to the researchers, the aforementioned material-direct effect of Judgment T-025 materialized through the order issued by the CCC for the government to elaborate an adequate public policy for the protection and promotion of the rights of the IDPs, the establishment of deadlines to evaluate its implementation and monitoring process through the issuance of *autos* and the holding of meetings of the Monitoring Commission, a fact that provoked the action of the Executive, in order to comply with its constitutional obligations (Rodríguez Garavito & Rodríguez Franco, 2015).

When compared with the Brazilian case in question, it should be noted that the unlocking effect could be located, due to the long history of the administrative procedure for demarcation of the Raposa Serra do Sol Indigenous Land, synthesized in the Report No. 125/10, prepared by the Inter-American Commission on Human Rights – IACHR (OAS, 2010).

In this context, the institutional inertia of the Executive, Legislative and Judicial Branches, due to the unjustified delay of 32 years (1977-2009) in the resolution of the administrative procedure for the demarcation of the indigenous territory, lack of legal

provisions subsequent to the Federal Constitution of 1988 that would guarantee the proper regulation of indigenous territorial rights and the numerous actions in progress related to the demarcation of the Raposa Serra do Sol Indigenous Land in the most diverse jurisdictions, including in the STF (Joaquim, 2013).

In fact, through a synthetic mapping of the institutional activity of the agents involved, one could observe the absence of the other effects listed by Rodríguez Garavito and Rodríguez Franco (2015), such as participatory, public policy and socioeconomic effects. First, the participatory effect was conceived as the result of the court's institutional efforts to foster and/or create institutional coordination mechanisms aimed at promoting the rationalization of public policy through coordinated action among relevant institutions, thus avoiding disarticulation and duplication of efforts.

As such, the CCC fostered institutional dialogue between public agencies and civil society organizations through public hearings; of the institution of the process of monitoring its own decisions, through the promotion of a dialogical judicial activism that, in the words of the researchers, evidenced the incidence of a direct material effect, since they enabled the deepening of the democratic deliberation not only between the main responsible public bodies, as well as other institutional and social actors involved at the international, national and local levels.

When analyzing the Brazilian reality, it is observed that, despite the judgment of PET No. 3.388/RR, it intends to explain basic guidelines for the establishment of demarcations of indigenous lands in Brazil, the exercise of indigenous usufruct and the consequent realization of their rights, any efforts of the Court were made for the promotion and/or creation of institutional coordination mechanisms, evidencing the absence of collaboration between the interested parties.

Still with regard to the participatory or deliberative effect, it is observed that the participation of indigenous communities in the deliberations that affected their interests and rights has been disregarded or considered by the STF as of a purely opinionated nature, in flagrant offense to Convention No. 169 on Indigenous and Tribal Peoples of the International Labor Organization (ILO) - the so-called *Convention on Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries* - and that, despite their great repercussion for the institutions related to the indigenous question, no such possibility was allowed to manifest themselves in order to discuss or interfere in their elaboration.

Concerning the so-called socioeconomic or social effect, data compiled by the *Comisión de Seguimiento* (follow-up commission) based on opinion polls showed a low improvement in socioeconomic indicators, a fact that reveals relevant social change in an insufficient degree for the PIDs. Although access to education and health has improved enormously, benefiting 80% of the internally displaced population, the conditions of other SERs remained unsatisfactory (Rodríguez Garavito & Rodríguez Franco, 2010, p. 248-249; 2015, p. 47).

Therefore, despite the analytical and methodological difficulties of measuring this effect in the material scope, which require the necessary comparison between the material reality of the population in question before and after the judicial decision, especially in the face of a lack of reliable data on the conditions of population, the researchers conclude that the changes in the situation of Internally Displaced Persons did not stem directly from judicial orders but were mediated by the implementation and functioning of the institutional reforms ordered by the CCC.

In this context, taking up the analysis of the Brazilian reality, it is observed that the indigenous population, the target social segment of the aforementioned judicial decision on SERs from the Raposa Serra do Sol trial, continues, even after the respective STF judgment, in an unfavorable socioeconomic situation, and there have been no significant changes in this social reality.

According to the United Nations (UN) report entitled *State of the World's Indigenous Peoples* (2010), produced by the Secretariat of the Permanent Forum on Indigenous Issues of the United Nations, some 750,000 indigenous peoples live in extreme poverty in Brazil. According to the scenario presented, they face considerable extinction, highlighting the alarming infant mortality rate in indigenous communities in Latin American countries, 70% higher than global average.

In addition to the worsening socioeconomic situation of indigenous people in various aspects, between 1985 and 2015, 947 Indians were murdered in Brazil, half of them concentrated in the state of Mato Grosso do Sul (CIMI, 2012).

Finally, there is the effect of public policy, conceived as the impact of a judicial decision on the design, implementation and monitoring of the action plan of a given public policy, resulting from the adoption of a position by the Court in order to diagnose structural failures of the Public Administration in its implementation and boost the design, execution and evaluation of public policy, from the construction of indicators of possible advances or setbacks.

Regarding this, Judgment T-025 represented a notable change in the design of the national public policy for the PIDs, as well as in the establishment of mechanisms for their implementation, financing and supervision.

Only one year after the judicial decision, the Colombian government approved the National Plan for the Integral Care of the Population Displaced by Violence (PNAIPD), modifying the public policy in force until then. Indeed, it was found that the public budget for social programs of assistance to the PIDs tripled, as well as a year-on-year increase in resources, which, although insufficient, according to Rodríguez Garavito and Rodríguez Franco (2015), made a significant increase, given that the budget for 2014 was almost ten times higher than forecast for 2004, before the CCC's activities. Thus, it is seen that this institutional output has materialized a direct, material response to the Court's first order.

On the other hand, as far as the Raposa Serra do Sol case is concerned, it is observed that despite the decision on the scene, it was based on the practice of judicial control of public policies as a way to make feasible the realization of social rights, in keeping with recent jurisprudence STF activism, this does not seem to have driven the development of a long-term national policy for the assurance and protection of the sustainable usufruct of indigenous lands, nor even outlined the establishment of any institutional mechanisms for their design, execution, financing and monitoring.

Continuing the analysis of the impact of the judicial decision in question, a search was made of the historical series of the quantity of the indigenous lands declared and homologated in the country. Official statistical data updated from 1985 to April 2015 indicate that 345 and 441 indigenous lands, respectively, were declared and ratified.

It was also observed that, in relation to the extent of indigenous lands, there was a marked decrease in the extent of demarcated indigenous lands in both modalities - declared and approved - especially during the time lapse between 2006, the initial time frame of the Raposa Serra do Sol case, and 2015.

Thus, it seems reasonable to revisit some of the research questions previously formulated: 1) Did the judgment of a certain strategic demand by the Federal Supreme Court - Raposa Serra do Sol case - make it possible to produce taxable effects and significant impacts for the realization of fundamental rights? And; 2) Is the STF an institutional actor capable of implementing relevant social change and ensuring the protection of social rights?

From a critical analysis of the data collected, it is pointed out that the STF was not able to implement a relevant social change and ensure the full protection of the economic, social and cultural rights of the indigenous population, specifically in the case in hand, given that the effects and impacts of outputs, were unsatisfactory or, at best, partial.

4. Process-tracing: a possible explanation for causal mechanisms

Following the previous stages of reconstruction of the narrative of the Raposa Serra do Sol case in a comparative perspective, the present section will use the process-tracing technique, in explaining outcomes in process-tracing mode, with the purpose of sketching explanations by causal mechanisms to the last and central question: 3) What is the causal explanation so that the effects verified by the implementation of Judgment T-025 by the Constitutional Court of Colombia - CCC did not have the same incidence in the trial of the Raposa case Serra do Sol by STF?

In addition to the reflections already presented and understanding the theoretical and methodological scope used to approximate the object of the research, the following mechanism and the respective causal hypotheses are indicated as possible explanations for the judicial action of the STF having been able to implement any social security rights,

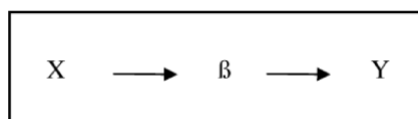
especially in relation to the process of demarcation of indigenous land in the Raposa Serra do Sol case (Table 4):

Table 4. Mechanism and Causal Hypotheses - Raposa Serra do Sol case

Independent variables (causes considered relevant)	Causal processes (Variables involved)	Dependent variable (Observed effects)
X	β	Y
The non-implementation of institutional mechanisms that allow the articulated decision-making between the Constitutional Branches in complex and structural cases. The lack of monitoring mechanisms and indicators to assess the impact of judicial decisions on SERs.	The abstractivization of the Concentrated Control of Constitutionality The lack of dialogical-institutional interaction between the Constitutional Branches and the social actors involved in strategic litigation	Insufficient impacts on the implementation of socio-economic rights (SERs), until even its restriction.

Source: Costa Júnior, 2007, p. 111, modified.

This mechanism can be summarized in the diagram below:



Therefore, it is possible to consider that the non-implementation of institutional mechanisms that allow the articulated decision-making among the Constitutional Branches, as well as the lack of monitoring mechanisms and indicators to assess the impact of judicial decisions on SER, in complex and structural cases, as evidenced in the Raposa Serra do Sol case, behave as independent variables (X), determinants for the occurrence of insufficient outputs in the implementation of socioeconomic rights, even their restriction, considered here as a dependent variable (Y).

In fact, it is pointed out that among the multiple intervening causal processes (ß) that operate in the connection between the respective variables now listed, those that seem best to fit and have a higher theoretical adherence are: 1) the abstraction of the Concentrated Control of Constitutionality and 2) the lack of dialogical-institutional interaction between the Constitutional Branches and the social actors involved in the strategic litigation.

Thus, from the above considerations, it seems plausible to understand that in the Raposa Serra do Sol case, the STF acted more as a referee of political conflicts in a conflictive scenario of redesign of the federative pact than as an active defender of indigenous rights.

Its positioning is based on the institutional behavior of the STF in conceiving that “strategic interests” and “environmental protection”, also protected by the Constitution, may exclude or limit, under certain conditions, the prior consultation procedure, overseeing the Judiciary, the exercise of balancing of certain constitutional principles in the event of an eventual conflict (Ríos-Figueroa, 2009).

Regarding the second intervening causal process suggested, that is, the lack of dialogical-institutional interaction between the Constitutional Branches, it is observed that although it involves a range of institutional actors in the attempt to consolidate a new design for the constitutional regime of usufruct of Brazilian indigenous lands, no attempt was made to construct a deliberative-dialogical process involved by the Federal Supreme Court, which could certainly propitiate the construction of uniformed institutional decisions, integrated with a greater possibility of effectiveness on the indigenous theme.

Table 5 below presents a summary of the analysis of the design and institutional behavior of the Constitutional Court of Colombia and the Federal Supreme Court, at the time of Judgment T-025 and PET No. 3,388 / RR, respectively.

Table 5. Comparative synthesis of design and institutional behavior of the CCC and of the STF Sentence T-025 and PET No. 3.388 / RR

	Access	Interface with the Inter-American Court	Deliberation	Judicial intervention	Rights	Remedies	Monitoring	Indicators	Impact
Sentencia T-025	Direct proposal by the citizen (<i>Acción de Tutela</i>)	Yes	Dialogical	Structuring (Macro justice)	Strong	moderate	Strong	Strong	High
PET n° 3.388 /RR	Active Letigantes (ADI, ADC) And ADPF)	No	Monological	Individualized (Micro justice)	Strong	Strong	nonexistent	nonexistent	Low

In fact, it is understood that Constitutional Courts that propose the institutional role of guaranteeing and protecting SERs need to promote a redesign in their design and a change in their institutional behavior in order to:

- 1) adopt the understanding that cases that deal with this kind of law, given the recognition of the complexity of the demand, should be considered as structural cases;
- 2) In order to achieve a greater impact in its decisions, the Court must retain jurisdiction and establish outcome indicators to measure the effective enjoyment of the rights sought, since judicial monitoring, together with the social control exercised by the parties involved, is in public hearings, or in thematic sessions, with the broad participation of civil society, enables the Court to follow up on the implementation

phase of its own decisions, as well as on the evolution of the impact of judicial action beyond the courtroom.

Conclusions

In the theory of fundamental rights and constitutional theory, the Judiciary no doubt presents itself as a prominent actor in the defense and guarantee of fundamental rights. However, in complex and pluralistic societies, it's not possible to statically attribute to only one Constitutional Branch the definition of the meaning of the constitution, as well as disregarding the practical dimension of the functioning and behavior of political institutions, their decision-making processes and their repercussions on other spheres of interest.

On the other hand, there remains in a parcel of the Brazilian constitutional doctrine a blindness as regards to the problems of implementation of judicial decisions in public law disputes over socio-economic rights (SERs), presisting in what is an exhausted focus on a counter majority objection to judicial review of constitutionality and violation of the principle of separation of powers.

These academic positions presuppose a rigid attribution of constitutional functions, conceiving the Judiciary as an intervening agent in the competences of other Constitutional Branches, as well as rejecting, a priori, the adoption of deliberative institutional arrangements, collective judicial procedures and mechanisms of social participation that would improve the democratic legitimacy and the outputs resulting from judicial decisions.

The continuity of this understanding may lead to an undesirable side effect: the manifest incapacity of the Federal Supreme Court to respond to social demands by the DESC, generating what in Political Science is classified as "ungovernability of overload" of the Court.

In this sense, like Carvalho (2004), it is suggested the constitution of a new institutional architecture that has as a background the redimensioning of the Brazilian institutional design, assuming no more the centrality of theoretical-practical debauchery in but rather the recognition that none of the constitutional subjects of power is in itself capable of solving the profound dissent presented in this scenario.

Particularly, based on the analysis of the Raposa Serra do Sol case, one can conclude from the lack of relevant impact of the Brazilian Supreme Court's behavior on the behavior of other institutional political actors, as well as on the effectiveness of indigenous fundamental rights.

Such a statement, although evidencing that the STF should be considered only as an actor within a complex institutional arrangement, and not as the "epicenter of producing effects that guarantee the effectiveness of the DESC", as some Brazilian constitutionalists argue, does not invalidate it as promoting the progress achieved in the normative-constitutional effectiveness of fundamental rights.

Indeed, it is considered that the role of relevance attributed to the Brazilian Court would be further enriched if there were practices of institutional dialogue that promoted an intense interaction between the Powers, other institutional agents and the parties directly involved in complex and structural cases, the example of the Raposa Serra do Sol case.

In the current court of Brazilian constitutionalism, where the construction of a contemporary perspective is sought in alignment with practices developed in Constitutional Courts of global relevance, it does not seem salutary to have as a parameter a decisional approach focused on the simple questioning "who decides?" (Parliaments or courts), typical of "last word theories". It is possible to reflect on the need for an "epistemological turn" in the study of the effectiveness of judicial decisions: moving from the theoretical-normative focus of the consecration of rights to the practical-institutional plan, in an interdisciplinary approach.

In this context, it is possible to observe the existence of a parallel between the importance of dialogue at the institutional level and the importance of interaction between the Law and other social sciences in order to shed light on the incipient discussion in constitutional doctrine analysis of the impacts of judicial activism.

Therefore, it is necessary to discuss a new arrangement in the institutional relations between the Powers and a greater participation of Civil Society in the political-decision-making process, as well as the consideration that incremental changes in small-scale institutional mechanisms, such as the inclusion of supervisory mechanisms and monitoring of judicial decisions in structural and complex cases, as verified in Judgment T-025, may have more satisfactory effects on the realization of fundamental rights (Silva et al., 2010).

However, it should not be forgotten that, regardless of origin, the incorporation of new ideas and legal mechanisms requires preliminary social and institutional support to ensure their operability and effectiveness (Vieira and Bezerra, 2015).

In the same sense, warn Gargarella and Curtis (2009, 24): Regardless of their place of origin, some grafts tend to be harmless and others do not, depending on the kinship ties

(the "genetic links") between the grafted material - the grafted institutions, and the constitutional "body" that receives them.

The observation of the mandatory and monological perspective of the STF, in direct contrast with the institutional behavior of the CCC, reveals a deep estrangement from crucial points for a "constitutional learning", namely:

- a) the necessary establishment of requirements for the declaration of the *Unconstitutional State of Affair*;
- b) the construction of structuring sentences that allow the Judiciary to play the role of "mediator" between the Constitutional Powers and Civil Society in promoting the effectiveness of socio-economic rights;
- (c) the exercise of a supervisory jurisdiction which enables monitoring of its own decisions and
- d) compliance with the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights on SERs.

In spite of recognizing the limits and political-institutional challenges of the proper incorporation of the judicial initiative to effect fundamental rights based on the recognition of the *Unconstitutional State of Affair* by the STF, in view of the current Brazilian institutional arrangement, the validity of the is betting on this judicial experimentalism, with reason in view of Colombian doctrine and jurisprudence, reinforcing that said institute contributes to the necessary strengthening of deliberative democracy in the praxis of the Justice System, as well as to the effective implementation of fundamental rights historically evaded by state inertia.

On the contrary, it hopes to stimulate the elaboration of new empirical researches, especially through the adoption of the study. This research is not intended to generalize to other cases of collective judicial litigation, especially when supported by small-n analysis. in order to collaborate in the (re) construction of medium-range theories that penetrate more acutely in the identification of specific mechanisms pertinent to constitutional phenomena.

It should be stressed that explanations for causal mechanisms presented here do not encompass all the complexity of the phenomenon, since in addition to several other mechanisms acting together, a given mechanism may have a higher density in one case than in another. However, the purpose of this study to outline them is to contribute to the reflection and understanding of the institutional activity of the Constitutional Powers, given the current institutional design.

Careful not to reproduce the gap between judicial practice and social demands, the study aims to pave the way for a greater vocalization of indigenous peoples and other vulnerable peoples in the Brazilian political agenda, based on the demand for the re-dimensioning of the institutional design that to ensure the effective realization of fundamental rights beyond the courtroom.

References

Aguilar Castillo, j.f.; Bohorquez, v. y Santamaria, c. (2006), El Estado de Cosas Inconstitucional: Aplicación, balance y perspectivas, *Revista Temas Socio-jurídicos*: Revista da Universidad Autónoma de Bucaramanga, Bucaramanga, v. 24, n° 51, p. 197-218. Available at: <<http://revistas.unab.edu.co/index.php?journal=sociojuridico&page=article&op=viewArticle&path%5B%5D=2075>>. Accessed on: Oct. 2nd, 2015.

Beyond the Courtroom: The impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. (2011) *Texas Law Review*, Vol. 89, pp. 1669-1698.

Brasil. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. População indígena (2010) Available at: <<http://indigenas.ibge.gov.br/graficos-e-tabelas-2>>. Accessed on: May 14th, 2014.

Campos, C.A. (2015), O ativismo judicial contemporâneo no Supremo Tribunal Federal e nas Cortes estrangeiras, Paper preparado para a X Semana de Direito na Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, mimeo. Available at: <https://www.academia.edu/12379284/O_ativismo_judicial_contempor%C3%A2neo_no_STF_e_nas_Cortes_estrangeiras>. Accessed on: Jun. 10th, 2015.

Carvalho, Ernani Rodrigues, (2004), Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, nº 23, p. 115-126, Available at: <<https://doi.org/10.1590/S0104-44782004000200011>>. Accessed on: Jan. 10th, 2015.

Case study research: Design and methods (2014), 5ª ed. Thousand Oaks, CA: Sage Publishin.

Conselho Indigenista Missionário Cimi (2010), Relatório Violência contra os Povos Indígenas no Brasil – Dados de 2012, Brasília. Available at: <<http://www.cimi.org.br/pub/viol/viol2012.pdf>>. Accessed on: Feb. 15th, 2014.2

Consultoría Para Los Derechos Humanos y el Desplazamiento Codhes (2010), ¿Consolidación de qué? Informe sobre desplazamiento, conflicto armado y derechos humanos en Colombia en 2010. Available at: <<http://alfresco.uclouvain.be/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/fb3e9c4f-9ea0-4948-8dc5->

19cf6e877993/CODHES%20informe%202010%20-consolidacion%20 de%20qu%C3%A9-.pdf>2. Accessed on: Feb. 15th, 2014.

Costa Júnior, A. (2013), *Judiciário e política regulatória - um estudo de caso sobre o papel das cortes e dos juízes na regulação do setor de telecomunicações*. 2007. 273 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília. Available at: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3225/1/2007_Alvaro-PereiraSampaioCostaJunior.PDF>. Accessed on: Feb.16th, 2015.

Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC), *Los pueblos indígenas en América Latina: avances en el ultimo decenio e retos pendientes para la garantía de sus derechos*. Available at: <<http://www.cepal.org/es/info-grafias/los-pueblos-indigenas-en-america-latina>>. Accessed on: Jun. 10th, 2015.

Gargarella, R. ; Courtis, C. , (2009), *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, CEPAL - Serie Políticas Sociales, nº 153, Santiago (Chile): Nações Unidas,. Available at: <<https://repositorio.cepal.org/handle/11362/6162>>. Accessed on: Jul. 5th, 2014.

George, Alexander L. and Bennett, Andrew. (2005), *Case Studies and Theory Development in the Social Sciences*, MIT Press, Harvard.

Joaquim, A.P . (2013), *Direito constitucional indígena: uma análise à luz do caso Raposa/Serra do Sol*,69 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. Available at: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-09122013-145825/>>. Accessed on: May 20th, 2013.

Orum, A. M. (2001), *Case Study: Logic*. In: *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, p. 1509-1513, Oxford: Elsevier Science. Available at: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/B0080430767007506>>. Accessed on: Jan. 09th, 2015.

Organization of American States (OAS), Inter-American Commission on Human Rights. Report N°. 125/10. Petition 250-04. Raposa Serra do Sol Indigenous People. Brasil. Available at: <<http://www.cidh.org/annualrep/2010eng/BRAD250-04EN.DOC>>. Accessed on: Jan. 19th, 2014.

Peñaranda, M.L. (2016), *Dejando atrás la Constitución del litigio incluyente. El reto de la paz como bienestar social*, Bogotá. Available at: <<http://seminariogargarella.blogspot.com.br/2016/07/conmemorando-la-constitucion-de-1991--un.html>>.

Accessed on: Jul. 18th, 2016.

Quintero Lyons; Navarro Monterroza & Irina Meza (2011), La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable em Colombia, *Revista Mario Alario D'Filippo*, v. 3, n.1, p. 69-80,

Rezende, Flávio da Cunha. (2011), Razões Emergentes para a validade dos estudos de caso na ciência política comparado, In: *Revista Brasileira de Ciência Política*, v. 6, p. 297-337.

Ríos-Figueroa, Julio. (2009), The institutional setting for constitutional justice in Latin America. APSA 2009 Toronto Meeting Paper. Available at: <<http://ssrn.com/abs-tract=1450840>>. Accessed on: Jan. 24th, 2015.

Rodríguez Garavito, C. (2009), Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional, In: Rodríguez Garavito, César (Coord.). *Más allá del desplazamiento: políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes.

Rodríguez Garavito, C.; Kauffman, C. (2014), *Making Social Rights Real: implementation strategies for courts, decision makers and civil society*. Bogotá: Centro de estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia. Available at: <http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.639.pdf>.

Rodríguez Garavito, César; Rodríguez Franco, Diana (2010), *Courts and social change: how the Constitutional Court transformed forced displacement in Colombia*, Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia.

Radical Deprivation on Trial: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in the Global South (2015), 1ª ed. Cambridge: Cambridge University Press.

Silva, F.; Cunha, E.. (2014), Process-tracing e a produção de inferência causal. Teoria e Sociedade, *Revista dos Departamentos de Antropologia e Arqueologia, Ciência Política e Sociologia da UFMG*, V.22.2, Dossiê - Metodologias, pp. 104 – 125.. Available at: <<http://www.fafich.ufmg.br/revistasociedade/index.php/rts/arti-cle/view/192/139>>.

Accessed on: Jan. 15th, 2016.

United Nations (2009), *State of the World's Indigenous Peoples*, 238 p., New York: DESA. Available at: <http://www.un.org/esa/soc-dev/unpfii/documents/SOWIP/en/SOWIP_web.pdf>. Accessed on: Feb. 13th, 2014.

Uprimny, Rodrigo. (2011), The recent transformation of Constitutional Law in Latin America: trends and challenge, *Texas Law Review*, v. 89, p. 1587-1609. Available at: <<http://www.texaslrev.com/wp-content/uploads/Uprimny-89-TLR-1587.pdf>>. Accessed on: Sep. 3rd, 2014.

Uprimny, R.; García-Villegas, M.. Tribunal Constitucional e emancipação social na Colômbia.(2002), In: Santos, Boaventura de Souza (ed.). *Democratizar a democracia., Os caminhos da democracia participative*, Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, pp. 298-339.

Uprimny, R.; Sánchez, N. C. (2010), Los dilemas de la restitución de tierras en Colombia. *Revista Estudios Socio-Jurídicos* ,12, pp. 305-342. Available at: <<http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v12n2/v12n2a10>>. Accessed on: Aug. 12th, 2015.

Valle, Vanice Regina Lírio do; Gouvêa, Carina Barbosa.(2014), *Direito à moradia no Brasil e na Colômbia: uma perspectiva comparativa em favor de um construtivismo judicial*, In: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI, Florianópolis. Direitos sociais e políticas públicas I: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI, Florianópolis: CONPEDI, pp. 219-245.

Van Evera, S. (1997) *Guide of methods for students of Political Science*, Cornell University Press, 144p.

Vieira, José Ribas e Bezzerra, Rafael. (2015), *Estado de coisas fora do lugar (?)*. Jota, Brasília,. Available at: <<http://jota.info/estado-de-coisas-fora-lugar>>. Accessed on: Oct. 13th, 2015.

Yin, Robert K. (2010) *Estudo de caso: planejamento e métodos*, Trad. Ana Thorell. 4ª ed. Porto Alegre: Bookman.

El valor público de la litigación privada.

Una mirada crítica hacia la privatización de la justicia civil

The public value of private litigation.

A critical approach to civil justice privatization

Carlo Vittorio Giabardo¹

RESUMEN: Este artículo examina, desde un punto de vista crítico-teórico, las implicaciones de la creciente pérdida de relevancia del proceso civil público a favor de medios privados e informales de resolución de las disputas (la llamada “privatización de la justicia civil”). Subrayando la revolución ideológica en el concebir la disputa, y en la forma de resolverla, como un fenómeno esencialmente privado, el propósito del artículo es reafirmar y argumentar el necesario valor público del proceso civil como componente esencial de la Rule of Law. En particular, reelaborando algunas críticas a la tendencia a la privatización que se han hecho recientemente en el contexto del common law, se destacarán las conexiones entre proceso civil público y democracia, la evolución social del sistema jurídico y los valores de la seguridad jurídica y de la igualdad de trato.

PALABRAS CLAVE: Proceso civil; justicia pública; ADR; Rule of Law

ABSTRACT: Aim of the article is to analyse -from a critical standpoint- the theoretical implications caused by the loss of centrality of public civil adjudication in favour of private and informal alternative means of dispute resolution (so-called “privatisation of civil justice”). By highlighting how looking at controversies and their modes of resolution as essentially private phenomena entails a genuine ideological revolution, this article will re-state and argue for the public value of adjudication as an essential and crucial component of the Rule of Law. Specifically, by reflecting upon some recent critical views advanced in the common law legal literature on the privatisation of dispute resolution, it will stress the deep connections between public adjudication and democracy, the social evolution of legal systems, and the values of legal certainty and equality of treatment.

KEYWORDS: Civil adjudication; public justice; ADR; Rule of Law

¹ Investigador Postdoctoral “Juan de la Cierva” en Filosofía del Derecho, Universidad de Girona, Cátedra de Cultura Jurídica. Doctor en Derecho Procesal por la Universidad de Turín, Italia (2016) y Profesor en el Máster de Derecho Procesal, Pontificia Universidad Católica del Perú (2020). Este trabajo extiende y desarrolla algunas consideraciones que he presentado en un seminario a la Universidad de Girona, Cátedra de Cultura Jurídica (mayo de 2019). Agradezco a todos los miembros e investigadores de la Cátedra de Cultura Jurídica por las sugerencias y ocasiones de debate (y en particular a Renzo Cavani y Marco Segatti), a Alejo Giles y a los *referees* anónimos. Algunas de las observaciones planteadas aquí también se han examinado además en Giabardo (2020a). E-mail: carlovvittorio.giabardo@udg.edu.

Introducción

Una de las revoluciones más significativas ocurridas en los últimos años en el contexto del derecho procesal civil se refiere a su privatización. Me refiero con esta expresión a la gradual pero constante falta de centralidad del proceso civil público -es decir de aquella institución regulada en sus formas por la ley y que termina con una decisión autoritativa (también pública) de un juez estatal que aplica el derecho a los hechos correctamente establecidos- a favor de varias técnicas alternativas de resolución de las controversias (ADR), es decir mecanismos informales y confidenciales que se concluyen no con un orden que se impone a las partes, sino con un acuerdo facilitado en varios modos por sujetos terceros, y que no es el resultado de la aplicación del derecho a hechos normativos (es decir, aquellos hechos tomados en consideración por las disposiciones aplicables) sino el encuentro de las voluntades de las partes, y que por esta razón es rigurosamente secreto (llamadas medidas “autónomas” de resolución del litigio²).

Hay que subrayar que esta evolución no es una característica de una particular cultura jurídica o de una particular área del mundo, sino que es genuinamente global, en el sentido de que todas, o casi todas, las mayores jurisdicciones del mundo están adecuándose al nuevo credo de la privatización de la justicia. Desde los Estados Unidos hasta Inglaterra (donde esta tendencia es históricamente más marcada y evidente), hasta los otros países de la familia de common law; desde aquellos que forman parte de la Unión Europea -tanto bajo la presión de actos normativos de nivel europeo, como de nivel doméstico-, hasta aquellos de América Latina³. Aunque con diferentes intensidades, la política general de las reformas procesales de los últimos años va en la clara dirección de favorecer siempre a más la resolución de las controversias en forma extrajudicial, tanto antes que el juez pronuncie la sentencia (es decir, favoreciendo la salida del litigio desde la arena procesal) como aún antes de acceder a los tribunales.

Por supuesto, técnicamente este objetivo es alcanzado de las más diversas formas; por ejemplo configurando sanciones procesales para la parte, aunque sea ganadora, que sin una razón válida haya rechazado o no haya colaborado a la definición cooperativa del litigio (como ocurre en Inglaterra); o a través de la presencia de un tentativo obligatorio de mediación ex lege u ordenado por el juez (court-mandated mediation)⁴. Pero no es este el aspecto que se pretende examinar aquí.

Más bien, en lo que queremos centrar nuestra atención es en el hecho de que la privatización de la resolución de conflictos es el valor prioritario de las políticas actuales

² En este artículo, entonces, tomaré en consideración la contraposición entre proceso civil público, por un lado, y medidas alternativas *autónomas*, por otro, dejando a parte el arbitraje, lo cual -aunque alternativo a la justicia civil pública- se configura, así como el proceso, como un medio *heterónimo*. Acerca de esta distinción, cf. Luiso (2011).

³ Pérez Ragone, Copani (2006).

⁴ En el sentido de que, para algunos asuntos, las partes están obligadas a asistir a una sesión de mediación -antes del inicio del proceso- bajo pena de improcedibilidad de la demanda judicial. Por supuesto, no se requiere que se llegue a un acuerdo (ni podría serlo), sino solo que las partes se comprometan efectivamente, de buena fe, a buscar una solución amistosa. Sólo después de haber realizado este intento sin éxito, será posible acceder a la vía judicial (ver, en Italia, el art. 5 comma 1 *bis*, Decreto Legislativo nº 28 de 2010 y modificaciones posteriores). Véase Luiso (2019).

de la administración de la justicia, una tendencia fundamental de nuestra época jurídica que merece -en mi opinión- una reflexión teórico-crítica que vaya más allá de los aspectos técnicos y que tenga en cuenta, en cambio, su significación ideológica, política y, en general, genuinamente filosófica⁵. Dado que esta tendencia es de carácter general, la reflexión crítica también debe tener la misma ambición. De hecho, la privatización de la justicia civil tiene repercusiones "sistémicas" que son en cierto modo subversivas en varios aspectos del derecho tal como lo conocemos (referente, por ejemplo, al rol del conflicto en la sociedad, a la evolución social del sistema jurídico, a la certeza del derecho, al concepto de justicia, etc.) y que difícilmente pueden subestimarse. Sin embargo -con algunas excepciones notables- las implicaciones teórico-filosóficas de esta revolución no han recibido la atención que merecen ni por parte de los estudiosos del proceso civil ni de los filósofos de la tradición continental. Los estudios sobre el tema se centran principalmente en las dimensiones prácticas, sin emprender una investigación de largo alcance sobre lo que significa este cambio de atención y qué valores están en riesgo si se privatiza la justicia.

Esta insuficiencia de reflexión crítica en el contexto del derecho continental no debe sorprender y tiene, creo, una razón histórica. En el mundo del common law la privatización de la resolución de conflictos (al menos en el sentido moderno) es de hecho un movimiento a más largo plazo, del que se puede decir que se inició "culturalmente" en los Estados Unidos, a partir de finales de la década de los 70, convencionalmente con la famosa Pound Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice⁶. Sin duda en el área continental este cambio es mucho más reciente y menos impactante, al menos hasta ahora, y quizás aún no había llegado el momento de investigar su significado teórico. Sin embargo, creo que muchas de las críticas que se hacen a esta tendencia dentro del mundo del common law son válidas en general y extensibles (aunque con las aclaraciones que se harán) al mundo del civil law.

La reflexión crítica sobre este movimiento se justifica ahora aún más si tenemos en cuenta que muchos de los partidarios de la privatización de la justicia civil logran comunicar sus ideas sobre el derecho y la justicia de una forma no solo altamente efectiva sino, diría yo, hegemónica. Esta labor de comunicación ocurre mayoritariamente bajo el silencio de quienes, por el contrario, creen en la función insustituible de un sistema público de justicia, es decir, en el valor público del proceso. Reequilibrar y, por así decirlo, despertar la atención sobre esta función (o estas funciones) y sobre este valor es el propósito de este artículo.

Estructuralmente, por tanto, la crítica que pretendo hacer a la privatización de la justicia civil en este artículo será indirecta. Indirecta en el sentido de que partirá de que el proceso civil público desempeña algunas "funciones sociales" -tanto externas al

⁵ Este "alcance subversivo" de la privatización de la justicia civil lo tomé en consideración en dos trabajos anteriores, en los que me enfoqué, de manera más limitada, en las consecuencias sobre la evolución del derecho privado. Ver, *si vis*, Giabardo (2018; 2017).

⁶ Sobre el origen del movimiento de los ADR, Menkel-Meadow, 2000.

sistema jurídico como internas al mismo, en el sentido que se especificará- que solo éste puede realizar, y que también es importante que se lleven a cabo en un moderno estado de derecho. La pregunta que guía nuestra investigación es: "¿Qué perderíamos en un mundo en el cual la justicia estuviera totalmente privatizada?" (Burns, 2011). Desde un punto de vista metodológico, por lo tanto, la perspectiva que se adopta será no sólo descriptiva, sino, sobre todo, explícita y abiertamente normativa.

Este trabajo se dividirá en dos partes.

En la primera describiré brevemente el panorama actual caracterizado por la tendencia a la privatización de la justicia, destacando la existencia, en varios niveles, de una verdadera retórica "política" dirigida a potenciar los aspectos positivos de los ADR y a enfatizar, en cambio, solo los negativos del proceso, aislando el núcleo más esencial de esta ideología (aps. 2 y 3).

En la segunda parte, sin embargo, centraré la atención en ciertos aspectos del valor público del proceso. En particular, analizaré el valor público del proceso bajo tres dimensiones distintas, aunque relacionadas, a saber: (a) el proceso público y los valores democráticos, (b) el proceso público y la evolución social del derecho y (c) el proceso público y el valor de la justicia formal, que se articula, a su vez, en el fin "político" de la seguridad jurídica y en el fin "moral" de la igualdad de trato de situaciones que son -a los ojos de la ley- iguales (aps. 5, 6 y 7).

1. La guerra contra el proceso entre retórica y reformas de los últimos años

El punto del cual pretendo partir es la existencia de un fenómeno social que parece innegable, es decir que el proceso civil está siendo atacado. Tanto desde un punto de vista retórico como pragmático, la justicia pública es objeto de críticas que no conocen precedentes. Representado como largo, costoso, psicológicamente estresante, complejo, con resultados inciertos, el proceso parece tener solo características negativas. En 2015, el Pound Civil Justice Institute, el prestigioso organismo de investigación estadounidense para el estudio de la justicia civil, tituló su simposio anual (celebrado en la Emory School of Law, Atlanta) "The 'War' on the U.S. Civil Justice System", para indicar que habría una verdadera guerra contra la justicia civil⁷. Incluso siendo el contexto del simposio estadounidense, el fenómeno del que da cuenta es ciertamente generalizable.

En los últimos años, a nivel global, innumerables reformas, iniciativas, proyectos, propuestas han intentado incentivar, si no forzar, la resolución de disputas entre particulares a través de diversas formas de resolución alternativa, consensuales y confidenciales, y al mismo tiempo desalentar el acceso a los tribunales. Esto también en el contexto de un impulso contemporáneo cada vez mayor e imparable hacia la virtualización de la resolución de conflictos, es decir, la búsqueda e implementación de

⁷<http://www.poundinstitute.org/content/what-we-do/academic-symposium/2015-academic-symposium/>

mecanismos que se desarrollan íntegramente online (cd. Online Dispute Resolution) y que -muy a menudo, y especialmente para controversias de valor económico modesto o incluso medio- no implican la participación de un juez ni una decisión de acuerdo con el derecho⁸.

Como ya se mencionó, esta tendencia en general es particularmente marcada en las dos principales jurisdicciones de common law, donde se está llevando a cabo una "relocalización" real de la actividad de resolución de disputas de lo público a lo privado (Resnik, 2015). En los Estados Unidos, se estima que menos del 1 por ciento de las controversias terminan en una decisión judicial, y en Inglaterra esta cifra es ahora de alrededor del 3 por ciento. Se habla entonces de la desaparición del proceso (Langbein, 2012), del réquiem de las normas procesales (Resnik, 2014), y de la muerte de la justicia pública (Burns, 2009; Resnik, 2003).

En Estados Unidos, el profesor Marc Galanter -uno de los estudiosos más originales de las dinámicas de la justicia- en un artículo que ahora se ha convertido en un "clásico", y luego en muchos otros estudios posteriores, acuñó la expresión "vanishing trial", es decir "proceso evanescente" (Galanter, 2004). En Inglaterra, la profesora Hazel Genn -teórica de la justicia civil inglesa, y ex decana del University College de Londres, donde dirigió el Access to Justice Institute- habla de la privatización de la justicia civil como una mutación que comenzó con las reformas del proceso civil inglés de finales de los noventa (las llamadas "Reformas Woolf", del nombre de su padre, Lord Woolf) y que luego continuaron gradualmente sin cesar hasta la actualidad (Genn, 2013; 2012; 2009).

Estas dos expresiones capturan las dos caras del mismo fenómeno: por un lado el desmantelamiento de un sistema de justicia civil público y accesible, por otro lado la "externalización" (outsourcing) de la función de resolución de controversias a entidades privadas que tienen la tarea de facilitar la llegada a un acuerdo entre las partes.

Esta transformación es una realidad hace varios años en todas las demás jurisdicciones common law (y en particular en Canadá⁹ y Australia¹⁰), y ahora favorecer la resolución extrajudicial de las disputas es una prioridad de las políticas actuales de la administración de la justicia también en los países europeos (tanto a nivel central como por iniciativas de los estados), inspiradas por la exigencia de la desjurisdiccionalización, es decir, de "sacar" de la jurisdicción lo que antes le pertenecía. Basta solo con pensar, a modo de ejemplo, en los distintos actos normativos que se han producido en la última década: a nivel europeo, la Directiva 2013/11/UE sobre ADR para las disputas entre consumidores, el Reglamento 2013/524/UE sobre Online Dispute Resolution, las Directiva 2008/52/CE sobre la mediación de los litigios transfronterizos en materia civil y mercantil. En Italia, en particular, cabe señalar la introducción de la llamada "mediación dirigida a la conciliación" (Decreto Legislativo n. 28/2010) como condición de admisibilidad de la demanda judicial, la introducción de la negociación asistida gestionada por abogados (Ley de 10 de noviembre de 2014, n. 162, según el modelo

⁸ Anderson, 2019.

⁹ Farrow, 2014.

¹⁰ Justice Hayne AC, 2008.

francés de la *procédure participative*), así como las recientes propuestas para su fortalecimiento¹¹.

Más allá de los datos técnicos, por tanto, está claro cómo la tendencia a la privatización, nacida y desarrollada primero en Estados Unidos, se ha extendido al resto del mundo, lo que la convierte en un excelente ejemplo, quizás el más emblemático de todos, de globalización jurídica genuina y auténtica (Nader, 1999).

Lo que creo importante es resaltar que en todas partes estas reformas han ido acompañadas de prácticas discursivas, expresiones, narrativas, formas de describir la realidad, en una palabra, de una retórica que tiende a representar el proceso civil de manera eminentemente negativa (es decir, negativa tanto para las partes como para toda la sociedad) y, al mismo tiempo, representa los métodos alternativos de manera positiva, no solo para quienes inician estos procedimientos, sino también para el ordenamiento jurídico en su conjunto. En resumen, es una retórica que -como se ha dicho eficazmente- retrata el proceso como una enfermedad y los ADR como la cura (críticamente, así Edwards, 1986).

Estas narrativas, por tanto, tienen un valor genuinamente político, es decir, no neutral: sirven para preparar, primero, y luego justificar todas aquellas reformas que han tenido y tienen la clara intención de desviar la resolución de controversias de la "esfera pública" y redirigirlas en el ámbito privado y secreto (Luban, 1995). Y esto no solo por el hecho (práctico, superficial) de que el proceso civil sería un servicio demasiado caro o demasiado ineficiente, y que la administración de la justicia también se ha visto afectada por las políticas de austeridad propias del neoliberalismo, por las cuales es la demanda de justicia que debe adaptarse a las posibilidades de oferta (Sorabji, 2015), sino -con mucha más profundidad teórica- argumentando que la disputa "pertenece" por naturaleza a las partes, y sólo a ellas, y que por tanto son estas últimas, y sólo estas últimas, quienes deben poder decidir si y cómo resolverla (Menkel-Meadow, 1995). El conflicto, según esta lectura, es un asunto privado y, por tanto, el método para resolverlo también debe serlo. Lo cual, lejos de representar una realidad de la naturaleza o una verdad auto-evidente, más bien refleja el fruto de una elección política precisa o, si se prefiere, de una visión ideológica (como la misma Menkel-Meadow reconoce abiertamente) que a lo largo de la historia y de los lugares se repite como consecuencia de las distintas articulaciones de la dinámica entre lo público y lo privado en la administración de justicia (Damaska, 1986¹²).

Volvamos al ataque al proceso. Por supuesto, no se puede decir que las críticas sobre la forma en que funcionan los procesos sea un fenómeno nuevo. Hacer valer nuestros derechos en los tribunales nunca ha sido una experiencia agradable; Chiovenda ya se quejaba de la excesiva duración de los juicios civiles y, yendo más atrás, la novela *Bleack*

¹¹ Para una revisión actualizada del estado de los ADR en Italia, consulte Silvestri, 2020.

¹² Por lo tanto, se podría argumentar que la visión moderna de los ADR es muy similar a la "liberal" del proceso que se desarrolló a partir de la segunda mitad del siglo XIX y que llegó a su plenitud y madurez con la obra de Adolf Wach, y luego cedió gradualmente a la visión "social" (pública) de la justicia civil, gracias al trabajo de Franz Klein; para la evolución del proceso liberal en social, cf. Carratta (2017) y Picardi (2011).

House de Charles Dickens immortalizó las ineficiencias de la Court of Chancery en el Londres de mediados del siglo XIX. Sin embargo, lo que ha cambiado hoy en día es la calidad, la intensidad y, en cierto sentido, la visibilidad de estas críticas. La ofensiva contra el proceso civil es ahora, por así decirlo, institucional, oficial. Paradójicamente, está bien presente en la esfera pública. Es el legislador mismo, son los jueces de varios niveles, son los exponentes de las instituciones, los académicos, los miembros de las profesiones jurídicas, los practicantes del derecho quienes contribuyen a este ataque. Y esto es, en cierto sentido, paradójico. Si por un lado el ordenamiento jurídico parece depositar mucha confianza en las capacidades de la ley, como se desprende del creciente uso de la legislación para resolver problemas sociales, por otro, muy contradictoriamente, intenta escapar por todos los medios a la hora de aplicar el derecho. El crecimiento incontrolado de las reglas jurídicas contrasta abiertamente con la tendencia a privatizar su enforcement (Gardner, 2018).

2. La ideología del privatismo en la resolución de conflictos

Hasta aquí la *pars destruens* de esta retórica. Pero, ¿cuál es su *pars costruens*? ¿Cuál es el mensaje que se transmite en su núcleo más esencial? Identificar y aislar el fundamento de este mensaje es de hecho indispensable para poner de manifiesto con qué valores se contrapone.

La superioridad de los ADR no solo se afirma en un nivel de eficiencia económica, sino también en un nivel de valores. Los defensores de los ADR no solo argumentan que los mecanismos alternativos son más rápidos, menos costosos, más eficientes (es decir, mejores según criterios cuantitativos) sino, de manera más decisiva, que son mejores desde un punto de vista cualitativo. Esta, por así decirlo, "superioridad moral" de los mecanismos alternativos (y de la mediación en particular) gira en torno a un concepto clave, que es la insistencia en la naturaleza privada del procedimiento. Este es realizado por individuos y para individuos, y todo se centra en las necesidades individuales y personales de los litigantes. Ninguna otra necesidad pública, exterior, externa, extraña tiene la ventaja. Ninguna "generalización", ningún "interés general" encuentra espacio.

El valor supremo es el de la autonomía, en el doble sentido de autodeterminación (*self-determination*) y autorrealización (*self-fulfillment*), es decir, la expresión completa y plena de todo el potencial personal (*self-empowerment*). "Para nosotros y para los colegas con los que hemos trabajado durante muchos años" -dicen Robert Baruch Bush y Joseph Folger, los principales teóricos de la *transformative mediation* en la resolución de conflictos- "nuestra primera premisa siempre ha sido que la autodeterminación, o lo que llamamos empoderamiento, es el valor central y supremo de la mediación" (Baruch Bush, Folger, 2015 p. 742, mi traducción; ver también 2010; 1994). Las partes son los dueños de su disputa; de hecho, más: son los jueces a la vez. Ya Lon Fuller -que más que otros filósofos se ha ocupado de la mediación desde el punto de vista de la teoría del

derecho- afirmaba que la "moralidad específica" (inner morality), o sea el rasgo distintivo que constituye el mérito y fundamento de la mediación, reside precisamente en su capacidad de "reorientar a las partes una hacia la otra, no imponiéndoles reglas sino ayudándoles a lograr una percepción nueva y compartida de su relación", la cual "les permita elaborar sus propias reglas" (Fuller, 1971, p. 326, mi traducción).

Este "empoderamiento" de los litigantes se traduce en el claro rechazo del formalismo tanto durante el procedimiento como en la construcción de la determinación final. Este es un punto de suma importancia. En la teoría de los ADR, el formalismo se concibe como algo que se interpone en el camino, que dificulta la búsqueda de una solución. Las formas son vistas como algo externo, que se impone a las partes y limita sus capacidades. Se las considera un obstáculo, más que una ayuda, una barrera, más que una garantía, para el logro de una solución justa del conflicto.

De hecho, en los ADR las partes pueden ir mucho más allá de lo que les ofrece el derecho. Por supuesto, no podrán desconocer por completo el derecho (y en particular las normas imperativas), y de alguna manera deben tenerlo en cuenta. Pero, como se dice, el acuerdo se negocia sólo *in the shadow of the law*, a la sombra del derecho (Mooking, Korhauser, 1979); esto significa que el derecho es, por tanto, sólo uno de los muchos factores, y ciertamente no el más importante, que debe tenerse en cuenta. Las partes pueden construir su decisión independientemente de cómo lo hubiera decidido un juez, sin preocuparse de quién tendría razón, y quién no, según el derecho, es decir, según reglas preestablecidas válidas para todos (críticamente, Coleman, Silver, 1986).

Por esta razón, los teóricos de las ADR insisten fuertemente en el hecho de que la mediación (y los otros medios autónomos), rechazando el formalismo, procuran una *warmer justice*, una justicia más cálida, más "acogedora" (Smith, 1978; en la literatura italiana, Resta, 2004); por el contrario, es frecuente la afirmación de que la justicia formal (entendida como justicia infligida) no es un valor superior a la paz, que sería sin embargo el verdadero propósito del proceso (Menkel-Meadow, 2013; 2006).

En este sentido, el frecuente paralelismo, por parte de los estudiosos anglosajones, entre la práctica del *settlement* actual y el concepto de *Equity* tal como se ha desarrollado históricamente para remediar la dureza formal y las injusticias del *Common Law* en sentido estricto, no debería sorprender. Los ADR serían hoy para el derecho lo que la *Equity* fue para el *Common Law*, pero aún más potenciados, fortalecidos (Main, 2005; Nolan-Haley, 2018; 2004; 1996). Ambas ideologías, aunque a distintos niveles, comparten la opinión de que el formalismo de las reglas, con sus características de fijeza e inexorabilidad, es una barrera a la justicia, y que esta última, para ser verdaderamente tal, debe ser, en un algún sentido, creativa (de *remedial creativity* habla Menkel-Meadow 2001; 1984).

Así, se entiende bien -como se ha argumentado correctamente- que los ADR no son tanto, o no solo, mecanismos alternativos al proceso, sino más radicalmente alternativos al derecho, en el sentido de que lo que rechazan es el uso de fórmulas generales y abstractas como herramientas válidas o efectivas para la resolución de las

controversias (Calvo Soler, Ferrer Beltrán, 2004). Por tanto, no solo son formas alternativas de justicia, sino alternativas a la justicia (Luiso, 2011); y la tendencia que, a primera vista, parece ser una fuga desde el proceso es en realidad, más profundamente, una fuga desde el derecho (Ghirga, 2009).

La justicia misma se convierte así en un asunto privado. Justicia es, por tanto, sólo la capacidad de la solución para resolver este problema, y no otros que, a los ojos de la ley, son similares; justicia es la idoneidad para resolver sólo esta controversia específica, con características propias y únicas, de modo que los únicos autorizados a juzgar la bondad del resultado final son estas mismas partes. Ideológicamente, la sociedad o la comunidad, lo que usted prefiera, no tiene interés, ni debería tenerlo, en la forma en que se resuelve una disputa. La justicia aquí ya no se mide en términos objetivos de conformidad con respecto a un modelo legal predeterminado, sino de acuerdo con un parámetro subjetivo de mayor o menor satisfacción.

Volveré a todos estos puntos en las conclusiones, infra par. 7. Por ahora, lo que me interesa subrayar es que la teoría de los ADR habla un lenguaje que es radicalmente diferente, y de alguna manera incluso incompatible, con respecto al del derecho tal como lo conocemos.

3. El proceso civil público como componente esencial de la Rule of Law

¿Qué consecuencias puede tener todo esto?

Demos un paso atrás y consideremos el estrecho vínculo conceptual que existe entre el funcionamiento de los tribunales y el concepto (valor) de la Rule of Law. El tema ha sido estudiado en profundidad por muchos filósofos y teóricos del derecho: por lo tanto, me limitaré aquí a recordar tres pasajes, para mí entre los más significativos al respecto.

Joseph Raz incorpora entre los principios de la Rule of Law aquello para lo cual "se debe garantizar la independencia de los tribunales" (número cuatro) y aquello para lo cual "los tribunales deben ser fácilmente accesibles" (número siete). Permítanme citar aquí el contenido del cuarto principio en su totalidad, porque creo que merece ser meditado:

Está en la esencia de los ordenamientos jurídicos el establecer instituciones jurídicas encargadas, entre otras cosas, del deber de aplicar el derecho a los asuntos que tienen ante sí, y cuyas sentencias y conclusiones sobre el fondo de estos asuntos sean definitivas. Dado que cualquier caso, en cualquier área del derecho, puede estar sujeto al juicio final de los tribunales, es obvio que sería inútil pretender orientar las acciones sobre la base del derecho si cuando ese caso llegue a juicio, éstos no aplicasen el derecho, si no que

actuasen por alguna razón diferente. Se puede decir con aun más fuerza. Dado que el juicio de una corte establece de manera concluyente cuál es el derecho del caso que tiene ante sí, las partes se guiarán por el derecho solo si los jueces lo aplicaran correctamente. De lo contrario, las personas solo se guiarán por sus intuiciones personales (guesses) sobre lo que es probable que hagan las cortes, pero estas intuiciones personales no se basarán en el derecho, sino en otras consideraciones (Raz, 1977, p. 217, mi traducción)¹³.

Y así también el filósofo del derecho Jeremy Waldron destacó la importancia de las cortes y de la existencia de reglas formales procesales para todos aquellos sistemas que quieran adaptarse a los dictados de la Rule of Law. De hecho, de manera más radical, él sostiene que sin cortes, y sin las reglas del proceso civil, sería imposible hablar de un "sistema jurídico" en el sentido propio del término:

Por mi parte, no creo que podamos considerar algo así como un sistema jurídico sin la existencia y el funcionamiento de algún tipo de institución a la que llamamos tribunales de justicia. Con este término me refiero a instituciones que aplican normas y directivas establecidas en nombre de toda la sociedad para casos individuales, y que tienen la tarea de resolver las controversias sobre la aplicación de estas normas. Y sigo refiriéndome a instituciones que lo hacen a través de audiencias (hearings), es decir, eventos regulados en sus formas (formal events) y que están estrictamente estructuradas desde el punto de vista del procedimiento (tightly structured procedurally), a fin de permitir a un sujeto imparcial determinar los derechos y las responsabilidades de las personas de una manera justa (fairly) y eficaz, después de haber escuchado las pruebas y las razones de ambas partes (Waldron, 2011, p. 3, mi traducción).

A menudo, y con razón, también se ha subrayado un factor más, a saber, que no basta, para la Rule of Law, simplemente que los tribunales existan y sean accesibles, eficientes, etc., sino también que impartan justicia públicamente y abiertamente; no

¹³ Sobre este punto, cf. también Gardner (2012: 257) comentando la idea de Raz: "la presencia de las cortes resulta más importante para la existencia de un sistema jurídico que cualquier otra institución. Se puede tener un sistema sin una legislatura, sin fuerzas policiales, sin profesiones jurídicas, es decir, un sistema de derecho puramente consuetudinario, pero no se tiene un sistema jurídico hasta que haya cortes, es decir, instituciones procesales (*adjudicative institutions*) que tienen el deber de administrar un sistema de reglas al que ellos mismos están sujetos" (mi traducción).

sólo en el sentido (obvio) de justicia "abierta a todos", sino en el sentido de "no secreta", es decir, observable desde el exterior. Lo cual, por supuesto, es una característica que los mecanismos alternativos no poseen por naturaleza. Recientemente, este punto ha sido enfatizado, entre otros, por Lord Neuberger, Presidente del Tribunal Supremo del Reino Unido:

La Rule of Law requiere que cualquier persona que tenga un reclamo razonable de buena fe debe tener medios efectivos para que su reclamo sea considerado y, si está justificado, satisfecho, y que cualquier persona que enfrente un reclamo (facing a claim) pueda disponer de medios eficaces para defenderse. Y la Rule of Law también requiere que (...) la determinación de tal reclamo se haga públicamente (in public). Así, los ciudadanos deben tener acceso a los tribunales para que sus reclamos y defensas sean resueltos en público y de acuerdo con el derecho (...). Las cortes existen para resolver disputas y vindicar derechos (vindicate rights), y para hacer todo esto en público (Neuberger, 2013, mi traducción¹⁴).

Esta misma necesidad también fue expresada por William Twining quien afirma que donde no hay publicidad no hay justicia, y que efectivamente la publicidad es el alma más íntima de la justicia porque obliga al juez mismo a estar "en juicio" (1993). Más recientemente, la publicidad del proceso como garantía del estado de derecho también fue analizada por Judith Resnik, profesora de Civil Procedure en Yale y una de las críticas más feroces de la privatización de la justicia civil, refiriéndose al trabajo de Jeremy Bentham (Resnik, 2019; 2013; 2011).

Por tanto, parecería haber pocas dudas, al menos desde el punto de vista conceptual, de que para que un sistema sea compatible con la Rule of Law debe existir un sistema de tribunales de justicia, regulado por la ley, encargado de aplicar el derecho, y que sea accesible y público, cuya actividad beneficia a la comunidad.

Se sigue, a contrario, que un sistema en el que la resolución de las controversias está totalmente (o casi) de hecho privatizada, es decir, donde todas (o casi todas) las controversias se resuelven mediante acuerdos secretos (settlements) y no mediante determinaciones sobre el fondo según el derecho -un "mundo sin juicios" como Marc Galanter (2006) lo definió- iría en contra de los requisitos básicos de la Rule of Law.

Dicho esto de una manera completamente general, ahora se trata de mirar más de cerca y con mayor precisión bajo qué perspectivas se puede manifestar en la práctica este contraste.

¹⁴ Véase también Lord Ryder, 2018.

4. Las "virtudes" del proceso civil. Proceso civil y valores democráticos (a partir de una reciente contribución de Alexandra Lahav)

Como ya se mencionó al comienzo de este trabajo, una forma de mirar críticamente la privatización de la justicia civil es resaltar a contrario la función (o funciones) que el proceso civil público desempeña como tal. En particular, queremos destacar aquí que poner fin a la disputa es solo uno de los propósitos del proceso. Si se demuestra que el proceso hace "algo más" que resolver el litigio y que ese "algo más" sólo puede ser proporcionado por el proceso, entonces los motivos de la crítica estarán implícitos. Esta es la postura indirecta adoptada recientemente por algunos críticos de los ADR.

Entre ellos, la procesalista estadounidense Alexandra Lahav, en un apasionante libro titulado de forma provocativa *In Praise of Litigation* caracterizó -y con muchas buenas razones- el proceso civil ante un juez como una institución promotora de la democracia (democratic-promoting institution, Lahav 2017; 2016). Según esta perspectiva, el proceso, además de resolver la disputa, sería capaz de producir otros bienes públicos (social goods) que solo a través suyo sería posible obtener. Estos "bienes públicos" tienen que ver con el "potencial democrático" de la litigation, que en su mayor parte habría sido marginado en los estudios de la doctrina.

Aunque el trabajo de Alexandra Lahav, que en el mundo procesal civil estadounidense ha tenido mucha resonancia, trata el tema desde un punto de vista original y provocador, ha sido en gran parte marginado en la academia continental, donde sin embargo el debate sobre la función pública del proceso ha sido -al menos en una determinada fase- muy animado (ver Carratta, 2017).

Más concretamente, el argumento de la obra de Lahav es que el proceso civil (a) juega un papel de reconocimiento público del mérito del reclamo a ser discutido (recognition); (b) posee por naturaleza y estructura el carácter de las deliberaciones democráticas; (c) promueve el valor de la transparencia, en el sentido de que la información que de otro modo permanecería secreta se hace pública; de manera más general, a través del proceso se implementa un control público (public accountability) sobre las disputas, tanto en términos de cómo se gestionan como en términos de su solución. Finalmente, (d) permite la participación activa de los ciudadanos en la administración de justicia, a través de su participación en los jurados civiles (una peculiaridad, como se sabe, del sistema estadounidense únicamente).

En primer lugar, a través del proceso -dice Alexandra Lahav- la parte obtiene el reconocimiento público y oficial del mérito de su pretensión de ser discutida abiertamente; y eso incluso si la demanda resulta infundada al final. Ésta en todo caso al menos fue tomada en serio por una institución pública. A través del proceso, la parte tiene la oportunidad de que se declare públicamente que su reclamo merece ser considerado, y quizás incluso que es legítimo. En este caso su bondad quedaría legitimada ante la comunidad. De ello se desprende que el proceso trata a los seres

humanos como auténticos titulares de derechos y, por tanto, en su dignidad fundamental (Lahav, 2016).

En segundo lugar, dado que las partes deben aportar pruebas y argumentos en apoyo de sus afirmaciones, y dado que el juez debe tomarlos en cuenta en cumplimiento del principio del contradictorio, el proceso representa en su esencia una forma de deliberación eminentemente democrática (Lahav, 2016; v. también Sen, 2013). Todo esto es un rasgo distintivo, un sello necesario del proceso. Mientras que en las formas privadas de justicia las partes pueden tanto negociar como simplemente negarse a cooperar, y pueden elegir si dar o no sus propias razones para apoyar sus afirmaciones, que a su vez pueden ser aceptadas o no, en el proceso civil los litigantes deben justificar jurídicamente lo que afirman, y estas justificaciones necesariamente forman la base de los argumentos de la contraparte, en el mismo contexto y en el mismo "lenguaje" común y compartido.

En tercer lugar, a través del trial a veces surgen informaciones que son potencialmente vitales para una sociedad que quiere llamarse sana y democrática. Los procesos a menudo revelan problemas sociales o conductas reprobables que de otra manera permanecerían en secreto; el hecho de que se hagan públicos permite la formación de una opinión pública consciente y, por tanto, permite que los distintos actores y organismos políticos puedan tomar medidas para atenderlos adecuadamente. De hecho, Lahav recuerda correctamente la frecuencia con la que se han realizado reformas jurídicas e intervenciones de los legisladores a partir de procesos, en consecuencia de la participación del "organismo social" en los temas discutidos en las cortes. Para aquellos que conocen el derecho estadounidense, la historia que de forma emblemática les viene a la mente sin duda será la de la Tobacco litigation, en la que el comercio de productos para fumar llegó a ser regulado normativamente sólo después de numerosas iniciativas judiciales por daños contra los productores de tabaco; en este sentido, hablamos de "potencial regulatorio" indirecto de la litigation o, más brevemente, del fenómeno de la regulation through litigation (Kagan, 2019, p. 148; Kysar, 2018).

Esta función está completamente ausente en los ADR, que en cambio se inspiran en el principio opuesto del secreto y de la confidencialidad, lo que generaría un déficit democrático real en aquellos países, o incluso en aquellas áreas de derecho, que están totalmente privatizados. La ideología de los ADR que, como hemos visto, considera el conflicto como algo que sólo concierne a las partes, antepondría el interés privado en el secreto a aquello público, social, en la transparencia. Pero -como nos recuerda Lahav en la apertura de su obra- un conflicto nunca es algo completamente privado, sino necesariamente se ubica en un contexto social: "A lawsuit is the result of a tear in the fabric of society" (la primera frase del libro) no significa otra cosa que la herida, el desgarró (tear) que conlleva un conflicto afecta a todo el tejido (Lahav, 2017, p. 1). Y aquí es muy evidente la similitud -ciertamente inconsciente- entre esta postura contemporánea y el enfoque ideológico del gran teórico del proceso civil austriaco del

siglo pasado Franz Klein (el padre y principal partidario de la "función social" del proceso civil), que tuvo el mérito de enmarcar la controversia, cualquier controversia, como un auténtico problema social (sozial Ubel; ver Carratta, 2017). Si el problema es social, entonces social también debe serlo la solución. Y es precisamente la conciencia de esta "socialidad" la base del profundo carácter democrático del proceso.

5. Proceso civil y evolución social del derecho

El valor público del proceso se manifiesta, sin embargo, también bajo un perfil, por así decirlo, "interno" al derecho mismo. Si bien en realidad la conexión de la que acabamos de hablar, es decir, la que existe entre proceso público y valores democrático-deliberativos, se refiere a una necesidad más política que jurídica, en el sentido de que la vida social, la calidad del debate público y la salud de la democracia se benefician de ella, en la perspectiva que ahora considero aquí el proceso civil es un elemento esencial para el "estado de salud" del derecho, entendido estrictamente como orden jurídico autónomo.

Como una primera aproximación, a través del trabajo de los jueces, llamados a interpretar y aplicar el derecho en los casos que se les presenten, el proceso contribuye de manera decisiva al esclarecimiento de los conceptos jurídicos y a la evolución social del derecho: actividades que trascienden el interés de las partes involucradas y que tienen un claro significado público. Esta función fue formulada por Owen Fiss en su clásico artículo *Against Settlement* (Fiss, 1984), fue nuevamente argumentada por el filósofo del derecho David Luban (Luban, 1995) y luego retomada por Hazel Genn más recientemente (Genn, 2012). Lo que resalta esta crítica es que sin un número adecuado de decisiones (en el sentido estricto del término, es decir, decisiones autoritativas sobre el fondo de los casos) y, por tanto, de procesos, el derecho perdería su efectividad con el tiempo, ya que los jueces ya no tendrían la oportunidad de pronunciarse sobre el significado de las disposiciones, interpretándolas y aclarándolas de vez en cuando, ni tendrían la ocasión de llevar a cabo esa sutil función de adecuar el derecho a la sociedad, función que es innegable que de hecho, muy a menudo, la desempeña el poder judicial.

Todo esto es más que evidente en el universo del common law. El derecho privado del common law, de hecho, sigue siendo en gran parte hoy en día, a pesar del peso creciente de la legislación escrita, un judge-made law, al menos en ciertas áreas del mismo. Sin el aporte adecuado de un case law, el derecho dejaría de desarrollarse, es decir, quedaría anclado a lo que era en el pasado. Por tanto, es de interés de la sociedad, para que el derecho siga siendo certero, eficaz, y capaz de orientar el comportamiento de los ciudadanos, que los jueces (y especialmente los jueces de los tribunales supremos) sigan teniendo la oportunidad de pronunciarse sobre cuál es el derecho en los casos individuales, con valor público y autoritario. Como afirma Hazel Genn con extrema claridad "es inevitable que a medida que aumenta la privatización, disminuyan

tantos precedentes, con la erosión gradual del common law" y que "dar la oportunidad, a través del proceso, a los tribunales de articular el derecho es valioso por sí mismo" (is valuable for its own sake, Genn, 2012). ¿Cómo sería el derecho inglés hoy si la Sra. Donoghue hubiera optado por resolver su disputa a través de la mediación? Ésta es la pregunta que Hazel Genn hace provocativamente, en referencia al famoso asunto Donoghue v. Stevenson que por primera vez, en 1932, estableció la existencia de un deber de diligencia en el derecho de daños, uno de los casos que sin duda marcó la historia del derecho privado inglés (Genn, 2012, p. 22). Y cada uno de nosotros no tendría ninguna dificultad en encontrar una pregunta similar con referencia a su propio ordenamiento.

En definitiva, las sentencias (y por tanto los procesos) son fundamentales para la efectividad del derecho privado, ya que (a) ayudan a esclarecer el alcance de las normas jurídicas en los casos presentes para que las potenciales partes de futuras controversias sepan cómo comportarse en futuras situaciones similares (norm-clarification), y (b) contribuyen al desarrollo social del derecho, "creando", cuando sea necesario y a partir del material normativo existente, nuevas reglas que se adapten a nuevos hechos y nuevos casos, de manera que se adapten a las nuevas necesidades de sociedad (norm-generation)¹⁵.

No pretendo detenerme aquí en la cuestión, que es de teoría general del derecho, sobre la distinción entre estas dos actividades, es decir, en qué medida aclarar el significado de las palabras de las que se forma el derecho no es ya un acto creativo del mismo (que nunca ocurre ex nihilo)¹⁶, ni sobre la legitimidad o no de tales actividades. Lo que importa aquí es solo el hecho de que esto sucede realmente y que es la base del funcionamiento del derecho.

Por supuesto, es claro que este argumento presupone una visión realista del derecho, es decir, la conciencia de que el juez no se limita a aplicar el derecho a los hechos de manera mecanicista y silogística, sino que realiza, a través de su interpretación, a menudo una actividad genuinamente creadora. La cual, si no parece particularmente problemática en el mundo del common law, donde el judicial law making es un rasgo típico y distintivo y ahora reconocido abiertamente¹⁷, podría serlo en cambio en el mundo de civil law. Pero esta incertidumbre debe abandonarse pronto. Desde un punto de vista práctico-fáctico, de hecho, la diferencia entre los dos sistemas (al menos en este punto) no debe ser exagerada. De hecho, parece difícil negar que, al menos a nivel concreto, los procesos también cumplen las dos funciones que hemos mencionado también en los sistemas continentales¹⁸.

Echemos un vistazo rápido, por ejemplo, al derecho de la responsabilidad civil. En Italia, las normas fundamentales en torno a las cuales se basa (casi) todo el sistema son

¹⁵ Para más referencias, Giabardo, 2017

¹⁶ Para esta distinción, véase Bulygin, 1991, p. 355.

¹⁷ El papel y la función de esta característica fueron, nuevamente, recientemente examinados por Lord Hodge, 2019; anteriormente, Lord Reid, 1972.

¹⁸ En este punto, véanse las consideraciones de Chiarloni, 2002; 2001.

el art. 2043 del Código Civil que establece: "todo aquel que cause un daño injusto está obligado a indemnizarlo" y el art. 2059 que establece que "el daño moral debe ser indemnizado solo en los casos determinados por la ley". Ahora bien, es evidente que de la mera lectura de estas dos disposiciones lacónicas es prácticamente imposible hacerse una idea, ni siquiera genérica, de lo que es hoy el sistema de responsabilidad civil en Italia (y el discurso no sería diferente ni en Francia ni en Alemania). El sentido de palabras intrínsecamente vagas como "causar", "daño", "injusto", "moral", etc. es fruto de un desarrollo jurisprudencial que se extiende a lo largo de setenta años, y solo teniendo el dominio de este desarrollo es posible comprender lo que es lícito y lo que no. Y por otro lado: ¿se puede pensar con sensatez que una o dos disposiciones redactadas hace casi ochenta años por sí solas pueden seguir siendo eficaces y responder a las necesidades y sensibilidades modernas? La obvia respuesta negativa la demuestra el hecho de que todas las evoluciones más importantes de la historia de la responsabilidad civil se han llevado a cabo a través de la vía judicial, "interpretativo-creativa"; solo para dar algunos ejemplos, piense en la resarcibilidad del "daño moral", del "daño biológico", del "daño existencial", del "daño a la vida social", y nuevamente a la resarcibilidad de los intereses legítimos, etc. (Giabardo, 2020b).

Es evidente que en un sistema total o mayormente privatizado, esto no sería posible. En tal sistema, la determinación del significado de las disposiciones -que también tienen la capacidad de orientar el resultado de la mediación, aunque solo sea por estar "en las sombras"- quedaría enteramente en manos de las partes litigantes y, por lo tanto, de sus relaciones de poder, con diferentes significados caso por caso y sin que el sentido de las palabras se remonte a "unidad". Y, además, en este caso la sociedad evidentemente no podría beneficiarse de los resultados obtenidos por dos razones fundamentales, a saber: (a) que el acuerdo de las partes no constituye la aplicación de una directiva general a un caso concreto, sino que es inevitablemente afectado por las particularidades de los individuos, sus historias, sus necesidades y, por tanto, nunca generalizable y (b) porque el acuerdo es por naturaleza secreto, conocido sólo por quienes lo ponen en práctica.

5.1. ¿Son las sentencias bienes públicos?

Esto explica cómo un sistema público de resolución de disputas basado en el derecho es necesario para mantener el sistema jurídico, por así decirlo, "en buena forma"; y es bien entendido que la necesidad de mantener el derecho "en buen estado" es un objetivo público que trasciende el interés privado. El derecho vive de los conflictos, sigue siendo efectivo y actualizado gracias a los conflictos y a su proceso de resolución público. Sin esto, el derecho, tarde o temprano, a lo largo, está condenado a la irrelevancia.

En el proceso civil así entendido, por tanto, el interés privado y la dimensión pública se cruzan de manera inseparable e indistinguible. No hay oposición entre los dos

términos, sino una interpenetración, en el sentido de que siempre hay un aspecto público de las elecciones privadas. La opción (que es totalmente personal) entre emprender un proceso o resolver el caso extrajudicialmente tiene un impacto en toda la dinámica del derecho privado influyendo en su trayectoria, y puede empujarlo hacia nuevas direcciones (Giabardo, 2017). En la perspectiva adoptada aquí, los sujetos privados (las partes), al perseguir sus propios intereses en juicio, por lo tanto, cumplen una función pública clave: dan a los jueces la oportunidad de "trabajar" en la ley y, por lo tanto, mantenerla relevante y efectiva. La sentencia sería, entonces, un "bien público" precioso (obtenido sin embargo gracias a, y con la colaboración de, sujetos privados) que ramifica sus efectos a todo el ordenamiento jurídico. Con el proceso, a través de la satisfacción del interés privado, se logra así la satisfacción del interés público, y viceversa (Mulcahy, 2013).

Todo esto, visto más de cerca, no es en absoluto nuevo en la historia de las doctrinas del derecho procesal y, de hecho, a este respecto surgen paralelos inesperados entre juristas pertenecientes a diferentes épocas y diferentes culturas jurídicas. Los grandes procesalistas italianos de orientación publicista comprendieron claramente la interpenetración de estos dos intereses. Emilio Betti, aunque por razones muy diferentes a las aquí consideradas, y enfocándose más bien en el interés público por una solución justa, escribe:

El interés de las partes es solo un medio, mediante el cual se logra el propósito del proceso, ya que el interés privado en conflicto se utiliza como dispositivo impulsor para satisfacer el interés público en la implementación de la ley para la composición del conflicto (mi traducción).

Que la parte que tiene razón gane -prosigue- "no es un interés privado de las partes, sino un interés público de toda la sociedad" (Betti, 1936, pp. 4, 5).

Y Francesco Carnelutti, enfatizando la instrumentalidad del interés privado al público, escribirá que "el proceso civil nunca se hace en el interés de las partes", ya que "el interés de las partes es un medio por el cual el fin público del proceso se lleva a cabo" (Carnelutti, 1936, p. 216) y -con más incisividad aún (y muy provocativamente)- que "el juicio no sirve a los litigantes, sino a los litigantes al juicio" (Carnelutti, 1920, p. 142).

Esta ideología encuentra un eco inesperado en las palabras del filósofo del derecho David Luban quien, en un artículo justamente famoso contra la privatización de la justicia civil, afirma que la "concepción pública" no trata al proceso simplemente como un servicio que el Estado presta a las partes para mantener la paz; más bien, trata a las partes como "ocasiones" para reelaborar el derecho. El proceso -dice Luban- es el retrato de la sociedad y de la política y utilizar a los litigantes como estímulo para perfeccionar el derecho, casi reajustarlo, es un interés público legítimo (Luban, 1995, p. 2638).

Aún desde un punto de vista más general y genuinamente filosófico, todo esto nos enseña algo muy importante: que los conflictos, y por tanto su proceso de resolución pública, son una fuerza positiva que previene el estancamiento y obliga a la búsqueda de nuevas soluciones jurídicas a nuevos problemas. Cada sistema jurídico no es más que el resultado de la solución de los conflictos, y sin conflictos, sin luchas, el derecho permanecería firme, congelado. Que es, además, uno de los legados filosóficos del gran jurista Rudolf Von Jhering, en su obra maestra "La lucha por el derecho" (ed. or., 1872).

6. Conclusiones. Proceso civil, seguridad jurídica, igualdad de trato y justicia formal

Como ya se ha mencionado anteriormente, los ADR son una alternativa no tanto al proceso, sino, mucho más radicalmente, al derecho. Dado que el proceso es en su esencia un procedimiento que tiene por objeto resolver la controversia de acuerdo con el derecho (es decir, de acuerdo con directivas generales y abstractas), la crisis del proceso civil es al mismo tiempo, y no podría ser de otra manera, la crisis del derecho como medios de resolución de controversias (Calvo Soler, Ferrer Beltrán, 2007). Existe un paralelo perfecto entre los dos fenómenos; no se puede hablar de uno sin hablar simultáneamente del otro (Giabardo, 2020a).

Marc Galanter vinculó correctamente la privatización de la justicia civil con el "giro contra la ley" (turn against law) que caracteriza a la modernidad (Galanter, 2002). La "falta de fe" (failing faith) en el proceso -para usar la expresión de Judith Resnik- es por lo tanto un síntoma de la pérdida de la fe en el derecho (Resnik, 1986). Es por ello que incluso en los Estados Unidos, donde el fenómeno es más marcado, los juristas más atentos y sensibles a estos temas hablan al respecto de la erosión del derecho sustantivo (erosion of substantive law, Glover, 2015), de la cancelación de los derechos (erasure of rights, Resnik, 2017) e incluso del verdadero fin del derecho (end of the law, Perschbacher, Bassett, 2004; Gilles, 2016).

Ahora se trata de analizar más de cerca en qué consiste esta crisis.

Consideremos nuevamente los argumentos empleados por los defensores de la privatización de la justicia civil, descritos muy brevemente supra (parte 3). Estos giran en torno al hecho de que los ADR brindan una justicia moralmente superior a la que brinda el proceso (rectius, el derecho) porque (a) no se impone "desde arriba" de manera autoritaria, sino surge de la interacción espontánea de partes, y (2) bien puede ir más allá de lo que dicen las normas en cualquier caso particular. Las partes pueden elegir lo que más les conviene y no lo que ya ha sido elegido por el legislador de una vez por todas.

Ahora, lo que quiero argumentar es que esta forma completamente "privada" de concebir la resolución de conflictos puede tener un efecto fatal en dos valores fundamentales normalmente asociados con los sistemas legales: (1) la certeza jurídica

(en su sentido estricto de previsibilidad del resultado de una hipotética disputa) y (2) la igualdad de trato.

Demos un pequeño paso atrás. El derecho, tal como la conocemos, trabaja para lograr su fin (que es guiar el comportamiento) sometiendo las acciones humanas a reglas, o directivas, que normalmente son generales y abstractas al mismo tiempo, es decir, reglas que idealmente se aplican a todos o a una categoría general de sujetos (generalidad) y que se aplican de manera uniforme a una multitud de casos, es decir a todos los que caen dentro de su ámbito (abstracción). Estos dos componentes forman parte de lo que se ha denominado el "juicio abstracto del derecho" (law's abstract judgment), un rasgo histórico-político tal y como se desarrolla dentro de nuestra tradición (Lucy, 2017; Lucy, 2009a; 2009b).

Esto significa que en nuestro horizonte jurídico las disputas entre individuos nunca son vistas o tratadas en su especificidad y en su pertenencia a personas individuales, sino siempre como parte de un grupo, de una categoría, de una clase más amplia, definida por un elemento, por un hecho común que se generaliza. La justicia exige que toda disputa perteneciente a una misma clase sea resuelta de la misma forma, identificada por la ley de una vez por todas.

Esta forma de funcionamiento del derecho está orientada a la obtención de dos fines muy específicos, uno de carácter político y otro de carácter moral: el primero (el político) es la certeza del derecho, que es la capacidad de cada uno de nosotros de prever las consecuencias legales de las propias acciones; y el segundo (el moral) es asegurar, en la medida de lo posible, la igualdad ante la ley de los sujetos. Intuitivamente: sólo si uno es capaz de saber de antemano en qué categoría cae su comportamiento, podrá cambiar sus acciones si es necesario (propósito político); y sólo si uno percibe que no ha sido tratado de manera diferente a otros individuos que se encuentran en circunstancias similares, considerará justo el trato (fin moral). Estos propósitos han sido descritos magistralmente por Piero Calamandrei:

Sin la ley abstracta, no puede haber en concreto entre los sujetos aquella certeza del derecho que nos permita saber de antemano cuáles son los límites de lo lícito" y que, asimismo, "la ley abstracta es quizás el instrumento lógico a través del cual se manifiesta mejor de forma visible el sentido de solidaridad cristiana e igualdad espiritual que une a los hombres: ya que en la ley no solo se expresa la necesidad de un trato igual garantizada o amenazada a todos aquellos que se pondrán en una determinada condición de hecho, sino el derecho y el deber se afirma siempre en forma recíproca, de modo que cada uno sepa que en el momento mismo en que se afirma su propio derecho, al mismo tiempo reconoce, con base en la propia ley, el derecho del prójimo y su propio deber ante él (...) La formulación abstracta de las leyes significa

precisamente que el derecho no está hecha para mí ni para ti, sino para todos los hombres que vienen mañana a encontrarse en la misma condición en el que yo estoy. Ésta es la gran virtud civilizadora y educadora del derecho. Calamandrei (1940; rist. 2008, p. 84-85) (mi traducción).

Por lo tanto, las reglas del derecho no son más que ejemplos de un caso hipotético cuyas propiedades se encuentran en una multitud de casos en la vida. Para que esto sea posible, por supuesto, las reglas deben tomar en consideración inevitablemente algunos elementos fácticos (por ejemplo, los que ocurren con mayor frecuencia o simplemente los que el legislador considera más relevantes) e ignorar otros; y es precisamente la presencia de este elemento fáctico común lo que hace que dos casos sean similares; similar, por supuesto, a los ojos de la ley.

Y volviendo a nuestro punto. Este "juicio abstracto de la ley" tiene una consecuencia, un impacto muy importante en el proceso civil: en caso de controversia, el juez debe tomar en consideración y evaluar sólo aquellos hechos y circunstancias expresa y explícitamente mencionados por la disposición normativa o por el conjunto de disposiciones. El juez tiene prohibido valorar elementos adicionales como, por ejemplo, las características personales y particulares del demandante, los deseos del demandado, lo que quieren, sus expectativas, etc. (a menos, por supuesto, que ellos mismos sean considerados por la disposición), ni puede tener en cuenta la totalidad de las circunstancias fácticas específicas de ese caso particular, por importantes o relevantes que puedan ser consideradas. Pero es precisamente el hecho mismo de que el juez tenga prohibido hacer todas estas cosas -y el punto es de suma importancia- lo que hace que la decisión sea justa, correcta en el sentido de justa-según-el-derecho, o justa desde el punto formal.

Si miramos de cerca, todo esto contrasta completamente con la visión del derecho y de la justicia típica de los ADR que -como hemos visto- prometen una idea de justicia particular e individualizada. De hecho, en los ADR la disputa que hay que resolver aquí y ahora no se trata como perteneciente a una clase mas amplia, sino como un fenómeno único e irrepetible. Son las partes quienes identifican qué factores de hecho son relevantes para ellos y qué características, deseos y necesidades personales merecen ser consideradas. Incluso las emociones, que siempre son particulares y nunca universalizables por definición, entran en el conjunto de elementos fácticos para la solución de la controversia; Baruch Bush y Folger dirán, "hay hechos en las emociones" (Baruch Bush, Folger, 1996, p. 271).

De ello se desprende que bajo esta perspectiva la justicia no se considera un concepto universal en esencia, sino que está definida por los propios sujetos que son sus protagonistas. La justicia en los ADR es más bien un mosaico, un montaje creativo de muchos fragmentos que se componen de manera diferente (Nolan-Haley, 2018). Por un lado, los asuntos y los settlements anteriores no sirven para la solución de casos futuros; ya no existe seguridad jurídica entendida como previsibilidad ex ante del resultado del

litigio. Por otro lado, la máxima "tratar casos similares de manera similar" en la ideología de los ADR deja de ser un valor que merece ser perseguido, por la simple razón de que -a los ojos de esta teoría- dos casos similares simplemente no existen y por lo tanto tratarlos de la misma forma sería contraproducente y perjudicial. El mensaje simplificado pero efectivo que envían los ADR es este: no hay justicia formal, solo justicia individual, solo justicia ad hoc. El derecho entendido como un conjunto de directivas abstractas y generales no es aquí útil. Pero, cuanto más se rechace el formalismo, menos certeza del derecho e igualdad ante la ley se obtendrá.

Bibliografia

Anderson, D. The Convergence of ADR and ODR Within the Courts: The Impact on Access to Justice. 38(1) Civil Justice Quarterly, 2019, 126.

Baruch Bush, Robert A., Folger, Joseph P. Reclaiming Mediation's Future: Re-Focusing on Party Self-Determination. 16 Cardozo J Conflict Resol., 2015, 741.

---- Taking Self-Determination Seriously: The Centrality of Empowerment. In Joseph P. Folger, Robert A. Baruch Bush and Dorothy J. Della Noce (a cura di), Transformative Mediation: A Sourcebook. Belfast, 2010, 51.

---- Transformative Mediation and Third-Party Intervention: Ten Hallmarks of Transformative Mediation Practice. 13 Mediation Quarterly, 1996, 263.

---- The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment And Recognition'. Jossey – Bass, 1994.

Betti, Emilio. Diritto processuale civile italiano. Roma, 1936.

Bulygin, Eugenio. Sentencia judicial y creación de derecho. En Alchourrón C.E. y Bulygin E., Análisis Lógico y Derecho, Madrid, 1991, 355-369.

Burns, Robert P. What Will We Lose If the Trial Vanishes? 37 Ohio Northern University Law Rev., 2011, 575.

---- The Death of The American Trial. University of Chicago Press, 2009.

Calamandrei, Piero. Fede nel diritto (a cura di S. Calamandrei, con saggi di G. Alpa, P. Rescigno, G. Zagrebelsky), Roma – Bari, 2008.

Carnelutti, Francesco. Sistema di diritto processuale civile, Vol. I, Padova, 1936.

---- Lezioni di diritto processuale civile. Vol. II, Padova, 1920.

Chiarloni, Sergio. Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 2002, 1 – 16.

---- Un mito rivisitato: nota comparative sull' autorità del precedente giurisprudenziale. Rivista di diritto processuale, 2001, 614 – 632.

Calvo Soler, Raul, Ferrer Beltrán, Jordi. “Gli ADR nel diritto: uno sguardo giusfilosofico”, in Varano V. (a cura di), L'altra giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato, Giuffrè, 2007, 107.

Carratta, Antonio. Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo. *Rivista Trimestrale Di Diritto E Procedura Civile*, 2017, 579.

Coleman, Jules, Silver, Charles. *Justice in Settlements*. Soc. Phil & Pol, 1986, 102.

Damaška, Mirjan R. *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*. Yale University Press, 1986.

Edwards, Henry T. *Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?* 99 *Harvard Law Review*, 1986, 668.

Farrow, Trevor. *Civil Justice, Privatization and Democracy*. Toronto University Press, 2014.

Fiss, Owen. *Against Settlement*. 93 *Yale LJ*, 1984, 1073.

Fuller, Lon L. *Mediation - Its Forms and Functions*. 44 *S Cal L Rev*, 1971, 305.

Galanter, Marc. *A World without Trials*. 7 *Journal of Dispute Res.*, 2006, 7.

---- *The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts*. 3 *Journal of Empirical Legal Studies*, 2004, 459.

---- *The Turn against Law: The Recoil against Expanding Accountability*. 81 *Texas L Rev* 2002, 2825.

Gardner, John, *The Twilights of Legality*. 43 *Australasian Journal of Legal Philosophy*, 2018, 1, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3109517 (Oxford Legal Studies Research Paper No. 4/2018).

---- *The Virtue of Justice and the Character of Law*. In Id., *Law as a Leap of Faith*. Oxford University Press, 2012, 238

Genn, Hazel. *What Is Civil Justice For? Reform, ADR, and Access to Justice*. 24 *Yale JL & the Hum*, 2013, 397.

---- *Why the Privatisation of Civil Justice is a Rule of Law Issue*, 36th FA Mann Lecture, 2012 (available at www.laws.ucl.ac.uk).

---- *Judging Civil Justice*. Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

Ghirga, Maria F. *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE)*. *Rivista di diritto processuale*, 2009, 357 – 380.

Giabardo, Carlo V. Private Law in the Age of the Vanishing Trial. In Kit Barker, Karen Fairweather, Ross Grantham (a cura di) Private Law in the 21st Century, Oxford, Hart Publisher, 2017, 547.

---- Should ADR Mechanisms Be Mandatory? Rethinking Access to Court and Civil Adjudication in an Age of Austerity. 44 Exeter LR, 2018, 25.

--- Private Justice: The Privatisation of Dispute Resolution and the Crisis of Law. 4 Wolverhampton Law Journal, 2020a, 14.

--- Per la chiarezza di idee in tema di creazione giudiziale di diritto e ruolo della giurisprudenza nel tempo presente (Riflessioni al confine tra filosofia del diritto, diritto comparato e diritto processuale civile). Giustizia Insieme, 2020b, <https://www.giustiziainsieme.it/it/scienza-logica-diritto/1284-per-la-chiarezza-di-idee-in-tema-di-creazione-giudiziale>

Gilles, Myriam. The Day Doctrine Died: Private Arbitration and the End of Law. University of Illinois L Rev, 2016, 371.

Glover, Maria. Disappearing Claims or the Erosion of Substantive Law, 124 Yale LJ 2015, 3052.

Hayne, Kenneth, The Vanishing Trial, Supreme and Federal Courts Judges Conference, Sydney, 2008,

<https://www.hcourt.gov.au/publications/speeches/current/speeches-by-justice-hayne-ac>

Hodge, Lord, The Scope of Judicial Law-making in the Common Law Tradition, Max Planck Institute of Comparative and International Private Law, Hamburg, 28 ottobre 2019, <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-191028.pdf>

Kagan, Robert. Adversarial Legalism. Harvard University Press, 2019 (ed. or., 2001).

Kysar, Douglas A. The Public Life of Private Law: Tort Law as a Risk Regulation Mechanism. 9 European Journal of Risk Regulation, 2018, 48.

Lahav, Alexandra, In Praise of Litigation, Oxford University Press, 2017.

---- The Role of Litigation in American Democracy. 65 Emory LJ, 2016, 1657.

Langbein, John H. The Disappearance of Civil Trial in the United States, 122 Yale L.J., 2012, 522.

Luban, David. Settlement and the Erosion of Public Realm. 83 Georgetown Law Journal, 1995, 2619.

Lucy, Williams. *Law's Abstract Judgment*. Oxford, Hart Publisher, 2017.

---- Abstraction and Equality. 62 CLP, 2009a, 22.

---- Abstraction and the Rule of Law. OJLS, 2009b, 481.

Luiso, Francesco P. *La mediazione obbligatoria, il giudice e la legge*. Giurisprudenza Italiana, 2019, 2132.

---- Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia? Il giusto processo civile, 2011, 325.

Main, Thomas O. *ADR: The New Equity?* University of Cincinnati L Rev., 2005, 329.

Menkel-Meadow, Carrie. *Toward a Jurisprudence of Law, Peace, Justice, and a Tilt Toward Non-Violent and Empathic Means of Human Problem Solving*. 8 Unbound: Harv. J. Legal Left, 2013, 79-108;

---- *Peace and Justice: Notes on the Evolution and Purposes of Plural Legal Processes*. 94 Geo. L. J. 2006, 553.

---- *Aha? Is Creativity Possible in Legal Problem Solving and Teachable in Legal Education?* 6 Harvard Negotiation Law Rev, 2001, 97.

---- *Mothers and Fathers of Invention: The Intellectual Founders of ADR*. 16 Ohio St. J. on Disp. Resol., 2000, 1.

---- *Whose Dispute Is It Anyway?: A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (In Some Cases)*. 83 Georgetown Law Journal, 1995, 2663.

---- *Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving*. 31 University College Los Angeles L Rev, 1984, 754.

Mnooking, R., Kornhauser, L. *Bargaining in the Shadow of the Law: the Case of Divorce*. 88 Yale Law Journal, 1979, 950.

Mulcahy, Linda. *The Collective Interest in Private Dispute Resolution*. 33 OJLS 2013, 59.

Nader, Laura. *The Globalization of Law: ADR as "Soft" Technology*. Proceedings of theASIL Annual Meeting, 1999, 304.

Neuberger, David. *Justice in an Age of Austerity*, Tom Sargent Memorial Lecture, 2013, <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-131015.pdf>

Nolan-Haley, Jacqueline. *Does ADR's "Access to Justice" Come at the Expense of Meaningful Consent?* 33 Ohio State Journal on Dispute Resolution, 2018, 373.

---- The Merger of Law and Mediation: Lessons from Equity Jurisprudence and Roscoe Pound. 6 Cardozo J of Disp Res, 2004, 57.

---- Court Mediation and the Search for Justice Through Law. Washington Un L Quart, 1996, 47.

Pérez Ragone Álvaro J., Copani Juan C. Los llamados medios alternativos de resolución de conflictos vistos desde el proceso civil ¿La justa realización del derecho material vs. la resolución de conflictos? Revista de Derecho de la P. U. C. de Valparaíso, 2006, 155.

Perschbacher, Rex R., Bassett, Debra L. The End of Law. 84 Boston University L Rev, 2004, 1.

Picardi, Nicola. Le riforme processuali e sociali di Franz Klein. Il giusto processo civile, 2011, 1067.

Raz, Joseph. The Rule of Law and Its Virtue. 93 L. Quarterly Rev., 1977, 195.

Reid, Lord. The Judge as a Lawmaker. 12 Journal Society Public Teachers of Law, 1972, 22.

Resnik, Judith. The Functions of Publicity and of Privatization in Courts and Their Replacements (from Jeremy Bentham to #MeToo and Google Spain). In Burkhard Hess, Ana Koprivica Harvey (a cura di), Open Justice. The Role of Courts in a Democratic Society, Studies of the Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law, Nomos, 2019, 177.

---- Diffusing Disputes: The Public in the Private of Arbitration, the Private in Courts, and the Erasure of Rights. 124, Yale Law Journal, 2015, 2804.

---- The Privatization of Process: Requiem for and Celebration of the Federal Rules of Civil Procedure at 75. 162 U. Pa. L. Rev., 2014, 1793.

---- The Democracy in Courts: Jeremy Bentham, 'Publicity', and the Privatization of Process in the Twenty-First Century'. No Foundations: An Interdisciplinary Journal of Law & Justice 77, 2013, <http://www.helsinki.fi/nofo/NoFo10RESNIK.pdf>

---- Bring Back Bentham: Open Courts, Terror Trials and Public Spheres. 5 Law & Ethics of Human Rights, 2011, 226.

---- For Owen M. Fiss: Some Reflections on the Triumph and the Death of Adjudication. 58 U. Miami L. Rev., 2003, 173.

---- Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Decline. 53 University of Chicago L Rev., 1986, 494.

Resta, Eligio. Diritto fraterno, Roma – Bari, 2004.

Ryder, Lord E. Securing Open Justice, Max Planck Institute Luxembourg For Procedural Law & Saarland University, Luxembourg, 2018
<https://www.judiciary.uk/announcements/speech-by-sir-ernest-ryder-senior-president-of-tribunals-securing-open-justice/>

Sen, M. Courting Deliberation: An Essay on Deliberative Democracy in the American Judicial System. 27 Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Policy, 2013, 303.

Silverstri, Elisabetta. Forme alternative di risoluzione delle controversie e strumenti di giustizia riparativa, Torino, 2020.

Smith, David N. A Warmer Way of Disputing: Mediation and Conciliation. 26 The Am J Comp L., 1978, 205.

Sorabji, John. Austerity's Effect on English Civil Justice. Erasmus Law Review 2015 (online).

Twinning, William L. Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement. 56 Modern L Rev, 1993, 384.

Von Jhering, Rudolf. La lucha por el derecho, Comares, 2008 (ed. or. Der Kampf um's Recht, Vienna, 1872).

Waldron, Jeremy, The Rule of Law and the Importance of Procedure. In James E Fleming (a cura di) Getting to the Rule of Law, New York University Press, 2011, 3.

Subsidiariedad: principio consolidador del sistema de competencias concurrentes mexicano en materia ambiental

Subsidiarity: consolidating principle of the mexican concurrent competence system in environmental matters

Jessica Bravo Ramírez¹

RESUMEN: Esta investigación, tiene como propósito central analizar algunas particularidades, deficiencias y desafíos relativos al sistema de distribución de competencias en nuestro actual régimen federal mexicano, concretamente en materia ambiental. Ello, con la finalidad de seguir en la búsqueda de un diseño institucional más novedoso que permita replantear y consolidar nuestro régimen federal, específicamente, el sistema de competencias concurrentes y, se destaca al principio de subsidiariedad como posible vía para lograrlo.

PALABRAS CLAVE: Régimen federal mexicano; Derecho ambiental; Competencias concurrentes; Principio de subsidiariedad.

ABSTRACT: The main purpose of this research is to analyze some particularities, deficiencies and challenges related to the system of distribution of powers in our current Mexican federal regime, specifically in environmental matters. This, with the aim of continuing in the search for a more innovative institutional design that allows us to rethink and consolidate our federal regime, specifically, the system of concurrent powers, and the subsidiarity principle stands out as a possible way to achieve it.

KEYWORDS: Mexican federal regime; Environmental law; Concurrent competitions; Subsidiarity principle.

¹ Licenciada y Maestra en Derecho, egresada de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Estudiante del Doctorado Interinstitucional en Derecho, adscrita a la Universidad de Colima. Mail: jebravo1206@gmail.com.

I. Introducción

En los casos de protección al ambiente, la Constitución mexicana, usa el término "conurrencia" para describir la organización de competencias que hay entre la Federación, Estados y municipios, lo cual justifica que se hable de facultades "concurrentes" en nuestra Carta Magna. El régimen de concurrencia o bien, distribución de competencias no está teniendo los resultados que se esperaban con su surgimiento, a saber, una gestión coordinada y corresponsable y, por el contrario, se presenta como un régimen confuso y complejo. Por tanto, la aplicación del actual régimen de competencias concurrentes en materia ambiental, no está influyendo de manera positiva en la efectiva protección ambiental, puesto que dicha distribución en la materia señalada, se ha caracterizado por ser de gran complejidad.

A través de los años, ha sido muy evidente que las entidades federativas y municipios, al no poder dar solución a alguna problemática, solicitan ayuda al poder federal, lo cual en cierta medida provoca una centralización y, por tanto, la federación adquiere un mayor reforzamiento de tipo coercitivo.

En el caso de los estados federales, es probable que sea válida la hipótesis de que las demandas de las sociedades contemporáneas de masas, requieren de un alto grado de centralización de recursos para poder ser atendidas. Es decir, la centralización de los esquemas federales puede ser una respuesta a requerimientos que tienen que ver con las economías de escala, la exigencia de uniformidad de las condiciones de vida, el desborde de muchas materias más allá del ámbito territorial de una sola de las partes integrantes de un arreglo federal, o incluso con la globalización (Serna, 2003).

Así pues, hay autores quienes están en pro del federalismo, como un sistema beneficioso para el medio ambiente. No obstante, también están aquellos que sugieren que un proceso centralizador en determinadas áreas de la materia ambiental, lo favorecería.

II. Sistema de distribución de competencias en materia ambiental

En nuestro país, como un Estado Federal, el poder público reside en el pueblo (el ejercicio de la soberanía), el cual se reparte y se distribuye, por igual, a los diversos niveles de gobierno, que son tomados en cuenta por la propia constitución.

La Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente fue clave en el establecimiento de obligaciones y responsabilidades. Mediante esta ley se pretendió descentralizar funciones, creando un lazo entre la federación, los estados, y los municipios. En ella, se le reconoce el valor específico al municipio y a los estados como

gestores de política, aun cuando el Ejecutivo siguió siendo la figura principal de esta nueva plataforma² (Alfie, 2011).

Por otra parte, el artículo 124 Constitucional, representa la regla básica para el reparto de facultades entre estados y Federación. Por tanto, el esquema de distribución debe aplicarse de acuerdo al mencionado artículo, el cual establece a la letra que “las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”.

Así, a partir de esto, surgen dos factores trascendentes para la organización federal mexicana, el primero, se autorizó la distribución de competencias entre los distintos órdenes de gobierno, concernientes en distintas materias, entre ellas la de protección al ambiente y equilibrio ecológico. El segundo factor, fue el fortalecimiento de las atribuciones del municipio impulsado a través de la Constitución.

El principio en el que se basa el sistema de distribución de competencias en materia ambiental se encuentra en el artículo 73 Constitucional fracción XXIX-G, el cual establece que el Congreso tiene facultad para “expedir leyes que establezcan la concurrencia del Gobierno Federal, de los gobiernos de los Estados y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico”. Por ello, este artículo, constituye una excepción a la regla básica para el reparto de facultades entre estados y Federación establecida en el artículo 124 constitucional.

Siendo así, el Congreso puede y debe distribuir los asuntos ambientales en los tres niveles de gobierno, en la forma que el mismo Congreso determine. Por tanto, las facultades ambientales que estaban concentradas en la Federación, pueden ser otorgadas a los gobiernos de los estados y municipios.

A decir de Barragán:

La fórmula más perfecta, la más justa, la más equitativa de dicha distribución, es la fórmula de la concurrencia de facultades, precisamente porque esa concurrencia se dará siempre sobre una misma materia, precisa y determinada: de manera que cada nivel de gobierno podrá hacer uso soberano de dicho ejercicio dentro de su ámbito territorial y espacial que le corresponda (2006, p.32).

² En materia ambiental, la tradicional división Federación-estado-municipio que se utiliza para el reparto de competencias no garantiza la consecución de los objetivos perseguidos por las normas jurídicas porque los elementos ambientales, en muchas ocasiones, rebasan los ámbitos estatales y/o municipales. Este es el caso de muchas cuencas que, aunque constituyen unidades ambientales, económicas y sociales bien delimitadas, transcurren por más de un estado, y los recursos naturales en ellas contenidos están sujetos a regulaciones estatales y municipales diferentes entre sí.

Asimismo, el artículo 4º de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente también hace mención de la distribución de competencias en materia ambiental y señala:

La Federación, las entidades federativas, los Municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México ejercerán sus atribuciones en materia de preservación y restauración del equilibrio ecológico y la protección al ambiente, de conformidad con la distribución de competencias prevista en esta Ley y en otros ordenamientos legales.

La distribución de competencias en materia de regulación del aprovechamiento sustentable, la protección y la preservación de los recursos forestales y el suelo, estará determinada por la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable.

En nuestro país, el federalismo significa un equilibrio entre niveles de gobierno y regiones, esa es su naturaleza. Sin embargo, se le suele en ocasiones traducir como una subordinación de los gobiernos locales al federal.³ Al respecto, Carmona, recalca que:

Para el caso ambiental el federalismo en México no da respuesta a controversias que van en aumento, en las que la competencia entre la federación y los estados, entre estados, y entre éstos y los municipios, no tienen mecanismos de solución, sobre todo cuando implican el aprovechamiento de recursos naturales que, originalmente, son bienes nacionales (s.f, p. 133).

III. Competencias concurrentes en materia ambiental

En los casos de protección al ambiente, nuestra Constitución usa el término "conurrencia" para describir la organización competencial entre Federación, Estados y municipios, lo cual justifica que se hable de facultades "concurrentes" en nuestra Constitución mexicana, las cuales radican en que las entidades federativas no pueden estar esperando a que la federación intervenga para satisfacer las necesidades. (Carbonell, 2016).

Faya define a las facultades concurrentes como “aquellas facultades concedidas a las autoridades federales, pero no prohibidas a los estados, pudiendo, en

³ El sistema federal se ha quebrado, específicamente en el periodo postrevolucionario mexicano, por dos razones principalmente: *a*) una estrictamente jurídica, que se ha operado a través de la reforma constitucional del artículo 73, que ha sido modificado en casi cuarenta ocasiones desde 1917, para engrosar paulatinamente las facultades del gobierno federal en demérito de los gobiernos locales, y *b*) otra de índole más bien económica: de nada sirve otorgar competencias a los Estados federados, si no se les dota a la vez de los medios económicos necesarios para desarrollar efectivamente tales atribuciones. (Carbonell, 2016)

consecuencia, ser reguladas tanto por el gobierno federal como por los estados” (1998, p. 2).

De manera más detallada, las facultades concurrentes “son aquellas que no están exclusivamente atribuidas a la federación, no prohibidas a los estados y cuando la primera no actúa, las entidades federativas pueden realizarlas; pero si la federación legisla sobre esas materias, deroga la legislación local al respecto” (Instituto de Investigaciones Legislativas del Senado de la República IILSEN, 1997, p. 106).

Sin embargo, señala Barragán, que la doctrina mexicana está acostumbrada a decir que las facultades concedidas a los funcionarios federales son facultades prohibidas para los estados, lo cual resulta una exageración, puesto que para que se pueda hablar de la existencia de una materia prohibida para los estados, dicha prohibición deberá ser expresa (2006, p.3).

Así, en nuestro sistema jurídico mexicano la concurrencia de competencias, implica que las entidades federativas, incluso la Ciudad de México, los Municipios y la Federación, puedan actuar respecto de una misma materia, pero corresponde al Congreso de la Unión determinar la forma y los términos de la participación de dichos entes a través de una ley general.⁴

La fracción XXIX-G del artículo 73 constitucional y la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA), son el origen de la “concurrencia” en nuestro País, que a diferencia de lo que se observa en el derecho comparado, la teoría constitucional y la tradición del sistema jurídico mexicano, se ha entendido como “distribución de competencias” entre los tres niveles de gobierno (central o federal, estatal y municipal) en materia ambiental, en los tres aspectos que comprende la división de poderes, es decir, tanto en lo legislativo como en lo ejecutivo (en sus facetas reglamentaria y aplicativa) y lo judicial. A consideración de Brañes el cambio era necesario, señala que:

El hecho de que la materia ambiental fuera eminentemente federal, no sólo era contradictorio con el sistema federal, sino también era un obstáculo para una gestión ambiental adecuada. En efecto, la problemática ambiental tiene una naturaleza principalmente regional y como tal debe ser abordada por la gestión ambiental. Es de suma importancia, por consiguiente, que los problemas regionales sean enfrentados con políticas específicas, que consideren las particularidades de cada ecosistema. Estas políticas sólo pueden ser diseñadas y aplicadas

⁴ Artículo 124 Constitucional. Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados o a la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias.

de manera correcta dentro del respectivo contexto regional, lo cual no se opone a la existencia de una política nacional del ambiente, que por cierto es necesaria, pero ineficiente cuando no va acompañada de políticas específicas para cada región (2012, p. 93).

A través de la LGEEPA se pretendía resolver la ambigüedad de las competencias en materia ambiental establecidas en la Constitución Federal y, a través de sus preceptos, pretende dar fundamento a ciertas facultades que no encuentran una clara delimitación en la Constitución.⁵ Sin embargo, algunas de las facultades que se enuncian son confusas, ambiguas, difusas, no hay claridad en qué consiste exactamente la labor de “atención de asuntos que afecten el equilibrio ecológico”, no se establece claramente la función de la autoridad (Gómez, s.f.).

La concurrencia fue vista por el legislador mexicano como la solución adecuada para poder atender en los distintos ámbitos de competencia, desde el municipal hasta el federal, lo relativo a la protección del ambiente y a la preservación y restauración del equilibrio ecológico.⁶

IV. Deficiencias en las competencias concurrentes: Elementos a vencer

El régimen de concurrencia o bien, distribución de competencias no está teniendo los resultados que se esperaban con su surgimiento, a saber, una gestión coordinada y corresponsable y, por el contrario, se presenta como un régimen confuso y complejo, lo cual se reafirma a través de los planteamientos que sostiene varios autores.⁷ Veamos:

Hernández, sostiene que el problema que se ha identificado como el más importante en el federalismo ambiental es la falta de una coordinación. De esta manera señala que los principales problemas que presenta México son la falta de coordinación entre órdenes de gobierno, que lo ambiental no está muy especificado en la Constitución, es decir, hay una indefinición de competencias y no existen mecanismo ni instrumentos en manos de los estados y los municipios para ejercer de una mejor manera la tarea ambiental, esto es, no sólo requieren de atribución de competencias sino también mecanismo de financiamiento y una estructura legal que les permita contar con instrumentos para castigar violaciones a la ley (2015, p.34).

La aplicación del actual régimen de competencias concurrentes en materia ambiental, no está influyendo de manera positiva en la efectiva protección ambiental,

⁵ El Congreso interpretó como inherente a la concurrencia y distribución de competencias, los artículos 1, fracción VIII; y del artículo 4 al 14-Bis de la LGEEPA.

⁶ Autores como Brañes y Barragán se inclinan por el actual régimen federalista por considerarlo un sistema equitativo y justo.

⁷ Los autores mencionados en este apartado, a excepción de Barragán y Vázquez, se inclinan más por un régimen con una esencia un tanto centralista por considerar que el medio ambiente es holístico, o bien, integral.

puesto que la distribución de competencias en la materia señalada, se ha caracterizado por ser de gran complejidad. Al respecto García señala que:

En este ámbito, más quizá que en ningún otro, la tradicional división Federación-estado-municipio no garantiza la consecución de los objetivos de las normas, ya que los elementos ambientales, en muchas ocasiones, rebasan los ámbitos estatales y/o municipales. Es decir, los problemas que afectan al medio ambiente no reconocen fronteras, y los elementos naturales se encuentran tan íntimamente relacionados entre sí que los límites político-jurídicos existentes no resultan útiles para la protección del medio ambiente (2008).

Por su parte, Aceves dice que la distribución de competencias en materia jurídica ambiental “sigue representando un reto importantísimo y falta de consolidación para el sistema jurídico mexicano”. Además, comenta que:

La concurrencia es una de las más grandes problemáticas administrativas para la eficacia gubernamental de la materia pues si bien existe una razonable claridad legislativa en la distribución de las competencias en cuanto a los ámbitos de aplicación de la misma, en la práctica el ejercicio se vuelve un tanto escabroso toda vez que la realidad ambiental rebasa por mucho las exigencias formales de nuestro sistema jurídico en sentido administrativo... El paradigma jurídico del sistema mexicano, basado en el Federalismo, y con una visión competencial territorial, limita profundamente la congruente planificación de la gestión ambiental y del ejercicio del derecho ambiental en razón de que no considera las realidades y necesidades ambientales apegado a un sentido de realidad que se antojaría totalmente lógico... La visión de la competencia basada en el Federalismo y reforzada a través de una visión geopolítica territorial que divide al país en entidades federativas y posteriormente en municipios, fragmenta los recursos naturales sometiéndolos a exigencias administrativas que atienden a una realidad administrativa mas no ambiental (2011, p.134).

Asimismo, los términos en que actualmente se encuentra redactadas las leyes generales en materia ambiental, en cuanto hace a la distribución de competencias, en poco respetan la intención original de nuestra Constitución Política de formar una gestión coordinada y corresponsable de la problemática ambiental y en cambio originan una zona de anomia relativa, al no establecer certeza respecto al alcance de la política ambiental nacional y las correspondientes responsabilidades de los Estados, de los

Municipios y la Ciudad de México, dejando un margen interpretativo a favor de la Federación demasiado amplio (Ampudia, 2011).

Carmona afirma que la Constitución no se ajusta a lo ambiental, ya que la división de poderes o distribución de competencias no está diseñada para las cuestiones ambientales, ello, porque no se puede fragmentar lo que se supone es holístico o bien, integral o global como lo es el medio ambiente. Entonces, el sistema de distribución de competencias no funciona para lo ambiental porque en primer lugar la fórmula Federación-Estado-Municipio no coincide con las necesidades de articulación de acciones para la defensa del entorno ni para la protección de la misma (2011).

La concurrencia de competencias, así como la multiplicación de organismos intervinientes han creado confusiones, las cuales han limitado o perjudicado la eficacia en la gestión ambiental⁸. Con frecuencia en lugar de producir un esfuerzo concertado para enfrentar los factores que dañan el ambiente, la acción se burocratiza y dispersa, provocando que, decisiones que revisten urgencia, se posterguen en virtud de contiendas sobre competencias, afectando así la respuesta eficaz a las necesidades de la protección ambiental (Gómez, s.f.).

Al respecto y abonando a lo anterior, Arrieta considera que:

La distribución de competencias establecida en la LGEEPA, presenta bases constitucionales dudosas y genera una situación injusta e innecesaria de inseguridad e incertidumbre jurídicas a los gobernados, pues ante la remota posibilidad de que la mayoría de ellos conozca y comprenda la intrincada y compleja distribución de competencias establecida en las leyes ambientales y sectoriales federales y locales y en sus múltiples reglamentos, así como en las leyes orgánicas de la administración pública federal, estatal y municipal, en sus reglamentos interiores, etc., esto no es suficiente para que el gobernado pueda saber quién es la autoridad competente en un caso concreto ni cuáles son sus facultades, pues a la que así pueda identificar como autoridad, puede dejar de serlo por virtud de un Convenio que transfiera una o más de sus facultades a otro funcionario público de un nivel de gobierno diverso que, por ese simple hecho, se convertiría en la autoridad, pero sin certeza respecto de la temporalidad en la que ésta gozaría de tal calidad. Asimismo, ante la aún más remota posibilidad de que la mayoría de los gobernados conozcan todas las leyes y reglamentos federales, estatales y municipales, así como los convenios de transferencia de facultades entre autoridades federales,

⁸ De acuerdo con el diccionario de términos ambientales (2000), la gestión ambiental es “*loc* Conjunto de acciones dirigidas a la administración, uso y manejo de los recursos y a la conservación, preservación, mejoramiento y monitoreo del medio ambiente sobre la base de una coordinada información y con la participación ciudadana” (p.40).

estatales y municipales, esto tampoco sería suficiente, pues tendrán que darle seguimiento continuo a la “vida y muerte” (vigencia) de cada uno de los convenios que, discrecionalmente, suscriban los tres niveles de gobierno, incluyendo las vicisitudes a las que está sujeto todo convenio (términos, condiciones, suspensivas o resolutorias, modo o cargas, pacto comisorio, terminación anticipada, parcial o total, provisional o definitiva, ya sea por mutuo disenso, por incumplimiento de una o de ambas partes, o por las demás causas que se deriven de cada convenio, de la ley, por resolución judicial, etc (Arrieta. s.f.).

Lo anterior pone en cuestión de si es propio de un Estado de Derecho que las facultades que la ley otorga a las autoridades sean negociables o transferibles y de si dichas autoridades estarán violando el principio de legalidad. Considerando por ello que la determinación de la autoridad competente, obstaculiza el debido acceso a la justicia.

Barragán insiste en que la concurrencia de facultades se dará cuando el texto constitucional mexicano haga una asignación igual o parecida a la que se hace en el primer párrafo del artículo tercero, que a la letra dice “todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado –Federación, Estados, Distrito Federal y Municipios–, impartirá educación preescolar, primaria, secundaria y media superior. La educación preescolar, primaria y secundaria conforman la educación básica; ésta y la media superior serán obligatorias”. Lo anterior, porque el poder soberano que corresponde al Estado Mexicano, para su ejercicio, se encomienda, por igual, a los cuatro niveles de gobierno (2006, p. 3).

Por lo expuesto, después de observar los distintas perspectivas de los diversos autores, se puede inferir que el régimen de concurrencia en materia ambiental no está logrando su cometido, pues se determinó de manera general que la distribución de competencias presenta una gran cantidad de desperfectos, al considerarse que la Constitución no se ajusta a lo ambiental por no considerar las necesidades ambientales.

Es decir, la distribución de competencias no está diseñada para las cuestiones ambientales ya que el medio ambiente no reconoce fronteras y, por tanto, no se puede fraccionar. Asimismo, las leyes generales en materia ambiental en cuanto a distribución de competencias, no se encuentran bien redactadas, lo cual provoca falta de certeza jurídica, generando inseguridad e incertidumbre en los gobernados y, además, limita y perjudica la eficacia de la gestión ambiental. Por tanto, se considera la imperiosa necesidad de consolidar el régimen de competencias concurrentes.

Siendo así, la distribución de competencias de acuerdo con Vázquez:

Es un fenómeno que a nuestro juicio requiere ser perfeccionado para avanzar a una articulación congruente con los principios de un verdadero federalismo, que dote a los Estados y Municipios de manera auténtica no sólo de atribuciones, sino que reconozca los derechos legítimos que asisten a los gobiernos locales como responsables originarios de determinadas funciones y les dote de la capacidad de ser generadores de recursos (2007).

Por tanto, es necesario que la competencia ambiental obedezca a las necesidades de la población, que en sentido amplio serán las del propio ambiente a fin de poder asegurar un mínimo de calidad ambiental. Asimismo, se requiere fortalecer las capacidades administrativas a todos los niveles en el aspecto jurídico toda vez que la indefinición, la ambigüedad y la discrecionalidad le representan inseguridad jurídica al administrado además de incurrirse en una falta grave por parte de la administración al no velar y salvaguardar integralmente bienes de naturaleza pública y colectiva que afectan los derechos subjetivos de todos, algunos de manera directa y a otros indirectamente. Sobre todo, la realidad y necesidades ambientales a nivel estatal y municipal, que frecuentemente sufren de una falta de atención en relación al desarrollo de las autoridades y competencia Federal (Aceves, 2011). Además:

Deben crearse esquemas innovadores de colaboración que permitan generar una verdadera concurrencia administrativa respetando la jerarquía de la Federación en la toma de decisiones y creación de política pública transversal, al tiempo que puedan atenderse de manera creativa y eficiente los problemas regionales que pueden haberse creado en razón de problemáticas ambientales propias de una región, de realidades culturales irrepetibles, o bien en razón de hechos inclusive históricos que han condicionado irreversiblemente los elementos ambientales regionales (como pudiera ser la degradación o contaminación ambiental en razón de actividades productivas). Así, la creación de nuevos esquemas de coordinación y concurrencia administrativa entre entidades federativas y por supuesto entre municipios, se percibe como una realidad inaplazable (Aceves, 2011, p. 144).

Son muchos los retos del derecho ambiental mexicano para consolidar su eficacia en la protección del ambiente y los recursos naturales. Ampudia, considera que uno de ellos –quizá el más urgente, es precisamente el obtener a corto plazo una reforma integral de las leyes generales, para consolidar un reparto de atribuciones entre

Federación, Estados y Municipios, más acordes a las exigencias de los conflictos medio ambientales de nuestro país (2011).

Aceves, complementa lo anterior diciendo que:

El tratamiento de la problemática ambiental desde la perspectiva jurídica va más allá que la mera protección de los recursos naturales existentes. Más bien, requiere de un sistema coordinador administrativo de naturaleza totalmente integradora, además de una enorme voluntad política para poder consolidar la llamada “democracia ambiental” la cual se traduce en una verdadera gobernanza ambiental (2011 p. 136).

Asimismo, cabe advertir el hecho de que algunos estados y sobre todo municipios, en la realidad, se encuentran en estado de debilidad total en materia de presupuesto y recursos técnicos para poder cumplir con sus facultades asignadas.

Mastretta, opina que las sociedades no son estáticas y por tanto, las leyes tampoco pueden serlo, pero insiste en que si las nuevas leyes no se apuntalan con presupuestos obligatorios a las instituciones del sector ambiental de los tres niveles de gobierno, el resultado será que tendremos leyes novedosas, pero que quizás no se apliquen jamás. Siendo así, precisa que habrá nuevas leyes pero su aplicación será imposible por falta de presupuesto (2019).

Por tanto, se requiere de un gran compromiso por parte de la Federación para designarles mayores recursos presupuestales a estados y municipios y así, estén en posibilidad de cumplir debidamente con sus competencias.

Además de las anteriores soluciones propuestas por los diversos autores, una de las propuestas más atrayentes es la que señala Trujillo al establecer que:

El rescate ambiental, la restauración, preservación y resiliencia ambiental requieren soluciones transversales e intergubernamentales de los tres niveles de gobierno. En este sentido, es necesario reorientar nuestro concepto de concurrencia y que se acomode al de otros sistemas como el norteamericano o europeo con su principio de subsidiariedad⁹ (2011, p. 404).

⁹ El principio de subsidiariedad, se introduce de manera puntual en su principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro. Véase en <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm>

V. La subsidiariedad como principio esencial en el ámbito medioambiental

El principio de subsidiariedad, “se trata de un principio general del Derecho que opera en la organización de la Administración de todas sus instancias; revistiendo especial intensidad en el ámbito del Derecho Ambiental... y viene a implicar que la ejecución y, en su caso, la toma de decisiones se debe situar en la instancia más próxima al problema” (Barrena, 2010, p. 136).

El principio de subsidiariedad, se introdujo por primera vez en el Tratado de Maastricht para el establecimiento de la Comunidad Económica Europea de 1992, ahora Unión Europea, estableciendo que “una entidad de mayores dimensiones y jerarquía no debe ejercer funciones que pueden ser realizadas eficientemente por otra entidad de menor jerarquía y envergadura sino que la primera deberá apoyar a la segunda en la coordinación de su actividad con las actividades de la comunidad entera.”¹⁰

Este principio, además de buscar una mayor eficiencia administrativa, busca un mayor y mejor acercamiento con la comunidad administrada haciéndola responsable y copartípe de las decisiones que se asuman. Es decir que la autoridad con mayor jerarquía y presumiblemente con menor conocimiento y control directo de la problemática o necesidad específica, debe actuar subsidiariamente a la autoridad local que se consideraría idealmente la principal para resolver la necesidad (Aceves, 2011).

Dicho principio implica que “el Estado no debe hacer lo que puede ser realizado por otra sociedad menor siempre que esta lo pueda realizar eficazmente” (Cerro, 2000, p. 5).

De acuerdo con el marco de la gobernanza europea, el principio de subsidiariedad:

Es un principio constitucional básico que debe inspirar las relaciones competenciales y su ejercicio entre los diferentes niveles de gobierno existentes en la Unión Europea y entre éstos y sus ciudadanos. Puede ser concebido como un principio organizativo que, partiendo de una dimensión territorial, expresa la siguiente idea: las comunidades más pequeñas deben estar capacitadas para dirigir sus propios asuntos de manera autónoma y dejar para las grandes unidades aquellas materias que las unidades pequeñas son incapaces de atender. De lo que realmente se trata es que el ciudadano europeo tenga la sensación de que las decisiones son tomadas teniendo en consideración sus propias circunstancias vitales. Transmitir esta sensación, dando fundamentos a la seguridad ciudadana, será un trabajo fortalecido por los elementos de la subsidiariedad en el proceso de integración (Cordal, s.f.).

¹⁰ Véase en https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_on_european_union_es.pdf

Siendo así, este principio de subsidiariedad consiste en una buena organización y coordinación del ejercicio de competencias entre los diferentes niveles de gobierno, en el que se presupone que si un Estado o Municipio puede resolver de manera autónoma los conflictos que surgieren dentro de su territorio, sin la ayuda de la federación, los resuelvan.

Las ventajas de la subsidiariedad es que se estimula el uso del mejor conocimiento de las características físicas, económicas, políticas y sociales, que tienen las propias localidades sobre sí mismas. Con ello se incentiva de mejor manera la participación de la sociedad civil. “Cuando no hay externalidades de consideración, es mejor que las localidades se hagan cargo de su fijación”... El limitar las funciones de las localidades, puede ocasionar que se debiliten y acaben siendo muy ineficientes... “Un gobierno central necesita gobiernos locales fuertes. El punto es garantizar una buena coordinación y una estrecha colaboración” (Hernández, 2015, p. 38).

El compromiso por una aplicación adecuada del principio de subsidiariedad que respete la distribución de competencias entre los distintos niveles de gobierno puede proporcionarle importantes apoyos que contribuyan a fortalecer el proceso de integración. Al respecto, Yépes considera que:

El municipio, las entidades federativas y la federación, a efectos de una mejor relación entre ellos, harían bien en considerar la inclusión de una “cláusula de subsidiariedad” en la sede normativa constitucional para poder concretar una mejor técnica –democrática en esencia– en la distribución de sus respectivas competencias. Fundamentalmente aquéllas en las que dos o más instancias pueden estar involucradas y compartir la posibilidad de la acción, la decisión o la intervención (2005).

Además, la existencia de diversos centros de decisión en los distintos niveles de gobierno permite que se aligeren las labores y por tanto, se incrementaría la efectividad del Estado en su conjunto, puesto que, evitaría que el poder central se sature de tareas. Esto es, un gobierno local se dedicaría a todas aquellas tareas que conoce y que podría realizar mucho mejor que el gobierno federal y este último, se concentraría en actividades que sólo tenga permitido hacer, como la defensa nacional por ejemplo, lográndose así, una desconcentración de tareas cuya realización resulten más exitosas. Es por ello que es recomendable estructurar la distribución de competencias según el principio de subsidiariedad.

Yépes indica, que la práctica europea es un gran ejemplo de la gran utilidad de la subsidiariedad, dado que numerosas decisiones y acciones de la instancia comunitaria se han basado en dicho principio y, a la vez, cuando los Estados han considerado que la

intervención de las instituciones comunitarias no se ajusta a las exigencias del principio, los tribunales han decidido no reconocer a la Unión Europea dichas facultades por considerar que la acción es más eficaz y eficiente a nivel estatal o, incluso, a nivel municipal (2005).

Por su parte, y en el mismo sentido, Molina y Bergamaschine señalan que el principio de subsidiariedad debe imponerse, puesto que la Unión no puede con todo, ni resulta conveniente lo haga. Por tanto, el tan debatido principio, significa “una garantía para la democracia, una limitación de la Administración comunitaria, así como de los recursos de la Unión, y una mejora de la competitividad” (2013, p.43).¹¹

Carbonell, expresa que:

Tal vez habría que replantear los términos en que opera en México el principio de subsidiariedad que debe existir en todo Estado federal; esto es, comprender debidamente que aquello que puedan acometer eficazmente las comunidades más pequeñas y subordinadas no debe ser tarea de la comunidad más amplia y supraordinada (2016).

Este principio provoca una serie de diversos criterios respecto de su implementación. Esto es, para la solución de discrepancias competenciales, son los jueces, quienes entran en la tarea de resolver el reparto de competencias. A saber, ellos son quienes ante controversias, determinan qué nivel de gobierno debe ejercer una competencia. Dicha determinación, varía en los tribunales de cada país, por ejemplo, en tribunales de Estados Unidos o Canadá, se observa una mayor concentración de atribuciones hacia los órganos federales, mientras que los tribunales europeos otorgan mayor número de competencias a favor de instancias comunitarias (Tortolero, 2009)

Es así, que la función jurisdiccional se coloca en una posición un tanto comprometedora al hacer efectivo el mencionado principio. Existe el riesgo de que los jueces actúen arbitrariamente al determinar qué entidad estiman con mayor capacidad para obtener la competencia (tal como lo haría un actor político). Ello, porque los jueces al tomar una decisión jurídica, constantemente se ven influidos o involucran preferencias individuales (Tortolero, 2009).

Por otro lado, se dan casos, en el Tribunal Constitucional alemán por ejemplo, donde el tribunal ha preferido no pronunciarse respecto la pertinencia del principio,

¹¹ En caso de litigio en torno al alcance del principio de subsidiariedad, se podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que se pronuncie acerca de la interpretación de la definición manifestada y recogida en los Tratados. Recurso que se tramitará a posteriori, es decir, una vez adoptado el dispositivo jurídico, de modo que el Tribunal de Justicia de la Unión solo intervendrá en tanto que control jurisdiccional en el supuesto de error manifiesto, de abuso de poder o de clara superación de los límites del poder de apreciación. (Molina y Bergamaschine, 2013).

pues estima, “debe ser una materia propia de la discrecionalidad del legislador”. Asimismo, en la Corte Europea de Justicia, declararon que éste principio “no puede ser aplicado de manera sistemática por vía jurisdiccional” (Tortolero, 2009, p. 349).

En lo particular, estimo que la eficacia del principio de subsidiariedad en México debe depender tanto de los legisladores pero también de los jueces. No debe quedar fuera la colaboración jurisdiccional, pues bien, ambas se complementan.

Así, la subsidiariedad se podría perfilar como un excelente instrumento de diálogo, control y garantía en el funcionamiento, adecuado y conveniente, de las diversas instancias. Es decir, en los ámbitos de competencia Federal, estatal y municipal, la subsidiariedad serviría como modulador en las acciones de estos tres niveles. Este principio facilitaría que las acciones de gobierno fueran más eficaces, eficientes y sobre todo, democráticas al ser más cercanas a los ciudadanos.

VI. Conclusiones

La concurrencia de competencias en materia ambiental, es decir, el ejercicio de los tres niveles de gobierno no está cumpliendo con las finalidades para lo cual fue establecido dicho principio, modelo o régimen de concurrencia de competencias, el cual es, lograr una mayor cobertura de protección y preservación del medio ambiente.

El modelo de concurrencia en México, ha permanecido inflexible en la materia. El tiempo perdido en los procedimientos administrativos, entre los que una unidad administrativa sepa de un caso de deterioro ambiental irreversible al tiempo en que lo turne oportunamente a la autoridad competente puede ser suficiente para que el deterioro ambiental sea consumado. *Contrario sensu*, una actuación temprana de la administración puede evitar dicho siniestro.

Además, por lo observado, en nuestro País se suele utilizar a la concurrencia de competencias como un instrumento que permite:

1. Complicidad de los tres niveles de gobierno por beneficios personales o de las grandes empresas; lo cual se traduce en discrecionalidad y corrupción por parte de los funcionarios o autoridades al otorgar permisos, licencias o autorizaciones no permitidos por la ley.
2. Negligencia de las instituciones o autoridades, es decir, evaden sus responsabilidades, no atienden las denuncias por desinterés, evitan declarar, falta de actuación u omisiones.
3. Imposibilidad de actuación por parte de las entidades federativas al depender de la federación.

Aunado a lo anterior, las esferas de competencia o bien, las autoridades competentes, no están bien definidas ni delimitadas, lo cual en ocasiones frena la efectividad de la política ambiental.

Así, la aplicación de la concurrencia en *stricto sensu* constitucional, no está permitiendo una plena efectividad de la protección ambiental ni el goce de un medio ambiente sano, inclusive, como ya se mencionó anteriormente, puede ser una causante de la omisión por parte de las autoridades competentes y que pueden ser graves y con consecuencias irreversibles. Con ello, se fundamenta la necesidad de replantear el régimen de la competencia concurrente.

Por lo anterior, surge la inquietud de abordar e implementar el principio de subsidiariedad, ya que es un principio que se considera, permite mayor eficacia administrativa, inspira las relaciones competenciales, esto es, posibilita una mayor coordinación, colaboración y organización del ejercicio de competencia entre los distintos niveles de gobierno e incentiva la participación de la sociedad civil. En sí, es un principio que refuerza al poder central para que éste no sea el único al que le corresponda resolver todos los inconvenientes ambientales, puesto que además, dicho poder central no podría con todo ni sería conveniente lo haga.

Hay autores que consideran que la distribución concurrente de facultades es equitativa y justa, ya que supone un equilibrio entre los niveles de gobierno. Sin embargo, otros, estiman que el federalismo fragmenta la protección del medio ambiente y, señalan, no es correcto se fragmente puesto que el medio ambiente es integral. Esto último, podría justificar la necesidad de una centralización en las políticas públicas del país en determinadas materias de medio ambiente.

No obstante, en la práctica, hay una tendencia centralizadora, esto es, hay una excesiva centralización, ya que la gestión ambiental recae mayormente en la federación. La realidad del sistema político niega cotidianamente los postulados federalistas, a saber, se favorecen los criterios federales, puesto que se suele imponer el derecho federal y no el de las entidades federativas en casos de conflicto normativo entre el derecho federal y el local, por lo que hay una constante subordinación de los gobiernos locales al federal. Además, a pesar de que se les otorga facultades a los estados y municipios, siguen sin jugar un papel clave en la organización, no se les da la atención merecida, salvo excepciones.

Lo anterior, frustra el sentido de la buena gobernanza, pues ésta, no ha logrado hasta el momento resolver las problemáticas suscitadas por la tan compleja distribución de competencias concurrentes existente. Es por ello, que surge la inquietud de pensar

sí sería oportuno que la gobernanza ambiental se someta a una organización internacional para garantizar de esta forma, la mejora medioambiental a nivel global.

En este aspecto, a pesar de contar con un sistema federal, esto es, un sistema más descentralizado y con participación social, la labor sigue recayendo en la federación, suponiendo una desmesurada centralización. Pues aunque nuestras leyes contemplen una coordinada colaboración entre los distintos órdenes de gobierno, así como el derecho de las personas físicas y morales, en la toma de decisiones en materia ambiental, no es garantía que estos mecanismos se lleven a cabo, ni mucho menos que sea eficaz y adecuado.

Hemos estado constantemente luchando contra la desaparición del centralismo. Sin embargo, continúa hasta nuestros días aunque ya no de forma excesiva y, al parecer es un bien necesario. Inaplazablemente, se requiere reestructurarlo, debemos encontrar un punto de equilibrio institucional.

VII. Bibliografía

- Aceves, C., (2011), *Perspectiva de la concurrencia administrativa ambiental entre entidades federativas y municipios*, México. Recuperado de: http://biblioteca.diputados.gob.mx/janium/bv/cedip/lxi/mem_semactperdis.pdf
- Alfie, M., (2011), *Comprometidos para negociar: conflicto y gobernanza ambiental (Holanda, Canadá y México)*, México: Juan Pablos Editor, S.A.
- Ampudia, S., (2011), *Distribución de competencia en materia ambiental*. Recuperado de: http://biblioteca.diputados.gob.mx/janium/bv/cedip/lxi/mem_semact_perdis.pdf
- Arrieta, G., Centro de Estudios Jurídicos y Ambientales (CEJA), *La descentralización o federalización en materia ambiental en México*, México, Centro de Estudios Jurídicos y Ambientales. Recuperado de: http://www.ceja.org.mx/articulo.php?idrubrique=22&id_article=159
- Barragán, J., (2006), "Concurrencia de facultades en materia de medio ambiente entre la federación y los estados", en Carmona, M., y Hernández, L., (coords.) *Temas selectos de derecho ambiental*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Procuraduría Federal de Protección al Ambiente.
- Barrena, A., (2010), *La génesis y los principios de derecho ambiental*, México. Recuperado de <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/6106/3373>
- Brañes, R., (2012), *Manual de derecho ambiental mexicano*, México, FCE Fundación Mexicana para la Educación Ambiental.
- Camacho A. y Ariosa, L., (2000), *Diccionario de términos ambientales*. La Habana, Cuba: Publicaciones Acuario. Recuperado de <https://www.Hogaresjuvenilescampesinos.org/gallery/diccionarioambiental.pdf>
- Carbonell, M., (2016), *El estado federal en la constitución mexicana: Una introducción a su problemática*", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Revista del IIJ, México, Universidad Nacional Autónoma de México, número 91. Recuperado de: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3526/4203#N71>
- Carmona, M., (s.f), *El derecho constitucional y el ambiente en las constituciones estatales en México*. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2429/10.pdf>
- Carmona, M., (2011), *Memoria del Seminario Actualidad y Perspectiva de la Distribución de Competencias: Federación, Estados y Municipios*, México. Recuperado de: http://biblioteca.diputados.gob.mx/janium/bv/cedip/lxi/mem_semact_perdis.pdf
- Cerro, (2000), *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, El principio de subsidiariedad en el siglo XXI. España*. Recuperado de <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artelprincipiodesubsidiariedad>

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, DOF, México, 5 de febrero de 1917.
- Cordal, C., *VIII Congreso Español de Ciencia Política y de la Administración Política para un Mundo en Cambio, La Aplicación descendente del Principio de Subsidiariedad en el Marco de la Gobernanza Europea*. Recuperado de <http://aecpa.es/uploads/files/congresos/congreso08/area2/GT-5/CORDAL-CONSTANTINO.pdf>
- Faya, J., (1899), *El Federalismo Mexicano. Régimen Constitucional del Sistema Federal*, Instituto Nacional de Administración Pública, A.C., México. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4525/13.pdf>
- García, T., (2008), *Las cuencas en el derecho ambiental mexicano. Instrumentos para su gestión integral*, Revista Jurídica, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México. Recuperado de: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/123/art/art5.htm>
- Gómez, M., *Concurrencia de los Gobiernos Federal, Estatales y Municipales en materia de Protección al ambiente*, México. Recuperado de: <https://www.ehu.eus/documents/3012743/4522505/Gomez-Hurtado-Moramay-Leonor.pdf>
- Hernández, F., (2015), Estudios de cambio climático en América Latina. Federalismo ambiental en América Latina: una revisión, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)-Unión Europea, Santiago de Chile. Recuperado de: <file:///C:/Users/J3s5ik/Downloads/Federalismo%20Ambiental.pdf>
- Instituto de Investigaciones Legislativas del Senado de la República IILSEN, *El federalismo mexicano, Elementos para su estudio y análisis*. México: LVI Legislatura del Senado de la República, México, 1997, p. 106, <http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/1738/FederalismoMexicano.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ley General de Equilibrio ecológico y la protección al ambiente, DOF, México, 28 de enero de 1988.
- Mastretta, V., (2019), Hacia una nueva Ley de Aguas Nacionales: nuevas reglas, viejas realidades. e-consulta. México. <https://www.e-consulta.com/opinion/2019-09-22/hacia-una-nueva-ley-de-aguas-nacionales-nuevas-reglas-viejas-realidades>
- Molina C. y Bergamaschine J., (2013), "La distribución de competencias en el nuevo diseño de la Unión Europea: del Acta Única Europea al Tratado de Lisboa, en Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 43, No. 118. Medellín, Colombia. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v43n118/v43n118a02.pdf>
- Observatorio del Principio 10 en América Latina y el Caribe. Recuperado de: <https://observatoriop10.cepal.org/es>

- Serna, J. M., (2003), *Federalismo y sistema de distribución de competencias legislativas*, México, Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1088/17.pdf>
- Tortolero F., 2009, *Subsidiariedad en la Atribución de Competencias Territoriales*, Revista de la Facultad de Derecho de México, México, Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/60899/53711>
- Trujillo, J., (2011), *El Principio de Concurrencia Ambiental en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, México. Recuperado de: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/opera-prima-derecho-admin/article/viewFile/1480/1380>
- Vázquez, A., (2007), *Instituto Nacional de Ecología y Cambio Climático (INECC), El federalismo en materia ambiental*, México, Instituto Nacional de Ecología y Cambio Climático. Recuperado de: <http://www2.inecc.gob.mx/publicaciones/2/libros/398/vazquez.html>
- Yépes, A., (2005), “El Principio de Subsidiariedad y su Aplicación Democrática en el Ámbito Municipal: Entre la Eficacia y la Eficiencia de la Actividad Pública Municipal”, en Revista Jurídica IUS, México: Universidad Latina de América. Recuperado de <http://www.unla.mx/iusunla22/reflexion/El%20principio%20de%20%20subsidiariedad%20y%20administracion%20publica.htm>

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LITIGIOS DE INTERÉS PÚBLICO

The interim measures in Public Interest Litigation

Francisco Martín Flores¹

RESUMEN: En el presente trabajo nos ocupamos de tratar el tópico de las medidas cautelares en litigios de interés público. Se comienza con un análisis sobre las razones que entendemos han convertido al Poder Judicial en el más débil del trinomio, y la necesidad de superar ese paradigma. Luego se aborda la temática del litigio de interés público como especie de proceso colectivo, para luego pasar a tratar las medidas cautelares y las particularidades que han de tener en procesos de especiales características como los tratados.

PALABRAS CLAVE: Litigio de interés público; Procesos colectivos; Medidas cautelares

ABSTRACT: In this paper, we deal with the topic of precautionary measures in public interest litigation. It begins with an analysis of the reasons that we understand have made the Judiciary the weakest in the trinomial, and the need to overcome that paradigm. Then, the issue of public interest litigation is focussed as a kind of class action, and then we move on to the precautionary measures and the particularities that they must have in litigation with special characteristics such as analyzed.

KEYWORDS: Public interest litigation; Class actions; Precautionary measures

¹ Abogado (Universidad Nacional de Córdoba). Especialista en Derecho Procesal (Universidad Nacional de Córdoba). Profesor Responsable en Carrera de Especialización en Derecho Procesal de las Ejecuciones de la Universidad Blas Pascal. Docente Investigador en Universidad Empresarial Siglo XXI. Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de 27° Nominación de la ciudad de Córdoba (por concurso). Mail personal: fmartinflores@outlook.com

Introducción:

Pretendemos desde estas líneas introducir algún concepto acerca de las medidas cautelares en los litigios de interés público, para lo cual es necesario, previo a ello, definirlo como aquel en el que se ventilan derechos fundamentales, tendientes a generar algún cambio proveniente de los poderes políticos. Es decir, se trata de litigios cuya materia versa sobre aspectos históricamente vedados al conocimiento del Poder Judicial, pero que una nueva ingeniería de los procesos, a la luz de los Tratados Internacionales, de la Constitución Nacional, y de la nueva legislación civil, los convierten no sólo en una útil herramienta, sino necesaria a los efectos de velar por derechos fundamentales.

Estos derechos fundamentales que señalamos son los que conciernen, bien a sujetos de preferente tutela (tal el caso de consumidores, personas en situación de discapacidad, personas en situación de calle), o aun a la protección de bienes colectivos (como ocurre con el medio ambiente).

Como vemos, la índole de los derechos que se busca proteger en este tipo de litigio apunta necesariamente a los poderes políticos, quienes por alguna razón -trataremos de ver cuáles-, han postergado los mandatos tendientes a la protección de los sujetos y bienes que arriba aludimos. Esta especial característica impone a los jueces la superación de la vieja idea de que lo que era privativo de los poderes políticos no podía de ninguna manera ser conocido, menos aún analizado, por los poderes judiciales.

Desde otro costado, una vez superado ese primer escollo -que no es menor-, la identificación del interés público impone otra serie de obligaciones para el juzgador. Para comenzar, la necesidad de un gerenciamiento del proceso muy diferente al que corresponde a los procesos individuales, la apertura a nuevos métodos de debate hasta ahora desconocidos -que incluyan a gran cantidad de sujetos-, la utilización de herramientas tecnológicas, y todo sin descuidar el derecho de defensa en juicio que asiste a todos los contendientes, lo que se logra no solo escuchando a la totalidad de los frentes intervinientes, sino también, elevando la calidad argumentativa de las decisiones que se adoptan.

Sobre la definición de “Interés Público”, enseña Ucín:

El interés público no se refiere, entonces, a un cuerpo de leyes, sino a quien o a quienes representan las abogadas y abogados que por él abogan. O mejor aún, se trata de un enfoque del Derecho, que persigue lograr la ampliación en el goce de los derechos y de la participación ciudadana. Su defensa se dirige en especial, entonces, a los grupos de personas subrepresentados, a los más desfavorecidos en el reparto del poder. Así, puede verse como, más allá de la defensa de ciudadanas y ciudadanos de escasos recursos, este campo ha venido a englobar una serie de objetivos: derechos y libertades civiles, protección ambiental, derecho de los consumidores, minorías, discapacitados y ancianos, entre otros (Ucín, 2018, p. 763/799).

Una definición del mismo es importante y útil sobretodo a los fines de lo que arriba aludiéramos como un aspecto esencial para el juzgador: la identificación del interés público. No obstante, ocurre que a veces la identificación del interés público es sencilla, y como hemos referido, el principal escollo no es sino la voluntad del juzgador de entrometerse en aspectos que son privativos de los poderes políticos.

I) ¿Poderes políticos vs. Poder Judicial?

Es probable que esta especial característica del Poder Judicial (“prohibición” de entrometerse en asuntos propios de los poderes políticos), histórica, por cierto, genere una especie de complejo de inferioridad del Poder Judicial, toda vez que se trata del poder estatal que no ha sido elegido popularmente. Remarcamos el entrecomillado de la locución “prohibición”, toda vez que la misma no surge del texto constitucional, sino que es más bien una construcción conceptual del principio de división de poderes.

Ahora bien, es útil que pongamos de resalto que la teoría de la división de poderes, tal y como la conocemos en nuestros días (la propia de Montesquieu) fue el producto de la ideología y la filosofía imperante en una determinada época. Con la visión de otra época también fue incorporada a las distintas constituciones, y destacamos aquellas que sirvieron de fuente directa a la nuestra, como la norteamericana.

Este complejo de inferioridad al que aludiéramos viene de la mano con el sentimiento de culpa, que se traduce en la que muchas veces padece el Poder Judicial al no haber sido elegido popularmente. Vemos, no casualmente, por estos días una fuerte crisis de legitimidad del Poder Judicial. Sin embargo, lo que no estamos teniendo en cuenta es que la no elegibilidad del Poder Judicial no es sino una virtud del orden político. Piénsese en la teoría del gobierno mixto, de la que ya Aristóteles (Aristóteles, 2001) hablaba, desarrollada en Roma, retomada por Santo Tomás de Aquino, y también desarrollada por el propio Montesquieu.

Resulta aún más interesante cuando advertimos que John Locke entendía al Poder Judicial como un apéndice de la corona, y por lo tanto no integraba los poderes del estado, entre los que mencionaba a los poderes ejecutivo y federativo (reunidos en una misma autoridad), y al poder legislativo (Locke, 2003).

Desde otro costado, Montesquieu² (Montesquieu, 1990) sí incluye al Poder Judicial dentro de su teoría de la división de poderes. Ahora bien, lo hace con suma cautela, ya que es prácticamente invisible, y su actividad prácticamente nula, ya que su función radica en ser la boca de la ley, pero el control de la razonabilidad de la misma no estaba contemplado entre sus funciones. Tampoco la paridad con los otros poderes.

² Es necesario recordar que Montesquieu fue juez, cargo al que llegó como generalmente se lograba en esa época, comprándolo. Luego renunció al mismo porque decía no entender el derecho procesal (Montesquieu, 1990).

En síntesis, el Poder Judicial fue diseñado como un poder débil³, y ese es el diseño que se adoptó en las constituciones, cuyas partes orgánicas se han mantenido pétreas, salvo por alguna sencilla modificación de formas. En Estados Unidos se comenzó a limitar la actuación del Poder Judicial ya desde sus inicios, por fuertes presiones tanto del Capitolio como de la Casa Blanca, y así comenzó a imponerse la no intromisión en cuestiones políticas, la no derogación de las normas declaradas inconstitucionales, el efecto *inter partes* de una declaración de inconstitucionalidad.

No es casual, como vemos en muchos de los sistemas de derecho comparado, que la mayoría de los estados ha adoptado un sistema de control de constitucionalidad de tipo “Kelseniano”, en el que el Tribunal Constitucional está fuera del Poder Judicial. Ello porque se entiende que los jueces que integran este Tribunal tienen una visión política, previsora y consecuencialista de la Constitución, de la que los jueces comunes carecen.

Se puede señalar que el adecuado funcionamiento de la democracia supone, entre otras cosas, que los jueces no sean satélites a los poderes políticos. Los sistemas de nombramiento y remoción, la falta de escuelas judiciales que formen futuros jueces a partir de valores democráticos, la discriminación -positiva y negativa- que suele haber en el nombramiento de los jueces, sin duda son factores que no coadyuvan con una visión democrática de la justicia.⁴

¿Y porque hacemos hincapié en la necesidad de ver a la justicia como órgano esencial de la democracia? Porque en el tema que nos ocupa, el Poder Judicial ha de significar un bastión de la democracia, no ha de ser el poder débil diseñado hace siglos. La reformulación del rol del Poder Judicial a partir de la filosofía y la ideología de esta época se torna imperiosa para una protección adecuada y cuidada de los derechos fundamentales.

Y decimos esto, porque la interpretación de los derechos fundamentales también obedece a determinadas estructuras de pensamiento que necesariamente deben rectificarse si queremos que se incluya en la protección a aquellos sectores históricamente desfavorecidos. Los derechos humanos son universales.

II) Traduciendo ideas generales a los institutos procesales:

Hasta aquí hemos referido someramente de que se tratan los litigios de interés público, y hemos hecho referencia a la fuerte necesidad que existe de que los jueces superen el fuerte prejuicio acerca de lo que significa la no intromisión en asuntos privativos del poder político. Esta

³ John Jay, quien fuera presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, renunció a su cargo diciendo que el Poder Judicial era débil, ya que no tenía ni la espada ni la bolsa, frase que devino célebre. Aludía a que el presidente tenía atribuciones para declarar la guerra (la espada) y el Congreso la atribución de sancionar el presupuesto (la bolsa).

⁴ Jackson, en Estados Unidos, propuso la elección por termino y popular de los jueces. Eso se denominó revolución jacksoniana, y tuvo éxito en algunos estados de Norteamérica. En la actualidad, es una idea que se encuentra en franco retroceso, no obstante regir aún en diez estados del norte. La idea de subordinar al juez al poder político, se ha traducido también en concepciones, como “la teoría del juez comprometido”, o la “la teoría del juez político”, a las cuales no referimos por no ser pertinentes con el presente trabajo.

reformulación coadyuvará a que, una vez identificado el interés público, se pueda actuar con libertad e independencia en aras de su protección.

Ahora bien, no debemos perder de vista, en primer lugar, que el litigio de interés público se enmarca dentro de los procesos colectivos. Nos interesa apuntar la definición de Verbic, quien postula respecto a los procesos colectivos:

(...) como una herramienta de activa participación del servicio de justicia del Estado en la delineación de políticas públicas, sobre todo a partir de la protección de derechos de grupos desaventajados y sectores minoritarios que no encuentran respuestas en el marco de los mecanismos políticos de debate. Y en tal entendimiento, el proceso no puede desentenderse del resultado sustancial de sus decisiones (sobre la construcción de los modelos *conflict-solving type* y *policy-implementing type* y las derivaciones de uno y otro en punto al papel que corresponde asumir al juez y las partes (...)) (Verbic, 2007, p.9/10).

Bien sabemos que los procesos colectivos adquirieron especial vuelo a partir del dictado por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del celeberrimo precedente “Halabi” (Fallos 332:111, año 2009). Si bien no se trató del primer caso en el que el Tribunal cimero dictó una sentencia con efectos expansivos, lo cierto es que se trató del primer caso en el cual la Corte sentó las bases hacia el futuro en la materia. No debemos olvidar que fue el primero de los casos en los que se trató la cuestión de los derechos individuales homogéneos como posible objeto de una pretensión colectiva. Hasta ese momento, si bien la Corte había dictado otras sentencias a las cuales le había asignado efecto expansivo, lo cierto es que los derechos individuales homogéneos permanecían al margen, toda vez que se entendía una probable afectación del derecho de propiedad. Ejemplo de estos últimos casos son el caso Ekmedjian (Fallos 315:1492, año 1992), Asociación Benghalensis (Fallos 323:1339, año 2000), Verbitsky (Fallos 328:1146, año 2005), Mujeres por la Vida (Fallos 329:4593, año 2006), Mendoza (Fallos 329:3445, año 2008), entre otros.

Por otra parte, fue recién en “Halabi” que la Corte se ocupó especialmente de determinar cómo debían abordarse los procesos colectivos, lo que antes no era concebible, otorgando un paraguas jurídico -que si bien venía dado por la propia Constitución Nacional- no había sido tratado con precisión por ningún tribunal del país, por lo que resulta de suma importancia remarcar la iniciativa de la Corte en este sentido. No ha de olvidarse que el caso que mencionamos nació como un amparo individual, y que fue recién en la sentencia de cámara cuando se le dio efecto expansivo a la decisión, introduciéndose como “sorpresa”, ya que dicha cuestión no estaba siendo debatida. (Verbic, 2020)

El nuevo modelo procesal abandona la idea binaria y retrospectiva del proceso, abriendo camino no sólo a aspectos procesales vanguardistas, sino también a soluciones de fondo en ese mismo sentido, toda vez que este proceso ha de enfocarse necesariamente en el futuro, y tomar al pasado como un elemento más para la mejor determinación de la solución. Pero ésta es decididamente pensada en clave de lo que deberá suceder, criterio contrario al derecho pensado en clave resarcitoria. De allí que sea necesario para adaptar estas nuevas estructuras a un proceso

uniforme, y recurrir a un mayor poder instructorio por parte de los jueces, ya que, de lo contrario, podríamos caer en la equivocación de tratar problemas colectivos en clave individual.

No debemos perder de vista, a título de ejemplo, que incluso en Estados Unidos se ha abandonado el rol pasivo de los jueces, propio de su sistema adversarial, en aquellos casos de *complex litigation*. La necesidad de tener jueces activos en el gerenciamiento de este tipo de procesos es imperiosa. Siguiendo a Verbic,

(...) parece evidente que el interés social velado tras el conflicto colectivo genera, con mayor fuerza aún que en los casos individuales, la necesidad de que el juez asuma un rol activo, en el manejo de sus poderes instructorios y ordenatorios. Ocurre que frente a las particularidades que presentan los problemas sometidos a discusión y la expansividad que asumirá la decisión a tomar, no resulta plausible la opción de dejar exclusivamente en manos de las partes el resultado del debate (Verbic, 2007, p. 371/372).

La adopción de la lógica individual de los procesos civiles es de altísimo riesgo, toda vez que supone una profunda tentación para el juzgador. Es la solución más cómoda, es la que siempre ha existido, es la que a todos nos han enseñado, y la que todos continuamos enseñando. De allí la dificultad de adoptar, como vengo sosteniendo, una lógica colectiva para resolver un conflicto: porque nuestra mentalidad está aún anclada en la lógica del proceso individual.

No debemos perder de vista, en línea con lo referido en el párrafo anterior, que el rol del juez tal y como lo conocemos en la actualidad hunde sus raíces en el derecho romano canónico del siglo XII, y a partir de este modelo surgieron luego las leyes procesales españolas, que sirvieron de fuente a las que adoptara nuestro país. En consecuencia, se torna necesario comprender este aspecto a los fines de poder avanzar de manera superadora.

Refiriendo al tema que venimos analizando, Sucunza señala:

En numerosos conflictos -especialmente, en justicia de acompañamiento o litigios de interés público-, la estructura no puede ser rígidamente bilateral, sino expansiva y amorfa; la indagación sobre los hechos no es histórica y adjudicativa, sino predictiva y legislativa; la remediación no piensa tanto en el pasado como en el presente y futuro, diseñándose al efecto sobre bases amplias y flexibles y siendo la cosa juzgada mutable y/o colectiva; la composición es negociada; el debate es necesariamente plural, y la materialización de la decisión exige un compromiso continuo del tribunal (Sucunza, 2018, p.19/51).

Hasta aquí hemos desarrollado ya los aspectos propios de los procesos colectivos, las necesidades de adecuación de los institutos de los procesos individuales a las lógicas que han de regir para estos nuevos procesos. Nos proponemos ahora hacer referencia a las particularidades con que han de ser analizadas las medidas cautelares por parte de los jueces a los efectos de su dictado.

III) Medidas cautelares. Generalidades:

Existen numerosas definiciones clásicas sobre éstas, ya que ningún procesalista que se digne de tal ha pasado sin analizar este instituto. Preferimos la moderna denominación que hace referencia a los sistemas cautelares, toda vez que el análisis de las medidas cautelares en cuanto tales, ha encontrado como piedra angular al embargo, lo que denota el carácter estrictamente patrimonialista del derecho procesal, pensado para resolver ese tipo de conflictos. Al hablar de sistemas cautelares, ingresamos en un campo en el que el embargo es una medida más, y adquieren relevancia las medidas innovativas, la prohibición de innovar, las sentencias anticipadas, entre otras.

Sin perjuicio de esta aclaración, Podetti ha definido las medidas cautelares de la siguiente manera:

(...) son actos procesales del órgano jurisdiccional adoptadas en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, a pedido de interesados o de oficio, para asegurar bienes o pruebas o mantener situaciones de hecho o para seguridad de personas o satisfacción de necesidades urgentes; como un anticipo, que puede ser o no definitivo, de la garantía jurisdiccional de la defensa de la persona y de los bienes (art. 18 C.N.) y para hacer eficaces las sentencias de los jueces (Podetti, 1969, p. 23).

Como requisitos para la procedencia de las mismas, se han enumerado la verosimilitud en el derecho (*fumus bonis iuris*) el peligro en la demora (*periculum in mora*), algunos agregan la contracautela, y otros mencionan que el peligro en la demora no es suficiente, sino que es necesario el peligro en el daño (*periculum in damni*). No obstante, enfocaremos nuestro análisis en los dos primeros, sin perjuicio de que alguna alusión formularemos respecto a la contracautela.

a) Verosimilitud en el derecho:

Este requisito se enfoca en el derecho invocado en la demanda. Supone la apariencia de que el mismo efectivamente existe. Por ello, no se requiere su acreditación exacta, sino elementos sumarios de los que pueda surgir que el derecho invocado como fundamento de la pretensión resultará posiblemente admitido en la resolución de fondo.

En los litigios de interés público, este requisito habrá de ser morigerado cuando estén referidos a aspectos de imposible reparación ulterior. No existe duda alguna, que en materia ambiental es donde mayor envergadura tendrá la flexibilización de este requisito. Empero, esta flexibilización a la que aludo habrá de ser cuidadosamente aplicada por los jueces. Piénsese que en numerosos casos puede importar la suspensión de la vigencia de una ley o de un acto administrativo, por lo que en caso de que la facultad sea mal aplicada, podría incurrirse en abusos que impliquen un verdadero desequilibrio de poderes. Entiéndase que lo que analizamos al inicio de este trabajo no supone perseguir el desequilibrio de poderes en favor del Poder Judicial, sino todo lo contrario, buscar el equilibrio del trinomio empoderando a este último, pero no en desmedro de los restantes.

Los tiempos judiciales y la lógica del proceso individual constituyen la principal amenaza a la protección de los derechos ventilados en un litigio de interés público. Destacamos que muchos de los conflictos colectivos suelen tener en su seno de discusión a personas o bienes de preferente tutela, tal y como lo son los consumidores, adultos mayores, personas en situación de discapacidad, el medio ambiente.

Por ello, y más en los casos a los que estoy aludiendo, se requiere una participación judicial activa, tendiente a morigerar los posibles efectos disvaliosos que la situación podría llegar a acarrear. Y en este aspecto, volvemos a lo que al principio referíamos: la necesaria identificación inmediata del interés público, a los fines de un despacho cautelar rápido y eficaz, so pena de que el posible derecho conculcado se convierta en irreparable con ulterioridad.

b) Peligro en la demora:

El peligro en la demora, por su parte, también ha de recibir un especial tratamiento. Imaginemos que la actualidad de los procesos en nuestro país está marcada esencialmente por su demora. De allí que hoy este requisito es prácticamente un hecho notorio, que como bien sabemos, en derecho procesal no requieren de acreditación alguna. Sostenemos la idea de que los litigios de interés público deben ser resueltos por medio de procesos estructurados exclusivamente en audiencias, de modo de dar la mayor participación ciudadana posible. Como reflejábamos al comienzo, el cambio del método de debate también ha de ser una directriz en la regulación de estos procesos. En caso contrario, el peligro en la demora es de Perogrullo.

De tal guisa, este requisito no sólo que habrá de ser morigerado en su análisis, sino que el cambio del sistema de debate que hemos sostenido, debería transformarlo en un requisito innecesario. Si pensáramos una estructura procesal que no admita mayores demoras o dilaciones, quizá podríamos abandonar a éste como uno de los requisitos para la procedencia de la tutela cautelar.

En sentido coincidente, expresan Sucunza y Verbic:

Por nuestra parte, consideramos que, si bien tanto la verosimilitud del derecho como el peligro en la demora siguen suponiendo conceptualmente lo mismo, el tipo de conflictos a desactivar y su caracterización incide de forma singular en su análisis y ponderación, enfatizando el carácter preventivo y protectorio de las medidas cautelares (particularmente, por la potencialidad del daño y la magnitud de los intereses en juego). Esta circunstancia se agrava aún más cuando los procesos involucran derechos fundamentales de tutela preferente o versan sobre bienes colectivos (Sucunza & Verbic, 2014, p. 1604).

Ya hemos hecho referencia en el acápite anterior a las medidas cautelares que tienen como principal destinatario al Estado en cualquiera de sus formas, y en cualquiera de sus actos. Es decir, se trate de Estado Nacional, Provincial o Municipal, así como de hechos (actividad, aún lícita) o de actos jurídicos propiamente dichos (como son las leyes, los decretos, u otros actos administrativos).

Sobre este punto, la decisión judicial a adoptar ha de ponderar un enorme abanico de consecuencias. Por ejemplo, tratándose del medio ambiente, los impactos que tiene el dictado de una medida cautelar pueden oscilar entre los económicos para empresas, para trabajadores, así como también la vida y la salud de las personas. La Suprema Corte de Buenos Aires tiene dicho sobre este punto:

La tutela del medio ambiente patrimonio de todos, justifica soluciones expeditivas, usualmente extrañas a los tiempos que suele tomarse la justicia, ya que el deterioro ambiental progresa de modo casi exponencial y las soluciones tradicionales aparecen como inapropiadas para detenerlo, por lo que interpretar ampliamente las atribuciones judiciales en esta materia no debe entenderse como una indebida limitación a las libertades individuales" y que "el peligro de la demora pide una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que llegue a producir el hecho que se pretende evitar pueden restar eficacia al reconocimiento del derecho en juego, operado por una posterior sentencia (Fundación Ecosur, Ecología, Cultura y Educación para los Pueblos del Sur v. Municipalidad de Vicente López y otro s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, 2010).⁵

Por último, no vacilamos en sostener que el peligro de que una orden judicial no sea dada en un tiempo razonable, ha de ser erradicado.

IV) Vicisitudes de los sistemas cautelares en litigios de interés público:

Abordaremos ahora algunas otras cuestiones que podrían ser análisis de algún trabajo más profundo en esta temática específica.

Medidas innominadas. Ya he mencionado en un apartado anterior que este tipo de medida es el que se erige como el de mayor importancia en el tipo de proceso que analizamos, por sus especiales características. No debemos perder de vista que estos procesos, por lo general, no suponen cuestiones patrimoniales *stricto sensu*, por más que dichas cuestiones pudieran subyacer a la pretensión principal. Destacamos en este punto la ola de juicios a lo largo y a lo ancho del país que tiene como eje el valor de los llamados "autoplanes". Si bien en estas pretensiones subyace la cuestión patrimonial, lo cierto es que el interés público está en la determinación acerca de si una cláusula puede o no resultar abusiva, en contratos masivos, y con consumidores como integrantes del sinalagma contractual.

Claro está, en medidas de este calibre, el deber de fundamentación se acentúa aún más, lo que la propia Corte Suprema se ha encargado de esclarecer: Que, en tal sentido, interesa destacar

⁵ También, Ac. 72.267, "Mitchell, Mary I. L. y otros v. Municipalidad de Junín s/ inconstitucionalidad ordenanza 6187/2012", del 13/11/2013; Ac. 71.446, "Fundación Biósfera y otros v. Municipalidad de La Plata s/ inconstitucionalidad ordenanza 10.703", del 24/5/2011, entre otras. Y para agregar: Suprema Corte Buenos Aires, Ac. 54.665, "Pinini de Pérez, María del Carmen v. Copetro s/ daños y perjuicios", del 19/5/1998, entre otras.

previamente que la cautelar innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (Fallos: 316:1833; 320:1633). Que, ello es así con mayor razón cuando -como en el caso de autos- **la cautelar es tomada en el marco de un proceso colectivo** (*sic*) pues, por sus efectos expansivos, resulta imprescindible acentuar la apreciación de los parámetros legales exigidos para su procedencia ya que, las garantías del debido proceso y la igualdad ante la ley se ven particularmente comprometidas. (Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S.A., 2014) ⁶

¿Bilateralización? Otro aspecto que entendemos oportuno mencionar es el correspondiente al “contradictorio” en medidas cautelares en esta clase de litigios, y en especial, cuando tienen al Estado como sujeto pasivo. Sobre ello, la ley 26.854 contiene una disposición que requiere que el Estado, previo al dictado de una medida cautelar en su contra, presente un informe circunstanciado sobre la situación fáctica que se ventile, a los fines de que el juez pueda tener un mejor panorama del *thema decidendum*.

Si bien esa ley contiene un sinnúmero de disposiciones limitativas, y a nuestro juicio inconstitucionales⁷, no es menos cierto que la idea de bilateralizar el dictado de una medida cautelar cuando el interés público está en juego, y deba ser el propio Estado quien deba cumplimentar una manda, no parece nada descabellado, y suma al necesario equilibrio que ha de existir entre los poderes del estado. Recordemos en este punto, y en línea con lo que hemos venido desarrollando, que Berizonce ha sostenido que el ejercicio del poder cautelar genérico ha suscitado no sólo resquemores doctrinarios sino sendas preocupaciones por parte de legisladores e integrantes de la Administración, quienes ven con honda preocupación el “avance desmedido de los jueces” (Berizonce, 2010).

Sobre este aspecto, enseña Verbic:

(...) encontramos ciertas medidas cautelares que tienden a incidir sobre la conducta de la parte demandada mediante una orden de hacer o no hacer (prohibición de innovar, orden de innovar). Es en torno a estas medidas que sugiero repensar hasta dónde resulta necesario y conveniente su dictado sin previo contradictorio. Ello así por diversas razones. En primer lugar, porque la noticia anticipada de la restricción que habrá de padecer el cautelado no influye del mismo modo que en los supuestos analizados anteriormente. En estos casos, al cautelado no le basta con insolventarse. Más aun, éste no tiene forma de desembarazarse de lo que viene si no es mediante el cumplimiento de lo pedido en carácter de medida cautelar; lo cual, a lo sumo, tornaría abstracta la cuestión y solucionaría en forma indirecta (y más rápida) el problema del cautelante. En segundo lugar, porque las eventuales consecuencias privadas y públicas de la traba de la medida suelen ser más

⁶ En este caso la Corte revocó la decisión de las instancias inferiores que habían hecho lugar a un pedido de medida cautelar innovativa interpuesto por la parte actora, aunque la revocación fue por entender que la actora carecía de legitimación para formular un reclamo de esas características. Este fallo, además, es reconocido por ser el creador del Registro de Acciones Colectivas.

⁷ El art. 3 prohíbe el dictado de la tutela anticipada. También la norma contenida en el art. 5 exige la fijación de plazo de duración de la medida eventualmente trabada. A ello sumamos el efecto suspensivo del recurso de apelación, en el art. 13.

graves que en los otros supuestos. Detener la explotación minera desarrollada en cierta zona geográfica, por poner un ejemplo actual, no sólo puede afectar a la empresa que la lleva adelante sino también a los trabajadores e incluso al país entero en términos macroeconómicos. Por último, cabe adunar que las mandas contenidas en las providencias cautelares de este tipo suelen ser de carácter personalísimo y sumamente específicas, lo cual impide sustituir la medida por otra menos perjudicial para el cautelado. En virtud de lo expuesto, entiendo que resulta conveniente -al menos en línea de principio- correr un traslado con carácter previo a resolver sobre pretensiones cautelares que encuadren en este segundo grupo (Verbic, 2009).

La caución. Finalmente, la cuestión de la contracautela es el último de los requisitos a ponderar en la traba de una medida. Venimos diciendo que el tipo de cuestiones que se ventilan en este proceso conduce a morigerar la exigibilidad de los requisitos de toda cautelar. La contracautela no está exenta de esta posibilidad. Y es que si analizamos los posibles derechos conculcados (ambientales, consumidores, salud, etc.) y los conjugamos con la cautelar solicitada, es un requisito del que tranquilamente podría prescindirse. Vale agregar que muchos de estos procesos tramitan con beneficios de gratuidad, como ocurre, por ejemplo, con los procesos de consumo, beneficio que no sólo es comprensivo del pago de tasas y contribuciones iniciales del juicio, sino que también abarca la eximición de prestar contracautela frente al pedido de medidas cautelares. Idéntico razonamiento ha de aplicarse, por mas que no estuviere previsto legislativamente, cuando quienes intervengan sean sujetos en situación de vulnerabilidad, en una mirada que conjugue nuestras normas procesales con los Tratados Internacionales. No se puede desconocer que existe un plexo convencional que brinda una fuerte protección a personas en situación de discapacidad, niños, niñas y adolescentes, adultos mayores, que no pueden quedar desprotegidos por la pretendida idea ritual de pagar una tasa para poder acceder a la justicia.

V) Conclusiones:

Nuestro trabajo se ha centrado, en primer lugar, en intentar desmitificar la idea de que el Poder Judicial no puede entrometerse en cuestiones atinentes a la regulación de las políticas públicas. Por otra parte, hemos enfatizado en la necesidad de una rápida identificación del interés público a los fines de un rápido despacho de medidas cautelares. Asimismo, hemos destacado como las medidas cautelares operan de una singular manera en litigios de interés público.

El Poder Judicial, y el proceso, no pueden nunca estar desconectados de la realidad, no pueden desatender a los mas desfavorecidos, ni desconocerles la posibilidad de acceder a la justicia y obtener la tutela de derechos fundamentales. Desconocer esa idea importa desconocer normativa convencional que obliga a todos los operadores del derecho a actuar en dicho sentido.

No debemos olvidar que el proceso se ha de comportar consciente de encontrarse dentro de una democracia, que garantice participación igualitaria a los ciudadanos. Es desde ese lugar, al decir de Ucin, que el proceso ha de comportarse como un “microcosmos democrático” del Estado de

Derecho (Ucín, 2020), y hacia allí han de apuntar los esfuerzos tendientes a obtener reformas que coadyuven a la existencia de reglas claras en la temática que hemos abordado.

Bibliografía:

Aristóteles, (2001), *La Política*, Madrid: Alba.

Berizonce, R. O, (2010), Tutela judicial efectiva y medidas de urgencia, ¿cogobierno judicial?", en J. Peyrano, *Medidas cautelares* (p. 58), Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Locke, J. (2003), *Ensayo sobre el Gobierno Civil (Concerning Civil Government, Second Essay an Essay Concerning the True Original Extent and End of Civil Government)*, Traducido por Sergio Albano, Buenos Aires: Gradifco SRL.

Montesquieu, (1990), *Del espíritu de las leyes*, México: Porrúa.

Podetti, R. J. ,(1969), *Tratado de las medidas cautelares*, Buenos Aires: Ediar.

Sucunza, M. A., (2018), Constitucionalización del Derecho y Reforma a la Justicia no penal: Interpelaciones y Aportes en pro de una (Re) Ingeniería Procesal Igualitaria, Responsable y Democrática, en J. A. Rojas, *Análisis de las bases para la reforma procesal civil y Comercial* (p. 19-51), Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Sucunza, M. A., & Verbic, F., (2014), Medidas cautelares en procesos colectivos: ausencia de régimen adecuado y modulaciones necesarias, Abeledo Perrot N° AP/DOC/1604/2014, 1604.

Ucín, M. C., (2018), La trama policéntrica del litigio de interés público, en J. A. Rojas, *Análisis de las bases para la reforma procesal civil y comercial* (p. 763-799), Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Ucín, M. C., (2020), [www.academia.edu](https://www.academia.edu/43098750/Dimensi%C3%B3n_democr%C3%A1tica_y_deliberativa_del_proceso_judicial_de_Inter%C3%A9s_P%C3%BAblico?auto=download&email_work_card=download-paper). Obtenido de https://www.academia.edu/43098750/Dimensi%C3%B3n_democr%C3%A1tica_y_deliberativa_del_proceso_judicial_de_Inter%C3%A9s_P%C3%BAblico?auto=download&email_work_card=download-paper

Verbic, F.,(2007), *Procesos Colectivos*, Buenos Aires: Astrea.

Verbic, F., (2009), *Sustanciación previa de ciertas pretensiones cautelares en el marco del proceso colectivo ambiental*. Recuperado el 18 de 08 de 2020, de Academia.edu: https://www.academia.edu/3715535/Sustanciaci%C3%B3n_previa_de_ciertas_pretensiones_cautelares_en_el_marco_del_proceso_colectivo_ambiental

Verbic, F., (2020), [www.classactionsargentina.com](https://classactionsargentina.com/2020/03/31/lecturas-de-la-sentencia-de-la-cs-jn-en-halabi-la-pretension-individual-promovida-por-ernesto-halabi-el-desarrollo-del-tramite-y-una-sorpresiva-decision-2-14/). Obtenido de <https://classactionsargentina.com/2020/03/31/lecturas-de-la-sentencia-de-la-cs-jn-en-halabi-la-pretension-individual-promovida-por-ernesto-halabi-el-desarrollo-del-tramite-y-una-sorpresiva-decision-2-14/>

Apéndice multimedia

Humedales a la espera de reconocimiento: qué son y por qué es importante protegerlos

Wetlands a waiting for recognition:
what are they and why it is important to protect them

Jezabel Primost¹

Desde hace algunos años los humedales han empezado a cobrar relevancia y atención en distintos sectores de la sociedad, de la mano con la creciente preocupación, sobre todo por parte de movimientos u organizaciones ambientalistas, del sector científico y académico, ante las amenazas, el deterioro y la pérdida de estos ecosistemas a nivel mundial y regional. Ahora bien... ¿qué son los humedales, por qué son tan importantes y por qué protegerlos?

¿Qué son los humedales?

Para empezar a entender qué son los ecosistemas de humedales, tenemos un punto de partida difícil: No existe una definición precisa y única, dada su gran variedad en cuanto a sus características, distribución geográfica y funciones. Sin embargo, el término *humedal* hace referencia a ecosistemas que permanecen en condiciones de inundación de forma permanente o semipermanente, siendo característicos los suelos hídricos o con rasgos de hidromorfismo, con predominio de procesos anaeróbicos (es decir, carentes de oxígeno). Y si bien pueden ser muy distintos en sus características, todos los humedales tienen en común una característica fundamental: el agua es el componente esencial que les da vida y tiene un papel fundamental en la determinación y organización de su estructura y de sus funciones ecológicas. Estos ecosistemas presentan una alta biodiversidad y redes alimentarias únicas, donde habitan especies tanto vegetales como animales, hongos, microorganismos, con características particulares, que presentan adaptaciones a las condiciones de inundación o de alternancia de períodos de anegamiento y sequía, y, dadas estas condiciones, se diferencian de los ecosistemas propiamente acuáticos o terrestres.

Existen distintos tipos de humedales y clasificaciones según la geomorfología (es decir, la forma de la superficie terrestre), el origen del agua que los sustenta y el tipo de

¹ Lic. en Química y Tecnología Ambiental. Dra. en Ciencias Exactas UNLP. Docente universitaria. E-mail: jezabel.primost@gmail.com

vegetación asociada. En Argentina, dada la gran extensión del territorio y su variación latitudinal y altitudinal [existe una gran diversidad y riqueza de humedales](#), que podemos encontrar asociados a la Cuenca del Plata, a la región del Chaco, a la región Pampeana, a la Patagonia, a la Puna y a la Zona Costera Patagónica. A grandes rasgos, se reconocen cinco tipos de humedales principales: *marinos* (humedales costeros, lagunas costeras, arrecifes de coral); *estuarinos* (deltas, marismas de marea y manglares); *lacustres* (humedales asociados con lagos); *ribereños* (humedales adyacentes a ríos y arroyos) y *palustres* (es decir, “pantanosos” como marismas, pantanos y ciénagas), aunque existen clasificaciones más específicas, como la que establece la “Convención Ramsar sobre Humedales” en la que se distinguen 42 tipos de humedales, incluyendo humedales artificiales como estanques, embalses, canales. Esta Convención, [ratificada por Argentina](#) en 1992, es un tratado internacional con 171 estados parte, y tiene como misión la conservación y el uso racional de los humedales. Un aspecto importante es que presenta una lista de sitios de humedales denominados “sitios Ramsar”, en los cuales se llevan adelante acciones para su conservación y/o uso racional. En la actualidad existen más de 2300 sitios Ramsar declarados en todo el mundo, de los cuales 23 [pertenecen a Argentina](#) y abarcan casi el 2 % de todo el territorio nacional. Sin embargo, este porcentaje representa solo una fracción del área total de humedales que tiene Argentina, que incluye lagunas altoandinas, mallines, turberas, pastizales inundables, bosques fluviales, esteros, bañados y marismas, que cubren aproximadamente el 23 % de la superficie del territorio nacional.

Sus funciones

¿Por qué protegerlos? Los humedales presentan funciones ecológicas y ambientales que se traducen en bienes y servicios ecosistémicos. Albergan y son refugios de una gran diversidad de especies, almacenan, absorben y purifican el agua. Cumplen un rol importantísimo en el control de inundaciones ya que reducen la velocidad de circulación de las aguas en época de crecida y actúan como barreras ante los efectos de las tormentas, la erosión costera, y hasta los tsunamis, por lo que son considerados grandes amortiguadores de excedentes hídricos. Constituyen una de las principales fuentes de abastecimiento de agua dulce, contribuyendo con la recarga y descarga de acuíferos. Tienen un papel fundamental en los ciclos biogeoquímicos (es decir, en el movimiento de elementos esenciales entre los organismos vivos y las distintas esferas ambientales) reteniendo nutrientes y sedimentos, y también son importantes sumideros de carbono, por lo que representan ecosistemas muy valiosos en relación al cambio climático.

Pero, además, son necesarios para la vida de los seres humanos y de todo el planeta porque constituyen una fuente esencial de alimento, materia prima, recursos genéticos para medicinas, madera y otros materiales de construcción. A ellos se asocian actividades como la pesca, el pastoreo, la actividad forestal, la recreación, la investigación, los recursos

energéticos como turba y materia vegetal. También poseen atributos especiales como parte del patrimonio cultural de la humanidad. Aportan información arqueológica, son espacios importantes de tradiciones sociales, económicas y culturales. Todos estos “servicios” a partir de los cuales las sociedades y las comunidades biológicas se benefician, se pueden sintetizar en 5 clases: de aprovisionamiento, de regulación, de hábitat, de apoyo o sostén, y culturales. Más de mil millones de personas dependen de ellos para su sustento y se estima que el 40 % de las especies de la tierra viven y se reproducen en humedales.

Bajo amenaza

Sin embargo, y a pesar de su importancia vital y sus múltiples beneficios para la sociedad y el planeta, estos ecosistemas enfrentan constantes amenazas que conducen a su pérdida y degradación. Tal es así que en el último siglo se ha perdido entre el 30 y 70 % de los humedales según la región del mundo, no teniendo hasta el momento datos precisos para Sudamérica, lo que no significa que escape a estas tendencias. Según el Índice de Extensión de los Humedales, entre 1970 y 2008 la extensión de estos ecosistemas [se redujo 40 % a escala mundial.](#)

Son muchos los factores que están conduciendo a la pérdida de la estructura y la dinámica natural de los humedales, tanto a nivel mundial como en nuestra región. Entre ellos, los relacionados al desarrollo urbano y rural a través de los cambios en el uso del suelo y los cambios en la hidrogeomorfología, es decir, los cambios en la dinámica de la circulación del agua y su interacción según la forma y estructura del terreno, la desviación de agua mediante represas, diques y canalizaciones, el desarrollo de infraestructuras viales y centros urbanos particularmente en valles fluviales y zonas costeras, el dragado y rellenado necesarios para tales fines. También actividades de deforestación, explotación intensiva por actividades agrícola-ganaderas, pesca indiscriminada, entre otras actividades antrópicas, que, además de modificar y degradar estos ecosistemas, en muchos casos traen aparejado un impacto asociado a la contaminación.

En este sentido, la contaminación del agua por vertidos residuales tanto de la urbanización como de actividades productivas, el uso de fertilizantes, plaguicidas y fármacos, son algunas de las principales amenazas a estos ecosistemas. Se estima que más del 80% de las aguas residuales mundiales se vierten en áreas asociadas a humedales sin tratamiento adecuado, y Argentina no es la excepción. La calidad del agua está empeorando cada vez más y casi todas las fuentes de agua dulce del planeta ya están afectadas en cierta medida.

Sumados a estos factores, el cambio climático afecta de manera directa la integridad de estos ecosistemas, amenazándolos cada vez con mayor potencialidad.

Una práctica muy actual que amenaza a sobremanera a ciertos humedales, y que está relacionada con la ocupación de territorios de humedales para otros usos, son los incendios o las “quemadas”. En muchos casos se realiza como herramienta para el manejo de pastizales sobre todo para uso ganadero, también como un medio para regular el desarrollo de plagas, o con el fin de cambiar la estructura de la cobertura vegetal para posteriores usos del suelo, y, sea cual fuera la causa, provocan innumerables alteraciones con distintos niveles de complejidad e impactos.

Consecuencias de su pérdida

La pérdida de humedales tiene un sinnúmero de [consecuencias directas e indirectas](#). Sin humedales el acceso al agua potable es cada vez más difícil y costoso ya que se afectan procesos de autodepuración; las inundaciones son cada vez más severas, se hace menos eficiente el almacenamiento de carbono frente al cambio climático, se afectan los medios de vida tradicionales relacionados a estos ecosistemas. Al mismo tiempo la disminución y pérdida de hábitat y fuentes de alimentos impide el desarrollo de especies, las cuales en algunos casos se extinguen o disminuyen considerablemente como los arrecifes de coral y anfibios, tal como indica el índice de planeta vivo. Esta pérdida de biodiversidad supone un desequilibrio ecológico, que compromete y perjudica los bienes y servicios que ofrecen para la sociedad de manera natural.

Un caso muy emblemático que evidencia las consecuencias por las pérdidas de humedales, lo constituye el Delta del Río Mississippi, donde desde 1780, se han drenado y destruido más de 5 mil Km² de humedales que funcionaban como sumidero hidrológico, lo que fue desencadenando innumerables desequilibrios en distintas escalas, con una degradación importante en la calidad del agua y una importante fragmentación, con costos altísimos de restauración.

El crecimiento compulsivo de los barrios privados y otros emprendimientos emplazados sobre estos ecosistemas, genera cambios drásticos sobre su estructura y funciones, aumentando la impermeabilización del suelo, es decir, la interrupción del paso natural del agua hacia las capas subsuperficiales, provocando desconexión del agua superficial con el agua subterránea y al mismo tiempo disminuyendo la conectividad del agua con la vegetación al estar perturbado su flujo natural. Esto provoca graves consecuencias en la integridad de estos ecosistemas y efectos indirectos como una mayor intensidad y frecuencia de inundaciones, como ocurre [en la Cuenca del Río Luján, en la provincia de Buenos Aires](#), donde el avance de desarrollos urbanísticos en zonas de humedales, ha modificado las direcciones de flujos de agua, lo que supone una mayor vulnerabilidad a las inundaciones en las zonas circundantes.

Reconocer su importancia

Actualmente, en países industrializados que presentan enormes pérdidas de humedales como Holanda, China, Corea del Sur, se están realizando esfuerzos e inversiones incalculables por conservarlos o restaurarlos, aunque en algunos casos la pérdida es irreversible. Las consecuencias están a la vista a nivel mundial, estamos en un momento clave como sociedad, para dar pasos firmes en relación a su reconocimiento y protección. Es imperiosa la necesidad de contar con una ley a nivel nacional que los proteja y en este marco poder generar un inventario de Humedales y otras herramientas de conocimiento y de información, con el fin de caracterizar, conocer y darles la importancia que merecen. El desarrollo y las actividades humanas que generamos como antroposfera, implica interactuar con el resto de las esferas ambientales (la geosfera, la biosfera, la hidrosfera y la atmosfera), pero de ninguna manera debe suponer la destrucción, la degradación, ni la pérdida de los equilibrios que suceden entre y cada una de ellas, en particular, en los ecosistemas de humedales.

No se trata de restringir en absoluto todos los usos o beneficios que podamos obtener de estos ecosistemas, sino de generar procesos o métodos de ordenamiento territorial donde los derechos de la propiedad no estén por sobre estos bienes comunes, y promover aquellas actividades que se adapten mejor a las características particulares de los humedales, teniendo en cuenta y priorizando su susceptibilidad, su complejidad, su dinámica y su diversidad, y para esto, como primer paso es preciso *reconocerlos*.

Caso Castillo: un precedente útil para el litigante de Interés Público

Castillo: a useful precedent for Public Interest litigation

Irina C. Coria Hoffmann¹

Vanina I. Redondo²

En esta oportunidad dedicaremos unas breves líneas a analizar lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación—en adelante CSJN- en el fallo “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta – Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo” (Fallos: 340:1795), dictado en el mes de diciembre del año 2017, por entender que servirá como una herramienta para el litigante de interés público o para las futuras decisiones en que esté implicado un conflicto de estas características.

En el caso en estudio, un grupo de madres de alumnos y alumnas de escuelas públicas salteñas y la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) iniciaron una acción de amparo colectivo contra la provincia de Salta y el Ministerio de Educación, cuestionando la constitucionalidad del artículo 49 de la Constitución local y de los artículos 8 inc. m y 27 inc. ñ de la Ley Provincial de Educación 7546. Los dos primeros establecen, de manera similar, el derecho de los padres y tutores a que sus hijos y pupilos reciban en la escuela pública educación religiosa de acuerdo con sus convicciones y el último mencionado dispone:

Son objetivos de la Educación Primaria en la provincia de Salta: (...) ñ) Brindar enseñanza religiosa, la cual integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos. Los contenidos y la habilitación docente requerirán el aval de la respectiva autoridad religiosa (art. 27 inc. ñ, Ley Provincial de Educación 7546).

A su vez, la parte actora tachó de inconstitucionales las actividades realizadas por los funcionarios escolares que, al aplicar esas normas, imponían la enseñanza de la religión católica en las escuelas públicas de la Provincia de Salta. Por ello, solicitaron el cese de la enseñanza y la práctica de dicha religión, por resultar violatorias de los derechos constitucionales de libertad de culto, religión y conciencia, de igualdad, educación libre de discriminación y respeto a las minorías étnicas y religiosas, y de privacidad.

El máximo tribunal de la Provincia de Salta confirmó la constitucionalidad de las disposiciones en conflicto. Para ello, expresó que las mismas no imponían la enseñanza de la religión católica ni afectaban el derecho de los alumnos y alumnas a elegir su culto, y que, si se decidiera no

¹ Estudiante avanzada de Abogacía en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Integrante de la Secretaría de Redacción de la Revista de Interés Público. La Plata, Argentina. E-mail: irinacoriah@hotmail.com

² Abogada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Integrante de la Secretaría de Redacción de la Revista de Interés Público. La Plata, Argentina. E-mail: redondovanina@gmail.com

impartirla, eso perjudicaría a aquellos niños y niñas que no pudieran acceder a la religión católica - que es la profesada por la mayoría- fuera de las escuelas públicas. Así, calificó como razonable y no discriminatorio lo sostenido por las normas, por aplicación del estándar tradicional de igualdad.

El caso llegó a nuestro máximo tribunal de justicia que se expidió, en primer lugar, acerca del art. 49 de la Constitución salteña y el art. 8 inc. m de la Ley Provincial de Educación, las cuales fueron avaladas por resultar acordes a los tratados internacionales de derechos humanos, ratificados por nuestro país a través del art. 75 inc. 22, en la reforma constitucional de 1994. Por ende, delimitó el ámbito de debate al art. 27 inc. ñ de la misma ley, que reglamenta el artículo constitucional salteño. La cuestión tuvo dos puntos principales: el principio de neutralidad religiosa del Estado y el principio de igualdad. Nosotras, a los fines de este trabajo, nos limitaremos a analizar este último.

La particularidad del caso –y por eso elegimos comentarlo– radica en que la norma cuestionada (art. 27 inc. ñ de la Ley de Educación de Salta), no contenía una discriminación patente, es decir, no hacía distinciones basadas en categorías sospechosas de discriminación (como sí sucedía en los precedentes “Hooft”, Fallos 327:5118, y “Gottschau”, Fallos 329:2986); era en apariencia una norma “neutra”.

Es por eso que la Corte (por voto mayoritario constituido por Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda) debió resolver la cuestión con un nuevo criterio o estándar en materia de discriminación e igualdad; en ese sentido expresó:

(...) la igualdad debe ahora ser entendida no solo desde el punto de vista del principio de no discriminación, sino también desde una perspectiva estructural que tiene en cuenta al individuo en tanto integrante de un grupo. El análisis propuesto considera el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan, y de qué modo impactan en los grupos desventajados, si es que efectivamente lo hacen (cons. 18).

Así, nuestro máximo tribunal incorpora datos de la realidad a su análisis, lo que le permite una visión estructural de la igualdad, que se apoya en la idea de que el derecho no puede ser completamente “ciego” a las relaciones existentes en un determinado momento histórico entre diferentes grupos de personas; esta idea se aproxima a la visión estructural de igualdad ante la ley que teoriza Roberto Saba (2007).

La Corte tuvo que proceder de esa manera porque –como ella misma lo explica– hay supuestos en los cuales la norma no contiene una distinción sospechosa, es aparentemente neutra, pero aplicada en determinado contexto social produce un impacto desproporcionado en un determinado grupo constituido. En el caso, dicho grupo estaba constituido por alumnas y alumnos que no profesaban la religión católica o que no profesaban religión alguna, ya que en el plano fáctico sólo aquella se enseñaba y/o practicaba. El Estado, entonces, debe justificar esos efectos; si no lo logra la norma resultará inconstitucional, lo cual fue, en definitiva, lo que sucedió en el presente fallo.

El estándar aplicado por la CSJN se presenta de la siguiente manera: ante casos en que una norma aparentemente neutral genere *prima facie* un impacto desmedido en miembros de un grupo, será necesario, para analizar su constitucionalidad, prestar atención a la manera en que la misma fue implementada, es decir, analizar los efectos que ha generado en la realidad su aplicación.

Como lo expresó nuestro máximo tribunal, de no recurrir a ese razonamiento, el efecto negativo de la norma se perpetuaría por más que una y otra vez se invalidaran las prácticas y es por ello que entendió insuficiente revocar éstas sin hacer lo propio con las normas que las avalan.

Esta concepción que plantea la CSJN puede apreciarse como un “quiebre” en relación con lo que ella venía interpretando en sus sentencias en cuanto al principio constitucional de la igualdad. Ya no solo tiene en cuenta la igualdad como no discriminación en cuanto al sujeto discriminado de manera individual, sino que comienza a analizar sobre su pertenencia a un grupo y su situación social, económica y cultural. Es decir, para considerar a una norma respetuosa del principio de igualdad previsto en nuestra Constitución Nacional, la misma no debe producir un impacto discriminatorio en el contexto en la que es aplicada.

Al entender a la igualdad desde una óptica más amplia, se expanden para el litigante las herramientas a utilizar en un caso de estas características, ya que haciendo uso de este precedente puede señalar prácticas que resulten *prima facie* discriminatorias en aplicación de una normativa “neutral” y será su contraparte la que, en palabras de la CSJN: “(...) debe justificar la necesidad de los efectos desproporcionados que causa la disposición. En el caso de que no logre hacerlo, la norma aparentemente neutra resultará inconstitucional por afectar el principio de igualdad y no discriminación.”(cons. 22).

Esto acrecienta, además, las posibilidades de arribar a resoluciones judiciales más justas y razonables. Asimismo, constituye una pauta a tener en cuenta por los legisladores y las legisladoras en el cumplimiento de su función, quienes antes de presentar un proyecto, en su posterior debate y al momento de aprobar una ley deberán tener en cuenta el contexto social en el cual será aplicada para evitar que la misma sea cuestionada en su constitucionalidad. Quizás una manera sería pedir a especialistas –de la sociología, por ejemplo– un informe sobre el posible impacto de esa norma en un determinado grupo social.

Bibliografía:

Roberto S, (2007) (Des)igualdad estructural, en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires: Lexis Nexis.

EXTENSIÓN



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