

EL PROBLEMA DEL ACTIVISMO JUDICIAL EN LA DECISIÓN ESTRUCTURAL. UNA PROPUESTA A PARTIR DE LA JUSTICIA DIALÓGICA

THE PROBLEM OF JUDICIAL ACTIVISM IN STRUCTURAL INJUNCTION. A PROPOSAL BASED ON DIALOGIC JUSTICE

Enlil Iván Herrera Pérez
Maestro en Derecho
Universidad Privada de Tacna
<https://orcid.org/0000-0002-0050-2882>
eiherrera@upt.pe
Perú

Recibido: 10 de mayo de 2021

Aceptado: 28 de mayo de 2021

SUMARIO

- Introducción
- Derechos difusos, derechos colectivos y derechos individuales homogéneos
- Las decisiones estructurales
- El problema del activismo en las decisiones estructurales
- La concepción dialógica como propuesta equilibrada
- Reflexión final
- Referencias bibliográficas

RESUMEN

Partiendo de la idea de que los derechos colectivos son merecedores de tutela jurisdiccional, el autor discute acerca de cómo debe otorgarse dicha tutela, enfocándose en las decisiones estructurales por el alcance que tienen en la sociedad y en la garantía de los derechos. En tal contexto, mediante el presente artículo el autor pretende argumentar de qué manera deben intervenir las Cortes para la tutela de derechos colectivos. Para ello, realiza una revisión documental de las principales objeciones formuladas al activismo judicial respecto a la adopción de decisiones estructurales. Concluye proponiendo una concepción dialógica como respuesta a tales objeciones y como mecanismo idóneo para la tutela jurisdiccional de derechos colectivos.

PALABRAS CLAVE

Activismo judicial, decisión estructural, derechos colectivos, proceso judicial colectivo

ABSTRACT

Starting from the idea that collective rights are justiciable rights, the author discusses how such protection should be granted, focusing on structural decisions due to the scope that they have in society and on the guarantee of rights. In this context, through this article the author aims to discuss in what way the Courts should intervene for the protection of collective rights. For this purpose, the author conducts a documentary review of the main objections made to judicial activism regarding the adoption of structural decisions. He concludes by proposing a dialogic conception as a response to such objections and as a suitable mechanism for the judicial protection of collective rights.

KEYWORDS

Judicial activism, structural injunction, collective rights, collective judicial process

INTRODUCCIÓN

Los procesos colectivos son aquellos promovidos por la búsqueda de tutela jurisdiccional de derechos colectivos en sentido amplio, y que se caracterizan a razón de que la titularidad de tales derechos recae sobre un grupo de personas determinado o incluso

indeterminado, por ende, tanto dichos procesos colectivos, como las decisiones emitidas en tales, pueden resultar en una serie de actos complejos, mas, sin embargo, necesarios por tratarse de derechos exigibles.

En tal sentido, las decisiones emitidas en procesos colectivos pueden tener una repercusión mayor o menor en las partes del proceso, pudiendo recaer sobre sujetos pasivos tales como personas de derecho privado o sobre organismos públicos, o el propio Estado en su conjunto. La tutela otorgada a través de dichas decisiones, a su vez, puede ser una tutela negativa a través de la cual se invalida una norma jurídica, o una tutela positiva mediante la cual se ordena la realización de una serie de actos consistentes en un dar o en un hacer según se desprenda de la exigencia para satisfacer los derechos afectados y demandados en el proceso. Esto cobra especial relevancia, y provoca preocupación, en cuanto el control judicial se efectúe repercutiendo sobre organismos públicos o poderes del Estado, que puede terminar en un escenario de superposición de poderes o de afectación a otros derechos pese a tomarse una decisión con “buena intención”.

En el presente artículo se aborda el problema del activismo judicial en las decisiones estructurales adoptadas en procesos colectivos respondiendo a la siguiente pregunta: ¿de qué manera deben intervenir las Cortes para la tutela de derechos colectivos? La hipótesis que se defiende en las siguientes líneas es que, efectivamente, las Cortes deben tutelar los derechos, incluyendo aquellos colectivos, sin embargo, no de una manera activista y vertical, sino de un modo dialógico.

El propósito u objetivo planteado, entonces, es argumentar de qué manera deben intervenir las Cortes para la tutela de derechos colectivos. Para tal efecto el artículo se estructura en cinco puntos, en los cuales se desarrollan aspectos necesarios para el entendimiento del problema, así como para argumentar una propuesta frente al mismo. En tal sentido, en primer lugar, se pretende formular una distinción de los derechos colectivos en sentido amplio en *derechos difusos*, *derechos colectivos en sentido estricto*, y *derechos individuales homogéneos*; en segundo lugar, describir el contenido y alcances de las *decisiones estructurales*; en tercer lugar, plantear *el problema del activismo*

en las decisiones estructurales y las objeciones que se realizan a esta concepción; en cuarto lugar, presentar la *concepción dialógica como propuesta equilibrada* para responder al problema planteado; y, finalmente, expresar la conclusión a la que se ha llegado a través del desarrollo del presente artículo.

DERECHOS DIFUSOS, DERECHOS COLECTIVOS Y DERECHOS INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS

En primer lugar, debe decirse que el término *derechos colectivos* no es un término que haya tenido univocidad en la doctrina o en la legislación comparada, por lo que es necesario partir de una definición que permita entender el propósito del presente ensayo sin los problemas que comúnmente se derivan del empleo de términos que resultan ambiguos, problemas propios del lenguaje natural que usamos.

Dicho ello, conviene distinguir, dentro de la concepción de derechos colectivos en sentido amplio, a los (i) derechos difusos, (ii) derechos colectivos en sentido estricto y, (iii) derechos individuales homogéneos (Didier Jr. & Zaneti Jr., 2019).

En cuanto a los derechos difusos, son aquellos derechos supraindividuales, indivisibles, y cuya titularidad recae sobre un grupo indeterminado de personas vinculadas por una situación contingente de hecho. Como ejemplos, es posible citar derechos de protección del medio ambiente, al patrimonio cultural, o incluso el propio derecho del consumidor en casos de publicidad engañosa o abusiva difundida por medios masivos; como puede verse en todos estos ejemplos, una afectación recaería en un grupo indeterminado de personas sin que entre tales personas exista una relación jurídica sustancial.

En cuanto a los derechos colectivos en sentido estricto, estos también son derechos supraindividuales e indivisibles, sin embargo, la titularidad de estos derechos recae sobre un grupo, categoría, clase o colectividad determinable de personas vinculadas entre sí o con la parte contraria a razón de una relación jurídica sustancial. Esto último nos lleva a la necesidad de distinguir dos posibles casos que se ilustran con los siguientes ejemplos, (i) en el primero de ellos, se encuentran personas

vinculadas por *affectio societatis*, como ocurre en el caso de los colegios profesionales, y (ii) en el segundo, se encuentra a quienes tienen una vinculación, pero no entre sí, sino con la parte contraria, como puede ocurrir con los contribuyentes sujetos a determinado impuesto que, si bien no tienen una relación jurídica entre sí, tienen una vinculación en común –i.e., como grupo- frente al Estado o entidad recaudadora como parte contraria.

Finalmente, en cuanto a los derechos individuales homogéneos, como su nombre indica, tales son derechos individuales que corresponden a un grupo determinable de personas con titularidad de derechos análogos u homogéneos por un origen común a consecuencia de un mismo hecho lesivo. Esta última clasificación surge en el *common law* americano mediante las icónicas *class actions for damages*, donde producto de un *factum* lesivo, se afectan derechos individuales de un grupo determinable de personas que, antes o después del hecho no tenían vinculación entre sí, sino únicamente una relación debido a la homogeneidad o similitud de derechos que les son vulnerados. Como ejemplo podría señalarse el caso de un derrame de mercurio –este sería el *factum*- en un canal de agua de consumo humano, que termina afectando un mismo tipo de derecho –no un mismo derecho- en diversas personas: el derecho a la salud de cada uno.

Se percibe, entonces, que la identificación de tales supuestos es realizada en base a características particulares que permiten su distinción uno de otro, pero no sólo ello, sino que, para lograr una tutela jurisdiccional efectiva, tempestiva y adecuada conforme a las características que poseen, requerirá también de una tutela diferenciada (Proto Pisani, 2014) que lamentablemente no encuentra regulación en nuestro ordenamiento jurídico procesal. Aunque, pese a tal escenario, es de destacar el proyecto de reforma del actual Código Procesal Civil peruano, promulgado mediante el Decreto Legislativo N.º 768. Tutela que, en dicho proyecto, publicado mediante la Resolución Ministerial N.º 0070-2018-JUS de fecha 05 de marzo de 2018, se recogen estos tres supuestos de derechos colectivos *lato sensu* a ser tramitados en vía de un proceso especial, denominado como proceso colectivo.

Esta regulación implementa un tratamiento diferenciado no sólo en cuanto a legitimación y competencia, sino también en otros aspectos tales como los referidos a los medios probatorios, las costas y costos, entre otros de los que, para el propósito del presente artículo, se destaca el del contenido de la sentencia en este tipo de procesos. Así, según la exposición de motivos del proyecto de reforma:

Los jueces deben buscar la satisfacción plena del derecho cuya protección se pretende en el proceso o las medidas dispuestas para el cese del acto ilícito. En la sentencia se deberá precisar el contenido exacto del mandato, sus alcances y formas de cumplimiento, así como las personas obligadas. El juez puede establecer un plan de cumplimiento y señalar los sujetos que podrían colaborar en la supervisión del cumplimiento de la sentencia. El Juez en ejecución controlará el cumplimiento del plan estableciendo las medidas coercitivas adecuadas para la efectividad de su mandato. Este plan puede ser establecido o modificado en ejecución de la sentencia.

Para la concesión de la tutela específica destinada a inhibir una conducta, cesar la reiteración o continuación de un ilícito, no es necesario que se haya acreditado que el daño ocurrió sino solo la existencia de un riesgo razonable. Por tanto, el juez podrá prescindir de la prueba del daño concreto y establecer un análisis abstracto de riesgos (pp. 30, 31).

Una propuesta alineada a la tendencia de las propuestas evidenciadas en el Derecho Comparado (Gidi & Ferrer Mac-Gregor, 2004a; 2004b) que busca lograr una particular *tutela jurisdiccional colectiva* (Didier Jr. & Zaneti Jr., Proceso colectivo. Tutela procesal de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, 2019) con características distintas, que, para un caso de tutela colectiva determinada pueden implicar una decisión más o menos simple –en cantidad de pasos- a ejecutarse, o, por el contrario, una compleja que suponga establecer todo un “plan de cumplimiento” incluidos mecanismos de supervisión especial. La decisión, además, podrá ser una que puede ser dirigida contra uno o varios sujetos, sean sujetos de derecho privado, público, o una pluralidad combinada. Y, tal decisión, podrá repercutir en forma focalizada o incluso de manera extensa en toda la sociedad, como se verá en el siguiente apartado.

LAS DECISIONES ESTRUCTURALES

Tal como se ha anotado, las decisiones emitidas en procesos colectivos pueden tener una repercusión substancial sobre las partes del proceso, pero también sobre otros entes o incluso sobre el Estado o la sociedad en conjunto. A este tipo de decisiones, se las denomina como “decisiones estructurales” o “estructurantes”. Y son definidas por Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr., y Rafael Alexandría de Oliveira (2019) tal como sigue:

La decisión estructural (*structural injunction*) es, pues, aquella que busca implementar una reforma estructural (*structural reform*) en una entidad, organización o institución, con el objetivo de concretizar un derecho fundamental, realizar una determinada política pública o resolver litigios complejos (p. 546).

Esta concepción surge en el derecho norteamericano entre 1950 a 1970 (Fiss & Resnik, *Adjudication and its alternatives. An introduction to procedure*, 2003) bajo una postura activa de parte de los jueces en las llamadas *political questions* (Tushnet, 2013) y teniendo como un caso que marcó hito en dicho contexto al caso *Brown v. Board of Education* (1954).

Dicho caso se originó por la denuncia de la segregación existente en las escuelas públicas que dividían a “negros” y a “blancos”, argumentándose que se violaba el derecho a la igualdad y no discriminación. Denuncia cuyo argumento contrario consistía en señalar que tanto “negros” como “blancos” gozaban de educación –aunque separados-, y por tanto no había un trato “desigual”. El caso fue llevado hasta la Corte Suprema de los Estados Unidos, la cual determinó que la separación entre estudiantes por cuestiones de raza suponía un trato injustificadamente desigual, declarando así la inconstitucionalidad de la admisión y separación de estudiantes basado en un sistema de segregación racial. El fallo, además, estableció que se mantendría la competencia de la Corte y el caso se remitiría a los tribunales de origen a modo de establecer mecanismos de supervisión para la ejecución de la decisión adoptada.

Este caso constituyó realmente un precedente en un escenario político donde no había cabida para la igualdad racial y se apartó de la doctrina imperante en la época que

establecía el “principio” de “separados, pero iguales” –a partir del controvertido caso *Plessy v. Ferguson* (1896)- que dominaba en el medio. Lo que impulsó un proceso amplio de reformas estructurales en todo el sistema educativo, pero no quedándose sólo en dicho ámbito, puesto que a partir del caso *Brown v. Board of Education* (1954), se formularían reformas estructurales en otros ámbitos, hasta tener un alcance en la propia política general de los Estados Unidos. Constituyendo así un claro ejemplo de decisión estructural y de los efectos que puede tener incluso en todo un Estado (Fiss, 1985).

Partiendo de ello, es posible notar la complejidad de las decisiones estructurales y el alcance que pueden tener. El contenido de dichas decisiones, entonces, es un contenido complejo, que busca promover un estado de cosas y que, para tal objeto, es posible que requiera establecer los mecanismos al efecto, tales como un “plan de cumplimiento” así como de una “supervisión” –en palabras del proyecto de reforma citado en el apartado anterior.

Se trata, además, de una decisión cuyo contenido tendría que ser lo suficientemente preciso para permitir un cumplimiento eficaz de la decisión, pues la experiencia hace ver que el dictado de órdenes o mandatos genéricos no resulta eficiente ni eficaz (Vitorelli, 2016). Lo que resulta interesante, pero además preocupante, en cuanto parecería admitirse a los jueces la posibilidad no sólo de adjudicar un derecho señalando qué derecho corresponde tutelarse y a cuál de las partes pertenece, ciñéndose a las consecuencias jurídicas establecidas en la norma que regula o consagra dicho derecho en respeto por los principios de legalidad y competencia, sino que se estaría aceptando que los jueces también puedan, de forma más o menos precisa, diseñar políticas públicas de amplio alcance. Una preocupación que se examina en el siguiente apartado.

EL PROBLEMA DEL ACTIVISMO EN LAS DECISIONES ESTRUCTURALES

Observando la complejidad que pueden tener las decisiones estructurales, así como el alcance y repercusión de sus efectos, enfocados para el propósito del presente ensayo, en el Estado o sus instituciones públicas como destinatarios

de dichas decisiones, surge el problema de los riesgos que pueden generarse por mantener una concepción activista del rol de los jueces en los procesos colectivos.

Marco Félix Jobim (2013) expresa, al respecto, que:

Quando el Poder Legislativo no logra otorgar al pueblo nuevas leyes que puedan modificar ese ambiente o cuando el Poder Ejecutivo se torna inerte en su deber de administrar, es el Poder Judicial el que deberá intervenir, en ambos casos, por medio de procesos individuales o colectivos. A este fenómeno se le da el nombre de activismo judicial, en contraposición con la autocontención judicial, lo que, en algunos casos, puede traer beneficios y en otros perjuicios, siendo que lo que ahora se defiende es que en un activismo judicial equilibrado la tendencia del acierto es mayor que la del error (citado en Didier Jr., Zaneti Jr., & Oliveira, 2019, p. 548).

De esta cita se destacan dos aspectos que expone Jobim, en primer lugar, que es el Poder Judicial el que *debe* intervenir, no en un sentido descriptivo ni expresando una posibilidad, sino en un sentido prescriptivo o mandatorio: *deberá*. Las objeciones, sin embargo, a dicho mandato son, si realmente puede, si ello resulta contingente o necesario, y cuáles serían los riesgos o peligros que pueden crearse por esta concepción.

Por otro lado, respecto a si los tribunales *deben* –en un sentido prescriptivo y contingente– intervenir en forma activista, se suelen formular tres objeciones:

- a) La objeción de indeterminación de los derechos a adjudicarse.

Mediante esta objeción no se cuestiona la configuración de los derechos como tales, sino la configuración de las consecuencias jurídicas a establecerse por parte de un Tribunal. Un argumento reelaborado por Dennis & Stewart (2004) a partir del argumento clásico sostenido por E. W. Vierdag (1978) respecto a los derechos socioeconómicos; aunque Dennis & Stewart se enfocan principalmente en la adjudicación de derechos en el ámbito supranacional.

Siendo que la justiciabilidad de derechos colectivos en cuanto a mandatos positivos que ordenan un *dar* o un *hacer*, el juez o

tribunal termina no sólo siendo garante de los derechos, sino una suerte de “diseñador de políticas” que pueden tener un amplio alcance. Este último aspecto no es abordado por Didier Jr., Zaneti Jr., y Oliveira (2019) en su defensa por el activismo en las decisiones estructurales.

- b) La objeción de legitimidad democrática.

Mediante esta objeción se cuestiona que los tribunales subroguen a organismos públicos o poderes del Estado –como el Legislativo o el Ejecutivo– en la toma de decisiones que afectan a la sociedad y que corresponden a tales organismos o poderes. Uno de los ponentes de esta objeción es Richard Bellamy (2008), para quien:

Las Cortes pueden, obviamente, cumplir un reclamo ofreciendo un proceso justo imparcial para la resolución de conflictos, donde todos son tratados como iguales. Pero, cuando se trata de tomar decisiones sobre nuestra vida colectiva, [...] carecen de la intrínseca equidad e imparcialidad del proceso democrático –de tratar los puntos de vista de cada persona por igual (traducción propia, p. 12).

Y es que los tribunales, por lo general, deciden caso por caso, enfocándose en los intereses que uno u otro litigante de manera individual busca hacer valer, y estableciendo *puntos controvertidos* únicamente a través de las posiciones de los litigantes. Lo que muestra lo inadecuado del diseño de los tribunales como *foros democráticos* para la toma de decisiones que pueden llegar a involucrar o afectar a la sociedad en su conjunto (cfr. De Schutter, 2013).

- c) La objeción de la idoneidad institucional.

Finalmente, mediante esta objeción se cuestiona que los tribunales estén suficientemente *equipados* para adoptar decisiones complejas que engloben a toda la sociedad. Bajo esta objeción se enfatiza las falencias institucionales que pueda tener un juez, no en cuanto a su experticia en la interpretación y argumentación del derecho, sino en cuanto a prever los efectos que pueda tener una u otra decisión en la política pública –sea por, de alguna manera, su establecimiento, su alteración, o la extinción de alguna política antes

establecida. La limitación se hace evidente en este último aspecto, donde se requiere una experiencia no sólo en el campo de lo jurídico, sino en otras disciplinas, tanto para establecer una decisión, como para medir los efectos de la misma.

Estas tres objeciones han sido, y son, discutidas ampliamente, aun sin llegar a un consenso en cuanto a la conclusión de si los jueces deben o no tomar partido en la toma de decisiones estructurales, así como cuál sería la manera más adecuada para ello (De Schutter, 2013). Sin embargo, la preocupación es latente y revela un innegable problema que resaltan Stephen Holmes y Cass Sunstein (2011) de la siguiente manera:

A diferencia de una legislatura, un tribunal se dedica en forma exclusiva a un único caso en cada momento. Dado que no pueden examinar un amplio espectro de necesidades sociales en conflicto para después decidir cuánto dinero asignar a cada una, a los jueces se les impide institucionalmente considerar las consecuencias distributivas potencialmente serias de sus decisiones. Y no pueden decidir con facilidad que el Estado cometió un error al concluir en forma anticipada que sería más eficaz destinar sus escasos recursos a los casos A, B y C antes que el caso D [...] (p. 117).

Tal es el riesgo latente y así como los aspectos a prestar atención en la discusión acerca de aceptar una concepción activista en el rol de los jueces -sea moderada o fuerte- de la que el filósofo Michael Walzer (1981) llamó la atención advirtiendo que ello implicaría regresar a los mismos problemas por los que, en su momento, se impulsó la revolución por la democracia.

Sin embargo, con ello, no se busca desechar la idea de una tutela colectiva, sino el poder replantear dicho modelo a fin de mitigar los riesgos antes anotados, o al menos, de dar cuenta de los costos que afectan el alcance, la intensidad, y la consistencia de los derechos adjudicados, en palabras de Holmes y Sunstein (2011).

En segundo lugar, Jobim señala que “en un activismo judicial equilibrado la tendencia del acierto es mayor que la del error”. Al respecto, debe decirse que, en realidad, no hay tendencia en el derecho comparado que permita que se deduzca una afirmación como

la que formula Jobim. Primeramente, a razón de no existir un estándar único para evaluar el “acierto”. Pero sobre todo porque la valoración empírica de una medida depende, en gran medida, de la realidad socio-cultural existente en una sociedad determinada y en un contexto dado (Dyer, 2015). Así, por ejemplo, el estudio empírico de Niels Petersen (2017) sustenta que la práctica judicial en Cortes como la canadiense, la alemana o la de Sudáfrica, pese a tener fallos representativos de adjudicación positiva de derechos, en la mayoría de casos actúan adjudicando derechos mediante medios negativos, como la invalidación de leyes, a razón de que -según Petersen- tales Cortes manifiestan una necesidad de ser percibidas como “árbitros neutrales”, debido a la idea que transmite en la que una Corte vista como activista políticamente socava su propia legitimidad.

LA CONCEPCIÓN DIALÓGICA COMO PROPUESTA EQUILIBRADA

El desafío resulta, entonces, en responder cómo poder lograr una tutela jurisdiccional colectiva sin socavar la legitimidad democrática de las Cortes, ni tampoco producir efectos adversos por una decisión que afecte la distribución de recursos públicos.

Mitigar estos riesgos estableciendo que un proceso sea decidido por el sólo y único razonamiento de un Juez o una Corte, sería ilusorio, considerando el alcance y efectos de las decisiones estructurales. Incorporar en el proceso a un *amicus curiae* o *amici curiarum*, podría ser un aspecto positivo en reducir dichos riesgos, empero tal mitigación de riesgos sería en cuanto al razonamiento dirigido a la adjudicación de los derechos exigidos en un proceso, sin embargo, su participación no sería plenamente satisfactoria en cuanto al diseño de la decisión, así como el plan o programa a establecerse en su decisión. Sobre todo, porque, no basta con tener una u otra opinión *extra*, sino que la objeción de legitimidad democrática, requiere no sólo de tales personas, sino de la propia participación de actores en pluralidad de perspectivas.

Partiendo de ello se presenta la concepción dialógica como propuesta alternativa que pretende una tutela jurisdiccional colectiva de una manera distinta, según la cual, como señala Rojas Bernal (2017):

La solución a los problemas de violación estructural de los derechos no pasa por una decisión vertical y autoritativa de las cortes, sino por una decisión dialogada y consensuada entre los propios actores involucrados: se favorece, así, una rama judicial siempre proclive al diálogo y a la cooperación entre las instituciones cuya actuación conjunta es requerida para revertir tales problemas (p. 225).

Entonces, a través de la concepción dialógica se pretende una relación distinta entre la Corte y los actores involucrados en decisiones estructurales. Ya no aquella relación vertical clásica en la que la Corte se halla en la cúspide y las partes del proceso en una posición inferior, sino que, se resalta a los destinatarios de la decisión, y frente a quienes puedan resultar afectados, la posibilidad y necesidad de una relación horizontal en la que el juez mantiene su rol de director, pero haciendo partícipe a los involucrados para construir una decisión estructural dialogada.

La asimilación de tal modelo en la toma de decisiones estructurales sería una manera concreta de responder a las objeciones formuladas en el apartado anterior. Permitiendo, no sólo un control de validez de lo *decidible*, sino también un control de legitimidad al respecto.

En tal sentido, bajo dicha concepción, la adopción de una decisión requiere de respuestas dialógicas de la manera más amplia posible no sólo para refrenar cualquier objeción de determinación democrática, sino también para posibilitar una decisión idónea en términos institucionales. Respuestas posibles, en palabras de Roberto Gargarella y Paola Bergallo (2014), al tener:

Tribunales que crean mecanismos destinados a monitorear el cumplimiento de sus sentencias, con la ayuda de la ciudadanía; tribunales que exhortan a los gobiernos a cumplir con ciertos derechos, o les advierten sobre el carácter inconstitucional de ciertas alternativas; tribunales que en lugar de imponer una solución a los legisladores, establecen plazos dentro de los cuales estos últimos deben remediar una situación de violación de derechos; tribunales (y este es nuestro ejemplo favorito) que comienzan a tomar en serio el análisis de los debates legislativos, para asegurar que ellos expresen un proceso genuino de aprendizaje mutuo o, en otros términos, que esos debates no resulten meras pantallas destinadas a avalar una

legislación impulsada por grupos de interés, o una decisión que el Ejecutivo se niega a discutir y mejorar junto con la oposición en el Congreso (p. 9).

En suma, modelos de respuestas dialógicas que, conforme se desprende de tales, permiten situar el rol de los jueces y la forma de tutelar los derechos colectivos *lato sensu* de una manera equilibrada, mitigando los riesgos de una decisión estructural compleja –aunque quizá no eliminándolos– y permitiendo una respuesta amplia a cada una de las tres objeciones presentadas en el apartado anterior.

Un ejemplo concreto de la adjudicación de derechos en base a decisiones estructurales dialógicas lo constituye el caso *Eldridge v. British Columbia* (1997) llevado ante la Corte Suprema de Canadá. Dicho caso surge por la demanda presentada por Robin S. Eldridge y Linda J. Warren, sordos de nacimiento, quienes acudieron a la Corte para hacer valer sus derechos, los cuales alegaban haber sido vulnerados al no proveerse de intérpretes de lenguaje de señas en los hospitales.

El contexto detrás del caso es que, en su momento, existían intérpretes para sordos en los hospitales, los que eran proveídos por el *Western Institute for the Deaf and Hard of Hearing*, una organización sin fines de lucro y sustentada por financiamiento privado, cuyo objetivo era el de buscar la igualdad para las personas que padecían de discapacidad auditiva. Sin embargo, al comenzar la década de los años noventa, el referido Instituto comenzó a pasar por una crisis financiera que le impidió continuar proveyendo de intérpretes para sordos en los hospitales. Ante ello, el Instituto buscó financiar su proyecto mediante una petición al Estado canadiense, sin embargo, su solicitud fue rechazada.

Debido a ello, al no contar con más intérpretes, es que Robin S. Eldridge y Linda J. Warren se ven impulsados a interponer una acción contra el Estado, alegando que la ausencia de intérpretes afectaba su capacidad para comunicarse con sus médicos y otros proveedores de atención médica, incrementando así el riesgo de diagnósticos erróneos y tratamientos médicos inefectivos. Sobre tales fundamentos fácticos, los demandantes argumentan una vulneración al derecho a la igualdad, consagrado en el primer párrafo del artículo 15 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades de 1982.

Lo interesante del caso bajo comentario es que, en primer lugar, pese a no tener como demandante a una entidad colectiva o a un conjunto numeroso de demandantes, involucraba más que los derechos de Robin S. Eldridge y Linda J. Warren, e implicaba una situación referida a los derechos fundamentales de toda una colectividad de personas y específicamente de las personas con discapacidad auditiva.

En segundo lugar, el caso llama la atención por no buscar una tutela por medios negativos—como derribar una ley—, sino por medios positivos o prestacionales. Y es que, precisamente, el accionar de los demandantes se dirigía contra una omisión que, según ellos, suponía una situación adversa e inconstitucional respecto de las personas con discapacidad auditiva.

Pero, sobre todo, la peculiaridad del caso se destaca en el modo que la Corte Suprema de Canadá lo resuelve. Y es que, aunque la Corte rechazó que existiera alguna disposición que vulnerase la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, para la Corte no se formuló argumento alguno suficiente como para desvirtuar la afectación alegada por Robin S. Eldridge y Linda J. Warren en su demanda. Es decir, reconoció que existía no una vulneración por algún acto, sino por una omisión que, aunque se encontraba dentro de la esfera de *discrecionalidad* del Estado, tal *discrecionalidad* debía ser entendida no para decidir si “proveer o no intérpretes”, sino para determinar el cómo.

Sobre esta base, la Corte de Canadá otorga tutela al derecho a la igualdad, así como el derecho a la salud, adoptado la siguiente decisión:

Una sentencia declarativa, a diferencia de una orden judicial condenatoria, es el remedio apropiado debido a que hay una multiplicidad de opciones disponibles para que el gobierno pueda rectificar la inconstitucionalidad del sistema actual. No es función de esta Corte dictar cómo es que ello va a ser realizado. Aunque se asume que el gobierno actuará rápidamente para corregir la inconstitucionalidad del presente plan y cumplir la directiva prescrita por esta Corte, resulta apropiado suspender la efectividad de la declaración por seis meses para permitir al gobierno explorar sus opciones y formular una respuesta apropiada (*Eldridge v. British Columbia*, 1997, *traducción propia*, párr. 95).

La Corte, en suma, al ver la multiplicidad de alternativas existentes para poder suplir con las falencias en el sistema y políticas de salud en Canadá, cuestionadas en el proceso, ordenó al Poder Ejecutivo cumplir con el rol encomendado bajo su Carta de Derechos, y bajo su discrecionalidad—aunque bajo la supervisión de la Corte—logrando así una decisión coherente y equilibrada en relación a la división de poderes a pesar de no tener, en dicho momento, algún sistema “especial” al efecto.

Un ejemplo que demuestra la posibilidad de que las Cortes adopten decisiones estructurales en garantía de derechos fundamentales, conscientes de su capacidad institucional, de la multiplicidad de soluciones frente a un caso, y sin socavar la determinación democrática de las políticas públicas.

REFLEXIÓN FINAL

¿Deben las Cortes tutelar derechos colectivos? Sí, por el sólo hecho de tratarse de derechos, les corresponde una tutela. Pues la fuerza de un derecho reside en su justiciabilidad (Young, 2008), y ello no es excepción en el caso de los derechos colectivos. Los que, son tutelados a través de mecanismos cada vez más diferenciados, a punto que hoy se habla de procesos colectivos, como se evidencia en el derecho comparado e incluso en los esfuerzos por una reforma procesal.

La preocupación, sin embargo, recae sobre la decisión que puede adoptar una Corte en dicho tipo de procesos, pues se trata, como se ha visto, de una decisión que repercute no sólo en las partes involucradas, sino que puede tener un alcance incluso sobre la sociedad en su conjunto. Preocupación que se hace manifiesta por el riesgo de que, por la toma de una decisión de tal alcance en manos de un juez o tribunal, se termine relativizando o minimizando la dimensión autoritativa del Derecho, la legitimidad democrática de las decisiones, y la propia administración de recursos públicos.

Una decisión que, de ser estructural y vincular a organismos o poderes del Estado, requiere entonces no sólo de la actuación o decisión individual de un juez. Sino de la articulación dialogada de diversos actores para posibilitar el ejercicio de derechos colectivos de manera eficiente y eficaz.

Una exigencia posible de lograrse, y mitigando los riesgos anotados, a través de alternativas equilibradas tal como las que se proponen bajo la denominada justicia dialógica, una propuesta a la que se ha pretendido persuadir a los lectores del presente artículo, o, al menos, a quienes se ha pretendido sembrar curiosidad en el tema abordado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bellamy, R. (2008). The Democratic Constitution: Why Europeans should Avoid American Style Constitutional Judicial Review. *European Political Science*, 7, 9-20.

Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (Supreme Court of the United States 1954).

De Schutter, O. (Ed.). (2013). *Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*. Edward Elgar.

Dennis, M. J., & Stewart, D. P. (2004). Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights: Should there be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing, and Health? *The American Journal of International Law*, 98(3), 462-515.

Didier Jr., F., & Zaneti Jr., H. (2019). *Proceso colectivo. Tutela procesal de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. Palestra Editores.

Didier Jr., F., Zaneti Jr., H., & Oliveira, R. A. (2019). Notas sobre las decisiones estructurantes. En G. Priori Posada, *Justicia y proceso en el siglo XXI. Desafíos y tareas pendientes* (págs. 545-558). Palestra Editores.

Dyer, E. (2015). *El precedente constitucional: análisis cultural del derecho*. Ara Editores.

Eldridge v. British Columbia, 3 S.C.R. 324 (Supreme Court of Canada October 9, 1997).

Fiss, O. (1985). Two models of adjudication. En R. Goldwin, & W. Schambra, *How does the Constitution secure rights?* (págs. 36-49). American Enterprise Institute.

Fiss, O., & Resnik, J. (2003). *Adjudication and its alternatives. An introduction to procedure*. Foundation Press.

Gargarella, R., & Bergallo, P. (2014). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Siglo XXI Editores.

Gidi, A., & Ferrer Mac-Gregor, E. (2004a). *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada* (Segunda ed.). Porrúa.

Gidi, A., & Ferrer Mac-Gregor, E. (2004b). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica*. Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

Holmes, S., & Sunstein, C. R. (2011). *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. (S. Mastrangelo, Trad.). Siglo XXI Editores.

Petersen, N. (2017). *Proportionality and Judicial Activism*. Cambridge University Press.

Plessy v. Ferguson, 163 US 537 (Supreme Court of the United States 1896).

Proto Pisani, A. (2014). *La tutela jurisdiccional*. Palestra Editores.

Rojas Bernal, J. M. (2017). Nuestro incipiente «activismo dialógico»: las sentencias estructurales del Tribunal Constitucional. En J. M. Sosa Sacio, *Igualdad, derechos sociales y control de políticas públicas en la jurisprudencia constitucional* (págs. 221-240). Palestra Editores.

Tushnet, M. (2013). *Constitutionalismo y Judicial Review*. Palestra Editores.

Vierdag, E. W. (December de 1978). The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. *Netherlands Yearbook of International Law*, 9, 69-105.

Vitorelli, E. (2016). *O devido processo legal coletivo. Dos direitos aos litígios coletivos*. Revista dos Tribunais.

Walzer, M. (1981). Philosophy and Democracy. *Political Theory*, 9(3), 379-399.

Young, K. (2008). The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content. *Yale International Law Journal*(33), 113-175.