

LUCHAS (TRANS)CONSTITUCIONALES: REDES DE LITIGANTES ESTRATÉGICOS

Evorah CARDOSO*

¿Hacia un *ius constitutionale commune* latinoamericano? La pregunta presentada por esta obra en el tema de los derechos sociales nos invita a todos, autores y lectores, a reflexionar acerca de un proyecto normativo, académico y práctico, de construcción de un *ius constitutionale commune* latinoamericano. Para esto es importante empezar a definir los términos de ese proyecto para que cada uno pueda insertarse en él, según su campo de actuación. ¿Qué se podría entender por *ius constitutionale commune*?, ¿y por qué pensarlo en Latinoamérica? En una primera lectura, la idea de un *ius* nos remitiría a una agenda de trabajo en el plano normativo, dogmático-jurídico o de teoría jurídica; *constitucional*, al enfoque especial en ese campo del derecho; y *commune* a pensar qué garantiza su carácter común, o sea, bajo cuáles presupuestos normativos, dogmático-jurídicos o teóricos ese proyecto podría ser realizado de manera compartida. Latinoamérica, por su lado, al principio, podría sonar como una delimitación geográfica a ese proyecto, tal vez por la región compartir problemas o desafíos sociales, económicos, políticos o jurídicos semejantes. Me gustaría empezar por ampliar los aparentes términos iniciales de ese proyecto en este análisis.

En relación a la agenda de trabajo en torno de la idea de *ius*, al plan de discusión normativo, que comprendería la dogmática y la teoría jurídicas, podrían sumarse por lo menos otros dos planos, uno institucional y otro social. Digo eso especialmente pensando en como hace falta a los juristas que

* Maestría (2008) y estudiante de doctorado (2009-) de la Facultad de Derecho de la Universidade de São Paulo; investigadora del Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP) y de la Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP). El proyecto de doctorado recibió el apoyo financiero de la Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP) y del Programa PROBRAL, de la Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) y del Deutscher Akademischer Austausch Dienst (DAAD). E-mail: evorahl@gmail.com. Agradezco los comentarios de Felipe Gonçalves Silva y Marijane Lisboa.

también produzcan reflexiones que vayan más allá del tradicional plano normativo a lo cual suelen dedicarse, que se encuentren suficientes y relevantes desafíos en el plan normativo. Mientras en la dogmática jurídica, por ejemplo, están los desafíos de construir bases para los derechos sociales en el campo de los derechos constitucionales, derechos humanos y del derecho internacional, en la teoría jurídica se invita a repensar, por ejemplo, los límites de actuación del Poder Judicial al lidiar con derechos sociales justiciables, así como cuáles serían sus consecuencias para las teorías de interpretación y aplicación del derecho. No obstante, hace falta que los juristas sean introducidos también en una agenda de trabajo institucional, que produce, por ejemplo, los parámetros para las reformas del Poder Judicial, bastante influenciadas en el presente por los economistas, o en una agenda social, por intermedio, por ejemplo, de estudios de sociología jurídica que busquen analizar la movilización de actores de la sociedad civil, gubernamentales, judiciales, legislativos en torno a la construcción de demandas de reconocimiento, difusión, promulgación, interpretación, implementación de los derechos sociales.

Tampoco hay que limitar el término *constitucionale* al campo del derecho constitucional positivo. Las disputas por los contornos de los derechos sociales ocurren en diferentes ámbitos, del local al internacional, con la incidencia de diferentes conjuntos normativos, que son creados, interpretados y aplicados por diferentes instituciones jurisdiccionales o casi-jurisdiccionales, que involucran la participación de diversos actores gubernamentales y no gubernamentales. El término *constitucionale*, por lo tanto, podría ser interpretado como un *locus* en el cual coinciden esas varias esferas normativas, institucionales y de actores, como un lenguaje compartido y disputado. O sea, la disputa constitucional de los derechos sociales no se restringe al ámbito de las cortes en su proceso de interpretación y aplicación de los derechos constitucionales sociales, tampoco se limita a una disputa de la cual participan solamente jueces o juristas. Se ubica también en la esfera pública, cuando son discutidos los límites de los derechos, el reconocimiento de nuevos derechos, en los órganos gubernamentales, cuando están involucrados en crear políticas públicas para implementarlos. Asimismo, no se restringe al ámbito nacional, pues para sus contornos también inciden las prácticas y estándares regionales, como el del Sistema Interamericano de Derechos Humanos o los de otros países.

Esa intensa *cross fertilization*, o promesa de *cross fertilization*, en el campo del derecho constitucional de los derechos sociales permitiría hablar de la construcción de un *ius constitucionale commune*. En el plan normativo sería necesaria una expansión del campo de estudios del carácter *commune*. Son más fre-

cuentos los estudios que buscan analizar la experiencia comparada entre los textos constitucionales y sus reformas, o la interacción entre el derecho internacional y el derecho doméstico (como en el clásico tema de la jerarquía normativa de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico doméstico), que los que se dedican a un aspecto más dinámico de esa *cross fertilization*, como los que analizarían al momento de interpretación y aplicación del derecho, el diálogo jurisprudencial entre cortes domésticas, internacionales y domésticas-internacionales. Asimismo, sería necesaria la incorporación de estudios en el plano institucional, por ejemplo, cómo podrían las cortes intercambiar experiencias de innovaciones procedimentales para lidiar con los desafíos de la justicialización de políticas públicas en casos estructurales complejos de derechos sociales y cómo incorporarlas en la agenda de reforma del Poder Judicial. Así como en el plano social, hay pocos estudios sobre la dimensión de actores sociales ya inmersos en ese proceso de construcción de un *ius constitutionale commune*, como las organizaciones no gubernamentales y la comunidad académica involucradas en el litigio estratégico de casos estructurales complejos de derechos sociales y en la justificación y legitimación teórica de las nuevas competencias exigidas de las cortes al decidir esos casos.

Por fin, el enfoque en Latinoamérica, más que un límite geográfico restrictivo de algo que sólo pasa aquí, podría servir como una lupa para hacer una lectura particular de fenómenos que también son globales. Los temas de la expansión del reconocimiento de los derechos sociales, su justicialización, al activismo judicial y la reforma del Poder Judicial no son fenómenos o discusiones teóricas restringidos a Latinoamérica. Su análisis regional puede adquirir dimensiones explicativas más coherentes, por ejemplo, de cómo se dio la formación de esas redes de transmisión de prácticas y teorías, que hacen parte de agendas globales, particularmente en países de la región. Además, la incorporación y transmisión de esas ideologías no se da de manera uniforme, aun entre países de una misma región. La lupa en Latinoamérica puede ayudar a comprender esos matices, así como destacar soluciones locales, que todavía no fueron discutidas o incorporadas por una agenda de trabajo global.

Este ensayo busca insertarse justamente en esos espacios vacíos, en esas discusiones todavía pendientes, pero de un modo bastante limitado. Presento y mezclo algunas ideas que fueron desarrolladas a lo largo de mi maestría y ahora doctorado. Bajo un análisis de sociología jurídica, en los dos trabajos estudié un tipo de actor social bastante específico, organizaciones no gubernamentales que trabajan con el discurso de litigio estratégico o de dere-

cho de interés público¹ y que se utilizan en diversos fóruns nacionales e internacionales para promocionar agendas de derechos.² Entre ellos está el campo del derecho constitucional, pero que debe ser leído también conjuntamente a las experiencias comparadas e internacionales, pues los temas, los actores, las disputas por derechos son compartidas simultáneamente o en cadena en esos varios espacios. La lectura a partir de los actores sociales permite percibir aún más esa movilidad, algo que se pierde en los análisis estrictamente de los textos jurídicos, normas o fallos. Y esa misma movilidad nos permite percibir que esos actores son también agentes de ese proyecto normativo y práctico de construcción de un *ius constitutionale* commune. No son los únicos que participan en ese proyecto, pues se suman a otros actores, desde la academia, instituciones políticas o judiciales, pero corresponden a un perfil muy poco estudiado, y seguramente su mapeo nos lleva a esa red de otros agentes.

Son entidades altamente profesionalizadas, con gran capacidad de planeación de sus actividades y objetivos, trabajando en red con otras entidades, normalmente con financiamiento internacional, compuestas en buena medida por abogados, muchas veces con parte de su formación académica

¹ “Litigio estratégico”, “litigio de alto impacto”, “litigio de casos paradigmáticos”, “litigio de caso-teste” son expresiones relacionadas, que surgieran de una práctica diferenciada de litigio, no necesariamente relacionada al histórico de la abogacía en derechos humanos. El litigio estratégico busca, por intermedio del uso del judiciario y de casos paradigmáticos, transformar la jurisprudencia de los tribunales y formar precedentes, para provocar cambios legislativos o de políticas públicas. Es un método, una técnica que puede ser utilizada para distintos fines/temas. “Strategic litigation is used in many traditional public interest law fields including civil rights, access to justice, environmental law, personal injury law, labour rights, equality and freedom of expression. However, strategic litigation is also used by organizations that do not share a liberal human rights view of the world. This highlights the fact that successful strategic litigation may not always reflect the views of the electorate or even a significant minority thereof, but rather the views of its sponsors” (ERRC *et al.*, *Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe: from Principles to Practice*, 2004, pp. 37 y 38). En este ensayo serán estudiados los actores que practican “abogacía en derechos humanos”, que se filian al movimiento de *public interest law* (derecho de interés público).

² Si bien en la maestría hice un análisis de su interacción con el sistema interamericano (Cardoso, Evorah, *Litigio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos: análise de casos da Corte Interamericana*, maestría, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2008), para el doctorado me quedó la curiosidad por conocer las dinámicas domésticas de disputas por derechos en el campo constitucional, bajo una perspectiva comparada entre Brasil, Argentina y Colombia. El análisis comparado permite captar las particularidades de incorporación, adaptación y creación de ese discurso de litigio estratégico en diferentes países de Latinoamérica. En los dos trabajos fueron realizadas entrevistas con miembros de esas organizaciones no gubernamentales practicantes de litigio estratégico con el objetivo de investigar cómo se formaran, con que finalidades litigan, cómo trabajan. Las informaciones de diagnóstico que se presentarán en ese ensayo provienen principalmente de esas entrevistas.

en el exterior. El objetivo amplio de esas entidades al presentar demandas al Poder Judicial es el de promover transformación social y manejan ese objetivo principalmente en el campo de la abogacía en derechos humanos. queda menos claro lo que podría ser transformación social para cada entidad, que los medios que utilizan para alcanzarla. Los métodos de trabajo del litigio estratégico son recurrir al poder judicial para obtener cambios jurisprudenciales, con la producción de nuevos precedentes, creación y reconocimiento de derecho; por intermedio del proceso judicial, sea con un fallo favorable o no, promover un debate en la esfera pública acerca de determinados derechos bajo otros términos; así como intentar por intermedio de fallos que incidan en políticas públicas, alterarlas, crearlas o implementarlas. Para eso se valen de diferentes fuentes normativas y jurisprudenciales, nacionales, comparadas o internacionales, además de mezclar la estrategia judicial con *lobby* legislativo o político, y, a veces, con la intensa actuación en los medios de comunicación.

La experiencia de trabajar con esos métodos es compartida, la creación de esas entidades, así como la difusión del discurso del litigio estratégico no se dio sólo en Latinoamérica. Su expansión ocurrió en distintas partes del globo, como Sudáfrica, India, países del este europeo, en buena medida asociada a la promoción de la democracia en esos países. El Poder Judicial, por lo tanto, desempeñaría un rol importante en ese proceso de democratización, según esa agenda global social. Incentivar la existencia de los actores sociales que accionarían al Poder Judicial con un lenguaje de derechos humanos, tendría acoplado un objetivo de transformación social y también político, de garantizar derechos, promocionar incidencia social en las cortes y profundizar la democracia. El objetivo de esa agenda global social es mucho más amplio que aquellos vinculados al epicentro de esas prácticas de litigio estratégico, es decir, a el movimiento por los derechos civiles y políticos en Estados Unidos, que tuvo inicio en la década de los cincuenta, sea por la variedad de temas con los cuales trabajan esas entidades alrededor del globo, incluyendo derechos sociales y económicos y justicialización de políticas públicas, sea principalmente por ese objetivo político o institucional. Entre los agentes promotores de esa agenda global social están entidades financiadoras como la Fundación Ford. Su rol fue marcado en diferentes momentos de la trayectoria de varias entidades estudiadas. Pero también concurren para la financiación y expansión del trabajo de esas entidades diferentes agentes que promocionan agendas globales hermanas, desde las vinculadas a proyectos de reforma institucional, como de promoción de transparencia, combate a la corrupción, reforma del Poder Judicial, hasta las temáticas, especializadas en determinados derechos como acceso a la información o mu-

jeros. Hay mucha competencia entre las entidades que trabajan con litigio estratégico para obtener financiación y, a veces, conflictos de objetivos entre los financiados y los financiadores. La salida ha sido garantizar un conjunto bastante diverso de financiadores, si no de todo el trabajo de la entidad, por lo menos de pequeños proyectos que componen su agenda (como publicaciones, eventos de articulación, remuneración de uno u otro miembro).

Para ilustrar brevemente la actividad de las organizaciones no gubernamentales que practican litigio estratégico, así como los cambios en sus actividades según el contexto político de dictadura y democracia en la utilización de diferentes fóruns de deliberación de derechos, domésticos e internacionales, así como las interrelaciones con otros actores, y su trabajo en materia de los derechos sociales, utilizo como ejemplo el escenario argentino y la organización no gubernamental Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Después concluyo el ensayo presentando algunos ejemplos de lo que podría ser pensado como parte del proyecto de construcción de un *ius constitutionale commune* en Latinoamérica, pero que no se limitan necesariamente a la materia de los derechos económicos, sociales y culturales.

Aunque no se pueda llamar “litigio estratégico”, tal como hoy se considera la expresión en un contexto democratizado, la experiencia de los abogados, durante los regímenes autoritarios, involucraba un uso estratégico del Poder Judicial, tratando de hacer un registro oficial de todas las personas desaparecidas a través de demandas judiciales, y fue una actividad precursora de la que se desarrolló después con la democratización. El inicio de la práctica del litigio estratégico en Argentina se confunde con la trayectoria del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), una organización legal, que utiliza estratégicamente el derecho con fines políticos. Durante la dictadura, el recurso al Poder Judicial para denunciar los casos de desapariciones forzadas sirvió para demostrar que las instituciones estatales no estaban trabajando para resolver este problema. Al mismo tiempo, sirvió para mantener un registro institucional, de carácter oficial, como si fuera un archivo público de las personas desaparecidas. El Poder Judicial por su propia lógica de trabajo, basado en el procedimiento, servía mejor como un sistema de registro de denuncias, que si se hubiesen dirigido al Poder Ejecutivo. Por consiguiente, era una estrategia global de litigio caso a caso. Entre 1976 y 1983, el CELS utilizó el instrumento procesal de los *habeas corpus* individuales de manera generalizada. No se buscó con eso una respuesta efectiva del Poder Judicial al tema. Otras organizaciones hicieron un trabajo de denuncias públicas, en lugar de presentar demandas al Poder Judicial. Al mismo tiempo, la estrategia nacional de las organizaciones no gubernamentales se sumaba al uso del sistema interamericano de derechos humanos, que tuvo

un rol fundamental en la denuncia de violaciones de derechos humanos en los regímenes autoritarios en Latinoamérica. Especialmente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, producía y divulgaba informes sobre la situación de los derechos humanos en los países de la región. Frente a una situación de ausencia de mecanismos domésticos de presión, las organizaciones no gubernamentales y los activistas domésticos lograban desencadenar internacionalmente una coalición de actores para presionar a los gobiernos.

En 1978, el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos acerca de la situación de derechos humanos en Argentina sobre desapariciones forzadas, tortura y ejecuciones sumarias fue ampliamente difundido y provó reacciones del gobierno argentino, que prohíbe su publicación en el país. La cuestión que se coloca es por qué el Estado argentino había permitido la visita *in loco* de la Comisión Interamericana para la elaboración del informe y para eso es necesario comprender la red de actores que se forma alrededor de la producción de ese informe. Un grupo de activistas argentinos contactó a organizaciones no gubernamentales americanas para ejercer presión sobre el gobierno de los Estados Unidos, a fin de que insertara la cuestión de los derechos humanos en Argentina en la agenda de política externa norteamericana. La institución de financiación por detrás de las organizaciones no gubernamentales argentinas y americanas era la Fundación Ford, lo que facilitó el diálogo de las acciones conjuntas de las entidades. Los Estados Unidos, respondiendo a la presión interna recibida, amenazaba bloquear recursos financieros a Argentina si no permitía la visita de la Comisión Interamericana. Al mismo tiempo en que aceptaba las condiciones del gobierno americano, el Estado argentino no imaginaba la repercusión internacional del informe, ni el nivel de presión que recibiría para cambiar su política doméstica. Esa misma experiencia de recurrir al Poder Judicial doméstico con el fin de registro y al sistema internacional para obtener presión externa también ocurrió en otros países, como Chile. La Vicaría de la Solidaridad, vinculada a la iglesia católica, fue la principal entidad chilena dedicada a la documentación de desapariciones forzadas, torturas, entre otras violaciones. Las informaciones recolectadas eran utilizadas en los informes producidos por organizaciones no gubernamentales internacionales y por la Comisión Interamericana. La documentación producida en ese periodo, acciones judiciales, denuncias, informes, fue fundamental para el periodo posterior de democratización, pues con base en ella, en Chile, por ejemplo, numerosos procesos fueron abiertos por la Comisión de Verdad y Justicia, para reparar las violaciones sufridas. Además, con el fin de la dictadura, los cambios políticos generaran otro tipo de comportamiento judicial. Algunas

investigaciones académicas en Argentina sugieren que los jueces han empezado a cambiar la forma de fallar ya en 1982, cuando se anunciaba el restablecimiento de la democracia. No obstante, al principio del proceso de democratización no existía la posibilidad para el CELS de proceder con su agenda de verdad y justicia, en razón de las leyes que mantenían la amnistía de los crímenes cometidos durante la dictadura. En síntesis, en ese periodo, el sistema político doméstico presentaba graves restricciones a una agenda de derechos y transformación social. Asimismo el recurso al sistema interamericano tenía como objetivo más la posibilidad de articular presión política internacional, que propiamente promocionar avances en la interpretación y aplicación del derecho internacional.

La década de los noventa estuvo marcada por un periodo de reforma constitucional, de compromiso con los derechos humanos, más específicamente con el sistema institucional regional y universal de los derechos humanos. La Constitución argentina de 1994 incorpora los tratados internacionales de derechos humanos y crea nuevos procedimientos de litigio (como el amparo colectivo), pero no había expectativas de que esos cambios fueran incorporados en el corto plazo en la práctica jurídica. Se consideró que estas innovaciones constitucionales todavía necesitaban de normas que las reglamentasen. Así surge un nuevo campo de investigación académico y de activismo para hacer implementar esos cambios constitucionales, para producir nueva dogmática constitucional y teoría jurídica. En 1994 y 1995, el CELS comienza a trabajar la cuestión de la aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos con los tribunales. Históricamente CELS fundamentó sus casos en el derecho internacional, que servía como un piso mínimo de derechos en Argentina, y eso le daba legitimidad para presentar ese debate. Otras frentes de trabajo del CELS fueron el amparo, el amparo colectivo, la cuestión de la violencia policial, las condiciones inhumanas de las cárceles, las detenciones arbitrarias. Es también un periodo de transición de la agenda temática de los derechos civiles y políticos hacia los derechos económicos y sociales. Y con eso, se presenta una nueva serie de desafíos teóricos y prácticos, como la necesidad de ampliar los poderes de las esferas judiciales para que puedan, por ejemplo, decidir sobre cuestiones presupuestarias en materia de destinar recursos a políticas públicas. Este momento constitucional proporcionó incluso un espacio para la formación de un nuevo grupo de influencia tanto en el ámbito académico, como en el contexto de la práctica jurídica en materia de derechos humanos, comprometida con la aplicación de este nuevo marco legal. Un grupo de personas entre 30 y 40 años, con formación académica y práctica jurídica local asumió el papel de *mainstream* de la producción intelectual. Muchos

tuvieron un rol tanto a nivel académico como activista, y formaron un modelo de influencia intelectual y personal para la siguiente generación, en el que la abogacía en derechos humanos se convertía en una nueva profesión. Esa nueva generación participó también de propuestas de reformas a la enseñanza del derecho, con el objetivo de desarrollar un espacio académico independiente, que podría criticar a las instituciones fuera de la profesión jurídica. Las reformas de la enseñanza del derecho buscaban solucionar problemas de la justicia y la democracia en Argentina y América Latina. Poco a poco, también dentro de las universidades, se crea un lenguaje común acerca de conceptos tales como Estado de derecho, derechos humanos, activismo jurídico. La asociación entre las universidades y entidades del litigio estratégico parece ser una característica de la experiencia Argentina, que tuvo repercusiones sea dentro de las organizaciones no gubernamentales, sea en las universidades. La construcción del caso paradigmático a ser objeto del litigio estratégico ahora es frecuentemente acompañada por investigación académica para orientar la acción, mientras que en varias universidades fueron creadas clínicas jurídicas, inspiradas en el trabajo de las organizaciones no gubernamentales. De esa manera, después de la reforma constitucional y en medio de esta base de cultura académica y activista, se propagó el discurso y la práctica de litigio estratégico en Argentina, con la creación de nuevas organizaciones no gubernamentales y clínicas jurídicas. El contexto político democrático, por lo tanto, provoca un ambiente favorable a la práctica de litigio estratégico, pues hay potencialidad de respuesta de las instituciones políticas y judiciales domésticas.

En otras palabras, hay Estado de derecho y espacios institucionales permeables a las demandas sociales. En ese escenario, el recurso a los sistemas internacionales de protección de derechos gana también otra dimensión. No importa apenas obtener presión política internacional a partir de denuncias de violaciones, sino desarrollar el lenguaje del derecho en esos espacios y traerlo al ambiente doméstico. Las instituciones internacionales pasan a tener la función de complementar el ambiente doméstico, de inducirlo a funcionar mejor. En ese sentido, esa nueva dimensión del espacio internacional depende para su éxito en gran medida de la calidad de la democracia en el ambiente doméstico.

El análisis del litigio estratégico requiere asimismo una evaluación de la relación entre sus agentes y el sistema judicial. Específicamente en cuanto a la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina se puede decir que actualmente hay un momento de confluencia de la agenda entre la sociedad civil y la Corte Suprema. La Corte Suprema actual ya ha demostrado un fuerte compromiso con la transparencia y con el perfeccionamiento de su

procedimiento, con la inclusión de la sociedad civil en la discusión de casos de interés público, y con tomar en serio la doctrina de los derechos humanos en la decisión de sus casos. Teniendo en cuenta esta Corte Suprema se abre la posibilidad de que la sociedad civil participe en futuros casos que intentan promover la agenda de derechos humanos. Ello es aún más evidente cuando la actual composición del tribunal se compara con la anterior, cuando la impresión de los que trabajan con litigio estratégico en materia de derechos humanos ante la Corte Suprema era que iban a perder. Ya en la Corte presente, los jueces y la sociedad civil parecen ver unos a los otros como socios en la construcción de las bases de un derecho diferente. Esta asociación entre la agenda de las organizaciones no gubernamentales y de la Corte Suprema, aunque no sea declarada, parece ocurrir en la práctica, incluso porque los otros actores involucrados (sistema político, abogados como corporación, universidades) no han compartido la misma agenda. Además, las decisiones de la Corte Suprema han tenido una incidencia mucho mayor. Su jurisprudencia influye en como todos los tribunales, en adelante, analizarán el mismo tipo de caso. Por otra parte, cada vez más lo que es decidido por la Corte Suprema ha sido analizado y acompañado por el poder ejecutivo y por la academia jurídica. La Corte Suprema ha generado, por lo tanto, a partir de sus decisiones, un efecto en cascada en toda la comunidad jurídica, tanto en los tribunales, como en el mundo académico. Este efecto parece derivarse más de un poder simbólico que de una propiedad vinculante de sus decisiones; sin embargo, debemos tener una perspectiva histórica de los litigios ante la Corte Suprema. Las victorias que se obtuvieron en los casos de litigio estratégico a partir de 2001 se deben a múltiples factores, no sólo a un cambio en la composición de la Corte. Hubo un largo proceso de toma de conciencia de los jueces en general, en algunos casos, porque la cuestión de los derechos humanos no figuraba en la agenda, no formaba parte del lenguaje de las decisiones judiciales. En ciertas cuestiones sensibles, el reconocimiento se realiza a través del tiempo, con la incorporación de un lenguaje de derechos, después de grandes debates. Además de la relación de los actores de litigio estratégico con el sistema judicial por intermedio de las demandas judiciales, en Argentina, algunos de esos actores estuvieron involucrados en el proceso de reforma del Poder Judicial, especialmente cambios en la Corte Suprema, que pasó por una crisis institucional muy fuerte en 2001 debido a denuncias de corrupción y de captura de sus fallos por los intereses del gobierno ejecutivo. En ese momento de crisis institucional, la sociedad civil tuvo una mayor capacidad para influir en el discurso de la reforma judicial, debido a un aumento de la permeabilidad del propio Poder Judicial a estas propuestas de cambio. Con la incorporación

de una agenda de reforma institucional, también podrían avanzar en su agenda de derechos, en el futuro, con la nueva Corte. Algunas entidades se articularon para presentar una propuesta de reforma llamada “Una Corte para la Democracia” y se convirtieron, rápidamente, en actores importantes en la reforma de la Corte Suprema. Las propuestas buscaban una mayor legitimidad del Poder Judicial, mediante el nombramiento de los jueces, del compromiso con los derechos humanos, la necesidad de transparencia de los procedimientos judiciales y la promoción de la participación de la sociedad civil en el Poder Judicial.

De otra parte, no se puede menospreciar el rol de las propias Cortes y jueces en la promoción de la agenda de derechos, por medio de cambios jurisprudenciales, apertura para dialogar con jurisprudencia de otros foros domésticos o internacionales. Ese punto del diálogo jurisprudencial es particularmente importante para que ocurra una migración de los conceptos e interpretaciones en una *cross fertilization*, en la cual los avances de un foro puedan ser incorporados y desarrollados en otro. Así como cuando innovan en sus procedimientos decisorios, como al decidir casos estructurales y complejos de políticas públicas, o para permitir nuevas formas de diálogo con actores no gubernamentales y gubernamentales involucrados en los problemas que serán decididos por la Corte. La Corte Suprema argentina, como ha demostrado a través de su jurisprudencia, es más receptiva a la idea de litigio estructural, tratando de superar el dilema de la legitimidad que enfrentaría si rechazaba esos casos complejos, que suelen ser acompañados de una gran visibilidad. Como ejemplo de innovación procedimental de la Corte puede mencionarse un caso estructural complejo que implicó la promoción de una política pública ambiental de recuperación del río contaminado, Causa Riachuelo. La Corte Suprema determinó los encargados por las obras de saneamiento, su plazo y en caso de incumplimiento, la posibilidad de aplicar multas. En lugar del simple fallo, la Corte estableció la obligación genérica de limpieza del río, es el plan de limpieza mismo que sería exigible judicialmente. Pero en lugar de la Corte intervenir directamente en la política pública, determinando ella misma los contornos de esa política pública, el plan de saneamiento fue presentado y discutido en audiencias públicas de la Corte. Además, la Corte estableció una comisión, formada por la defensoría del pueblo y organizaciones no gubernamentales, entre ellas CELS, para acompañar la implementación del plan. Así el tribunal crea un nuevo instrumento, una forma dialogada para manejar políticas públicas en su jurisprudencia. Sin duda esas innovaciones procedimentales buscan también reducir los problemas de legitimidad que se le podrían presentar a la Corte al intervenir en políticas públicas o, incluso, crearlas. Y al

mismo tiempo busca en otros actores el apoyo para garantizar la eficacia de las medidas adoptadas. Aún así, una serie de dificultades acompañan esos casos complejos, especialmente lo relacionado con la implementación de los fallos. Lo que se puede imaginar es que la práctica de litigio estratégico presupone un nuevo modelo de jurisdicción, receptiva a las demandas paradigmáticas, que exigen soluciones volcadas a una colectividad o a la solución de esos casos estructurales complejos de políticas públicas. Para la construcción de ese nuevo modelo de jurisdicción, han concurrido principalmente las propias Cortes y jueces, con su capacidad de imaginación institucional. Seguramente, a ese nuevo modelo, le falta que sea acompañado también de una nueva teoría jurídica y de legitimación del proceso decisorio de los tribunales.

Aun cuando en este ensayo se haya presentado con los aportes del caso argentino, se trata de una experiencia que se repite, con diferentes matices, en otros países de Latinoamérica. Desde la formación y tipo de trabajo de las entidades de litigio estratégico hasta algunas experiencias de innovaciones procedimentales de las Cortes en la solución de casos estructurales o que garanticen una amplia participación de diferentes actores gubernamentales y no gubernamentales en el proceso. Esos indicios de similitudes no necesariamente son accidentales, pues ellos contribuyen diferentes actores que ya empiezan a constituir una comunidad o red. Y aunque fueran accidentales, será la continua capacidad de observancia de su ocurrencia y difusión la que podrá ser la clave para el éxito de ese proyecto de construcción de un *ius consitutionale commune*. Destaco para concluir algunos ejemplos de lo que podríamos interpretar como *ius commune* en ese proyecto, en la medida que requiere justamente esa capacidad de *cross fertilization*. Primero, en la dimensión social, los actores de litigio estratégico, por ejemplo, ya trabajan en muchos casos en red, comparten experiencias de litigio en los mismos temas, además de sus formas de organización y métodos de trabajo, como ya he mencionado. Es interesante destacar en ese sentido la Red Latinoamericana de Clínicas Jurídicas, que también obtuvo financiación de la Fundación Ford en su inicio y que fue fundamental para el intercambio de experiencias entre alumnos y profesores de diferentes facultades de derecho que recién creaban sus proyectos de clínicas jurídicas. Además de las lecturas y materiales didácticos sobre qué era una clínica jurídica, qué era litigio estratégico, las dificultades encontradas con la burocracia de las universidades para el reconocimiento de la actividad, particularmente en contraposición a los tradicionales servicios de asesoría jurídica de las universidades. Por otro lado, en la dimensión normativa, se puede observar, por ejemplo, la migración de conceptos, paradigmas de interpretación de derechos, no importan-

do entre cuales fóruns se da ese intercambio, pues el ejercicio jurisdiccional de interpretación es prácticamente el mismo. En ese sentido es usual también el canje de documentos presentados a las Cortes, con la argumentación jurídica desarrollada en un determinado tema, como por ejemplo el reconocimiento de derechos a parejas homosexuales, a partir de fuentes normativas y factuales diversas.

La experiencia colombiana acumulada por las organizaciones no gubernamentales en ese tema en el Tribunal Constitucional, sirvió a la articulación brasilera para que presentara un *amicus curiae* al Supremo Tribunal Federal en un caso semejante. El desafío teórico en esa dimensión es la aceptación de que el Poder Judicial puede crear derecho; o lo de desarrollar una cultura de respeto a los precedentes en el sistema judicial, una vez que la lucha por la acogida de una determinada interpretación judicial sólo tendría sentido si sus efectos pudieran ser garantizados a otros casos semejantes; y aún más de tener un sistema judicial abierto al diálogo con la jurisprudencia de otros organismos, para poder garantizar esa experiencia de *cross fertilization*. En la dimensión institucional, el tema de los derechos económicos, sociales y culturales se hace sentir más evidente, sea por la problemática de justiciabilidad, sea por su implementación. Una estrategia que fue utilizada para garantizar la justiciabilidad de los derechos sociales era intentar interpretar de modo extensivo los derechos individuales. Esto ocurrió, por ejemplo, en el sistema interamericano de derechos humanos, pero también en algunos países, cuando intentan dar una dimensión colectiva a instrumentos procesales que antes garantizaban derechos individuales. En el campo de la implementación, se puede repetir el ejemplo ya presentado de las innovaciones procedimentales del caso Riachuelo en la Corte Suprema argentina o también mencionar la actividad del Tribunal Constitucional colombiano en el caso de los desplazados. El Tribunal obligó al Estado a decidir cuanto debería ser destinado de su presupuesto para solucionar el problema de la situación de violaciones de derechos de los desplazados, determinando un plazo para que esa información fuera entregada al Tribunal. Además, convocó diversos actores gubernamentales y no gubernamentales para deliberar acerca de la creación de un índice de goce efectivo de los derechos de esa población, para que se pudiera mensurar a lo largo del tiempo el progreso o no de sus derechos. El caso quedó abierto, siendo realizadas una serie de audiencias públicas, no sólo con la finalidad de generar información útil al tribunal, sino también para mantener un campo social movilizado alrededor del caso, para garantizar el acompañamiento de las políticas públicas, generando así interlocutores. El caso es bastante innovador en términos de empleo de técnicas decisorias de casos estructurales comple-

jos y de nuevas soluciones para ampliar la participación de la sociedad civil a lo largo del proceso. Pienso que también esa dimensión institucional de innovaciones procedimentales de las Cortes podría ser objeto de *cross fertilization* y ser incorporada a una agenda de reforma del Poder Judicial en Latinoamérica, lo que colaboraría para lograr el fortalecimiento de un *ius constitutionale commune* de los derechos sociales. De hecho, en todas las dimensiones, lo que me parece que está en juego a partir de las experiencias estudiadas es la construcción de un nuevo modelo jurisdiccional, abierto al diálogo con la sociedad civil, capacitado institucionalmente para lidiar con políticas públicas y también más *internacionalizado* a los estudios y jurisprudencia comparados e internacionales. Cualquier proyecto normativo o práctico de construcción de un *ius constitutionale commune* en derechos económicos, sociales y culturales, o más allá de ellos, debería atender para los desafíos acá presentados, pero también hacerlo bajo otro proyecto normativo paraguas, que es la construcción de un nuevo modelo de legitimación de la actividad jurisdiccional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADC (ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES), *La Corte y los derechos 2005/2007: como impactan en la vida de los ciudadanos las decisiones del máximo tribunal*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2008.
- , *La Corte y los derechos: un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2003-2004*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2005.
- AMERICAN UNIVERSITY WASHINGTON COLLEGE OF LAW, *Draft: Impact Litigation Project Best Practices Report 2007: Understanding Impact Litigation*, mimeo, 2007.
- BERGALLI, Roberto *et al.*, *Los abogados y la democracia en América Latina*, ILSA, 1986.
- CARDOSO, Evorah, *Litigio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos: análise de casos da Corte Interamericana*, maestria, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2008.
- Evorah *et al.*, “Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF”, *Revista Direito GV*, v. 5, 2009.
- CELS, *Litigio estratégico y derechos humanos: la lucha por el derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2008.

- COURTIS, Christian y ABREGÚ, Martín, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, Centro de Estudios Legales y Sociales, Del Puerto, 1997.
- COX, Francisco y GONZÁLEZ, Felipe, *Derechos humanos e interés público*, Santiago, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, 2001, Cuadernos de Análisis Jurídico, serie Publicaciones Especiales, n. 11.
- DEZALAY, Yves y GARTH, Bryant, *La internacionalización de las luchas por el poder. La competencia entre abogados y economistas por transformar los Estados latinoamericanos*, ILSA, Universidad Nacional de Colombia, 2002.
- , *Global Prescriptions: The Production, Exportation, and Importation of a New Legal Orthodoxy*, University of Michigan Press, 2002.
- EPP, Charles R., *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago-Londres, The University of Chicago Press, 1998.
- ERRC, INTERIGHTS, MPG, *Strategic litigation of race discrimination in Europe: from principles to practice. A manual on the theory and practice of strategic litigation with particular reference to the EC Race Directive*, European Roma Rights Centre (ERRC), Interights, Migration Policy Group (MPG), 2004.
- GARGARELLA, Roberto *et al.*, *Courts And Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*, Ashgate Publishing, 2006.
- GLOPPEN, Siri *et al.*, *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*, Routledge, 2004.
- GONZÁLEZ, Felipe (org.), *Litigio y políticas públicas en derechos humanos*, Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales, núm. 14, 2002.
- IHRLG, *Promoting Justice: a Practical Guide to Strategic Human Rights Lawyering*, Washington, International Human Rights Law Group, 2001.
- KECK, Margaret E. y SIKKINK, Kathryn, *Activists Beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*, Cornell University Press, 1998.
- LÓPEZ MEDINA, Diego, *El derecho de los jueces*. Bogotá, Legis, 2006.
- , *Teoría impura del derecho*, Bogotá, Legis, 2004.
- MCCLYMONT, Mary y GOLUB, Stephen (eds.), *Many Roads to Justice: The Law Related Work of Ford Foundation Grantees Around the World*, Ford Foundation, 2000.

- REKOSH, Edwin, “Who Defines the Public Interest? Public Interest Law Strategies in Central and Eastern Europe”, *PILI Papers*, núm. 1, julio de 2005; tradução publicada em português: “Quem define o interesse público: estratégias do direito de interesse público na Europa Centro-Oriental”, *Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos*, núm. 2.
- RODRIGUEZ, J. R. *et al.*, “O raciocínio jurídicodogmático e suas relações com o funcionamento do Poder Judiciário e com a Democracia”, *3er Congresso Latino-Americano de Ciência Política*, 2006.
- SIDER, Rachel *et al.*, *The Judicialization of Politics in Latin America*, Palgrave, Macmillan, 2009.
- VIEIRA, Oscar Vilhena, “Public Interest Law: a Brazilian Perspective”, *UCLA Journal of International Law & Foreign Affairs*, 2008.
- VILLARREAL, Marta y COURTIS, Christian, *Enseñanza clínica del derecho: una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados*, México, CLIP, Clínica Legal de Interés Público-ITAM, 2007.