

La realización de derechos en casos estructurales:

Las causas ‘Verbitsky’ y ‘Mendoza’

Mariela Puga*

Índice

1. Introducción. La necesidad de un giro hermenéutico. **2.** Una tendencia en casos estructurales. **3.** Los hechos y las preguntas. **4. Giro Conceptual:** Un mapa teórico para buscar respuestas. **5.** De por qué no hay culpables en los casos estructurales. **6.** Del problema de explicar cuál es el problema. **7.** De los desafíos de la Corte. **8. Giro Político:** El rol de la Corte frente a los costos marginales de una Republica Democrática. **8. a.** La periodicidad de los mandatos ejecutivos y el largo plazo. **8. b.** Coordinación política de instituciones técnicas y problemas complejos. **8. c.** Formalismo burocrático y censuras cognitivas. **9. Giro Retórico:** La falacia legalista como metáfora de cierre –de alternativas-. **10.** Aclaraciones sobre el **experimentalismo** como propuesta de expansión –de alternativas-

1. Introducción: La necesidad de un giro hermenéutico

Aunque no es peor que en otros países Latinoamericanos, la persistente violación de derechos básicos en Argentina es **particularmente paradójica** en atención a su situación institucional.¹ Ya van 25 años de democracia, 14 desde que se incluyera en su Constitución un sustantivo elenco de tratados internacionales de derechos humanos,² y hace ya algún tiempo que sus funcionarios y jueces, especialmente los de la Corte Suprema de Justicia Nacional, están fuertemente consustanciados con el discurso de derechos humanos.

* Este trabajo se realizó en el marco de la Beca-Estimulo 2007 para docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, y del primer informe de avances del Programa de beca 2007-8 “Actualidad del Pensamiento Crítico Latinoamericano” del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO).

Aprovecho para agradecer a todos aquellos que generosamente colaboraron conmigo discutiendo argumentos, haciendo comentarios de enorme utilidad a los primeros borradores de este trabajo, y proporcionándome valiosa información. En especial, a Máximo Lanusse, Joaquín Millón, Silvina Ramírez, Paola Bergallo, Romina Faerman, Christian Courtis, Sofía Bordenave, Marisa Fassi y Lucas Carranza, por sus incisivos comentarios y el ánimo de moverme a reflexionar; y a Ernesto Blanck, Andrés Nápoli, Diego Morales, Sofía Bordenave, Raquel Asensio, y Jimena Saénz, por la información privilegiada que me proporcionaron en relación a los casos. Corresponde también mencionar que dado que la Clínica Jurídica Córdoba de la que formo parte es miembro de la ‘mesa de diálogo’ en la causa *Verbitsky*, tuve acceso a información de primera mano sobre su evolución, y gracias al apoyo de la Fundación Ford puede invitar a algunos de los protagonistas de ambos casos a mis clases en la Universidad de Palermo y discutir en profundidad varios aspectos de este trabajo.

¹ La paradoja Latinoamericana de democracias incipientes y creciente exclusión social es señalada en un trabajo reciente de Martín Abregú, 2007: 30-31. Mi intención aquí es resaltar las particularidades de esta paradoja en el contexto Argentino, en donde sobresale un creciente reconocimiento institucional de los derechos humanos, frente a la persistente exclusión social y vulneración de derechos básicos de los mas desposeídos.

² La reforma Constitucional de 1994 dio jerarquía constitucional a una importante cantidad de tratados de derechos humanos ratificados por Argentina (Art. 75. inc. 22). El reconocimiento jurisprudencial de la exigibilidad interna de las normas e instrumentos internacionales con jerarquía superior a las leyes es incluso anterior a la reforma de 1994. Ver los casos de la CSJN de 1992 “Ekmekdjian Miguel Angel c/ Sofovich Gerardo y otros s/ Derecho a réplica”, de 1993 “Fibrica Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande” y de 1994 “Cafés La Virginia S.A. s/ Apelación.”

Sin embargo, la paradójica distancia entre los hechos³ y las normas – incluidas las sentencias judiciales-, irradia en la práctica jurídica la imagen de dos mundos **escindidos**. Alberto Binder lo describe de la siguiente manera:

“...junto a la lucha por el sentido normativo, se encuentra también otra disputa, que se vincula con la fuerza del derecho mismo, es decir, con la capacidad de regular efectivamente el conjunto de relaciones sociales que se dice regular. Cierta tradición intelectual dentro del pensamiento jurídico –de la cual la dogmática jurídica más tradicional hace un punto central– permite desvincular el sentido normativo (que surge de la interpretación) del problema específico de su fuerza (su capacidad de provocar prácticas concretas), *como si fueran dos mundos fácilmente escindibles*. De ese modo, la determinación del sentido se aparta de la fuerza normativa o se desentiende de las prácticas concretas con las que se enfrenta todo texto jurídico que *no sólo busca prescribir una práctica sino desplazar otra*.”(Binder, Alberto, 2007: 12. El énfasis es propio)⁴

La metáfora de la escisión se vincula a la extendida denuncia contra el **cinismo** de la corporación legal y sus prácticas, entre las cuáles se destaca una dogmática que pretende aislar la interpretación legal de sus consecuencias y contexto.⁵ Ello parece contagiar también de cierto

³ Al solo efecto ejemplificativo verificar los altísimos índices de pobreza de la Argentina (se habla de entre 9 y 12 millones de personas censadas. Recientemente se denuncia el aumento de la “brecha de la pobreza”, es decir que los hogares pobres están peor que hace seis años, en razón de la inflación y el congelamiento de los planes sociales. Ver los datos en “Los planes sociales en el museo de hielo,” Sección Política, Diario Critica Digital, <http://www.criticadigital.com.ar/index.php?secc=nota&nid=3314>, 04-05-07), el informe de UNICEF sobre los altos índices de mortalidad infantil refiriendo a la desigualdad geográfica en el acceso a la salud que se publicara en clarín (<http://www.clarin.com/diario/2008/01/29/opinion/o-02001.htm>), los informes sobre la persistencia de la maternidad como principal causa de muerte de mujeres (<http://www.pagina12.com.ar/imprimir/diario/elpais/1-15658-2003-01-21.html>), los múltiples informes sobre el empeoramiento de la situación en las cárceles argentinas (Ver un Documento no tan actual, pero detallado del Grupo de trabajo de Naciones Unidas, ONU.E/CN.4/2004 /3/Add3, 23 de diciembre 2003 y mas recientemente (07-05-08) la denuncia de Gaston Chillier, Director Ejecutivo del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) acerca de que la actual administración nacional ha abandonado “por completo”...temas como la situación de las cárceles, la represión policial o la pobreza” <http://www.clarin.com/diario/2008/05/08/elpais/p-01403.htm>), y el ostensible crecimiento de la inseguridad y violencia urbana, para mencionar solo lo visible y accesible al debate publico.

Es vasta la discusión académica sobre las violaciones masivas invisibles, aquellas abarcadas por estrategias de invisibilización estatal de la desnutrición infantil, el trabajo en negro e insalubre (advertir el exponencial crecimiento de *call centres* gerenciados por empresas extranjeras, crucial para la disminución de la tasa de desempleo, y la connivencia del estado para la disuasión de la actividad sindical en estos ámbitos), la explotación de extranjeros e indocumentados, la desaparición por contaminación o desertificación de una gran cantidad de pueblos del interior, la persecución campesina (en general también indocumentados), la contaminación de las cuencas hídricas, entre muchas otras.

⁴ Estoy en deuda con Máximo Lanusse por esta cita que tomé de uno de sus trabajos prácticos de la Maestría de la Universidad de Palermo, además de por sus generosos aportes en relación a este trabajo.

⁵ Sobre la actitud cínica de la corporación legal y su vinculación con la dogmática formalista ver la última parte del trabajo de Martín Böhmer en el que refiere a profesores y profesionales del derecho. (Böhmer, Martín, 1998). Böhmer destaca que ellos sostienen una doble narrativa acerca de lo que se trata el derecho; una referida a la guerra tribunalicia donde se ganan los casos al margen de las normas escritas, y otra, la exposición dogmática del derecho como las normas que se repiten en los exámenes y que los jueces dicen aplicar. En un trabajo anterior, Víctor Abromovich trató el mismo asunto, como una cuestión de menosprecio de la práctica judicial desde el estudio y la enseñanza del Derecho, haciendo hincapié en la escisión entre teoría y práctica legal. (Abramovich: 1991). La versión más extendida y sistémica de esta crítica, referida no solo a la enseñanza del derecho sino también a la práctica judicial, proviene del movimiento del realismo jurídico norteamericano de la década del 30´ y de sus seguidores del movimiento de *Critical Legal Studies* en los Estados Unidos de las décadas de los 70´ y 80´, entre los que destacan Duncan Kennedy, Robert Gordon y Mark Tushnet.

pseudo-cinismo – o instrumentalismo ingenuo, como tal vez lo llamaría García Villegas (2003) - a algunos segmentos del movimiento de los derechos humanos que, en un primer momento, un T1, tienden a celebrar ‘triumfos de papel’⁶ o la captación del lenguaje oficial, para luego, en un segundo momento, un T2, **inculpar** a los destinatarios de las normas por la anomia generalizada o la imperturbabilidad del *status quo* injusto. Se aísla así el problema de la eficacia en un T2, como un episodio ad-hoc, un asunto para otras disciplinas o discursos, independiente de la operación hermenéutica y de la retórica de los derechos.

Los casos estructurales -en los que la causa de la violación de derechos refiere a prácticas o políticas sistémicas- resultan amplificadores naturales de estos dos momentos y reflejos sobredimensionados de la escisión de los dos mundos. En ellos se observa con nitidez cómo un dogmatismo pseudo-neutral frente a problemas complejos conduce a profundizar el quiebre entre el sentido de la norma y su efectividad.⁷

El propósito general de éste trabajo es explorar formas de incluir la discusión de la efectividad práctica de los derechos en la operación hermenéutica de cierto tipo de casos estructurales; es decir, formas de incluir los desafíos del T2 en el T1. La apuesta es a que un eventual giro hermenéutico (conceptual, político y retórico), impacte en la práctica y la fuerza normativa de los derechos.

La búsqueda se hará a través del examen en concreto de dos casos paradigmáticos en los que interviene actualmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los que entiendo, reflejarían una tendencia importante. Se trata de las causas *Verbitsky*⁸ y *Mendoza*⁹, las que envuelven problemas de difícil solución y de larga data: las terribles condiciones de detención en las comisarías y cárceles de Buenos Aires, por un lado, y la grave contaminación del Riachuelo, por el otro. Se examinará cómo aquí la Corte **abre** la disputa del sentido normativo de los derechos a las exigencias contextuales de su goce efectivo.

Un **presupuesto** de esta aproximación es que en contextos de extendida ineficacia legal como el nuestro, la efectividad práctica de la intervención judicial es un objetivo a privilegiar.¹⁰ Sin menospreciar otras metas estratégicas, tales como la visibilidad de ciertos problemas o su

En la Argentina, una crítica dirigida a la dogmática legal del derecho continental y a su racionalidad deductiva divorciada de las consecuencias políticas y sociales puede verse en Carlos Nino: 1989. Entre quienes en cambio defienden a la dogmática legal como una práctica que podría escapar de esta especie de cinismo esencial están Christian Courtis y Alberto Bobino (2001).

⁶ Tomo prestada la frase del título del trabajo de Joaquín Millón en relación a los problemas de ejecución de sentencia del afamado caso Viceconte, en el que destaca que los problemas de ejecutabilidad de las sentencias en casos de derechos económicos sociales han sido descuidados, y que demandan “una evaluación pragmática de [las] sus - aparentes-“conquistas”. (Millón, Joaquín, 2007).

⁷ Yendo más allá de “casos” estructurales, Alberto Binder saca conclusiones de lo que llama *impunidad estructural*. “Esta impunidad, a la que ya nos hemos acostumbrado, es la contracara de la República, porque encubre al poder concentrado y su distribución de privilegios; es la contracara de la democracia, porque torna inútiles los pactos políticos y actividades parlamentarias y es la burla más hiriente del Estado de Derecho porque lo convierte en una fachada o una máscara que oculta el abuso del poder” (Binder, Alberto. 2004:1)

⁸ La causa ‘Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus’ tubo sentencia el 3 de Mayo del 2005. Se originó por la demanda del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) sobre las ilegales condiciones de detención de los alojados en los establecimientos policiales superpoblados y/o comisarías de la Provincia de Buenos Aires. Se denunció también la ilegal detención de menores, enfermos y mujeres en esos lugares.

⁹ En la causa “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo) la primer resolución fue dictada el 20 de Junio del 2006. En esta causa aún no se dicta sentencia, sin embargo, la Corte ha tomado una larga y detallada lista de medidas *ordenatorias e instructorias* que involucran múltiples pedidos de informes, plan integrales de saneamiento, periciales y varias audiencias públicas.

¹⁰ Entiendo que Carlos Rosenkrantz (1999) en un sentido general tiene razón en que la autoridad del derecho es denostada con la existencia de normas que no se cumplen o de sentencias ineficaces.

inclusión en la agenda pública (CELS: 2008), la llamada de alerta aquí, es por dar cuenta de ciertos costos. Me refiero a que el uso institucional meramente simbólico del discurso de los derechos arriesga, en contextos paradójicos, debilitar el mismo poder simbólico al que apela. Es decir, arriesga afectar el valor social del derecho y su capacidad para motivar conductas. Tal peligro se acrecienta cuando los resultados prácticos se apartan de manera axiomática del esquema hermenéutico, como si fueran dos etapas diferentes (la exigibilidad en un T1, y los problemas de ejecución de sentencia en un T2).

Por ello la propuesta específica de este trabajo es un mapa hermenéutico desde el que leer el esquema remedial¹¹ de la Corte en *Verbitsky* y *Mendoza*, en el que se incluya la dimensión práctica de los derechos tanto en la operación de **hermenéutica conceptual** (epígrafe 4 a 7), como en la **hermenéutica política** de la intervención de la corte (epígrafe 8), y finalmente, en la aproximación **retórica** al contenido de los derechos (epígrafe 9 y 10).

Advertirá pronto el lector que este marco teórico es también una propuesta dogmática, pero en este caso, dirigida a reducir el cinismo de la práctica legal y a construir autoridad judicial en escenarios paradójicos como el argentino.

Hacia el final (epígrafe 10), se deslizan algunas propuestas concretas sobre el sendero a seguir en pos de alcanzar la realización efectiva de los derechos en los casos analizados. Este sendero ya es un proyecto remedial más completo, en un sentido cercano a lo que se viene instalando en el debate jurídico como experimentalismo (Bergallo: 2005).

Se inicia este proyecto contextualizando los casos en análisis y las preguntas inmediatas que ellos imponen sobre la Corte y los juristas (epígrafe 2 y 3).

2. Una tendencia en casos estructurales¹²

Tanto la causa *Verbitsky* como la causa *Mendoza* se inscriben en lo que calificaré de una tendencia reciente de la jurisprudencia argentina –y aun más incipiente de la Corte Suprema–, la que podría definirse por dos rasgos sobresalientes. El primero se manifiesta desde hace más tiempo y algunos suelen calificarlo con el mote de **activismo jurídico en casos estructurales**. Consiste en que los tribunales intervienen en causas de derecho público en las que se reivindican intereses colectivos o derechos subjetivos contra políticas o prácticas institucionales injustas. En general son casos que en otros tiempos hubieran sido rechazados de plano bajo el calificativo de ‘cuestiones políticas no justiciables,’ o por ‘falta de afectación directa o individualizable.’¹³ Tales

¹¹ Por similares razones a las mencionadas por Paola Bergallo (2005: 3-5) utilizaré el término *remedio* en un sentido cercano al del derecho anglosajón, como aquellas instrucciones que ordena un tribunal una vez persuadido de los méritos de un planteo del demandante. Tiendo a usarlo en un sentido aún más amplio, como representación de todas aquellas órdenes de la Corte (no solo en la sentencia) tendientes a enmendar, rectificar, remediar de manera directa o indirecta la situación de violación de derechos.

¹² Se me señaló que dos casos en la Corte y una docena de casos esparcidos en el país no hacen una tendencia jurisprudencial. Sin embargo, me permito hacer uso del concepto desde un punto de vista diferente al sistémico, desde la semántica de lo a-normal o lo a-lineal. Charles Sabel me señaló hace algún tiempo, que “*A crazy idea that recurs is a tendency.*” Es decir que hablo aquí de tendencia con el fin retórico de marcar el inicio de lo contra-sistémico.

¹³ Entre los casos más renombrados de la Corte Suprema de Justicia se encuentran la causa “Asociación Benghalensis y otros vs. Estado Nacional” (C.S.J.N., 01/06/2000, Fallo 323:1323), el afamado caso del Colegio Monserrat (causa González Delgado, Fallos 323:2659), más recientemente los casos “Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSES s/ reajustes Varios” (la última resolución en este caso es del 26/11/2007) y las medidas en el caso de la Comunidad Toba del Chaco (“Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento, 18/09/2007).

intervenciones hacen prever –temer o desear– la redistribución coercitiva de recursos públicos o la injerencia de los jueces en funciones tradicionalmente ejercidas por los poderes políticos.

El segundo rasgo de esta tendencia es más nuevo y se refiere a la forma de la actuación judicial en algunas de estas causas, es decir, el esquema remedial que se ordena para alcanzar la eficacia normativa. Como se verá, cuando las violaciones de derechos son el producto del fracaso de políticas y/o prácticas institucionales arraigadas, la justicia argentina **inaugura procesos ambiguos y abiertos hacia el futuro**.¹⁴ En estos procesos se interpelan, monitorean y revisan las instituciones y/o políticas públicas, dictando medidas estratégicas multiformes que escapan substancialmente al marco de medidas de ejecución tradicionales.¹⁵

Podría afirmarse que el activismo jurídico en casos estructurales complejos como estos denota el triunfo de la retórica de los derechos humanos y su virtualidad institucional, mientras que la forma de intervención de las Cortes reflejan los particulares términos en que se organizará la lucha por el sentido práctico de estos derechos, por el ‘cómo’ se accede a su contenido o realización.

Los ‘cómo’ que la Corte propone en el esquema remedial de esta tendencia pueden clasificarse en **órdenes** judiciales de dos tipos:

- a) **indirectas o preliminares**, en relación a la satisfacción del derecho vulnerado. Consisten en exigir información, llamar a audiencias públicas, interpelar por planes de

Los tribunales inferiores también han venido recorriendo este camino. Vale resaltar el caso del Tribunal Criminal Nro. 3 de Mar del Plata en el que se condena, entre otras cosas, a la Provincia de Buenos Aires a descentralizar Hospitales Públicos (“Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires distrito IX- Mar del Plata s/ amparo” 04/06/2002); el tristemente célebre caso “Paynemil” en el que una comunidad mapuche del Neuquén demandó a la Provincia y la empresa YPF por contaminación y daño a la salud de los niños (“Menores de la Comunidad Paynemil s/ acción de amparo” Juzg. de Primera Instancia en lo Civil Nro. 3, 11/04/1997); el caso “Tejeda” de Córdoba, en el que se demanda entre varias cosas un “plan de seguridad contra el tráfico de drogas en un barrio de la ciudad” (“Tejeda Elsa Cecilia y otros c/ Estado Nacional – Amparo” Juzgado Federal Nro. 2, en proceso de audiencias), y en el que el juez llama a audiencia al Ministerio del Interior interpellando por políticas públicas; el caso “TBA” en que se ordena la reestructuración del servicio de trenes de Buenos Aires por discriminatorios (“Unión de Usuarios y Consumidores c/ en Mro. V E INF- Sec Transporte- Dto 104/01 s/ Amp. Proc. Sumarísimo -Art. 321 inc. 2 CPCYC-. Juzg. Federal en lo Contencioso Administrativo Nro. 1, Buenos Aires, Noviembre de 2005); y los más recientes, “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/recurso de casación” de la Sala tercera de la Cámara Nacional de Casación Penal en la que se ordena la libertad progresiva de los menores de 16 años detenidos en comisarías de la Ciudad de Buenos Aires y la constitución de una mesa de diálogo con los jueces de menores y actores involucrados, entre muchos otros –actualmente el caso esta a consideración de la Corte Suprema-, y el más reciente aun del Juez Federal Nro. 2 de Tucumán, en una causa de amparo por la contaminación del ingenio de La Trinidad, en la que el denunciante es un vecino, Miguel Ibrahim, y en la que se llamo a una audiencia al Estado Nacional y Provincial, al Defensor del Pueblo y a peritos de la Universidad Nacional del Tucumán. Ver nota periodística en http://www.primerafuente.com.ar/nota.asp?id_seccion=2&seccion=&id_nota=41267. Para ahondar en jurisprudencia un poco mas antigua de este tipo, en materia de derecho a la salud, ver en particular los algunos de los citados en el trabajo de Paola Bergallo (2005), en materia de derechos del consumidor y medio ambiente, ver algunos de los citados en mi trabajo “Acción de Amparo en la Jurisdicción Federal” (Programa de Derecho de Interés Público, Centro de Estudios de Postgrado, Facultad de Derecho, Universidad de Palermo, [2002] . — 54).

¹⁴ Este es el perfil de los casos en análisis (*Vebitsky y Mendoza*) y de los siguientes casos citados en la nota 13: el de la Comunidad Toba del Chaco, el de la Descentralización de los Hospitales Públicos de Mar del Plata, el caso Tejeda de Córdoba, TBA de Buenos Aires, Gracia Mendez de Buenos Aires, y el caso de Tucumán.

¹⁵ Entiendo por medidas de ejecución tradicionales, aquellas órdenes judiciales que consisten en reglas prácticas, a veces directamente dirigidas a responsables culpables, otras veces a responsables institucionales no-culpables, con el fin de restablecer el contenido ‘obvio u ampliamente consensuado’ del derecho vulnerado, el que puede ser especificado por la Corte o referido de manera axiomática. A veces ello incluye plazos de cumplimiento y otras veces también amenaza específica de sanción.

políticas o reforma, requerir reportes periciales, pedir rendición de cuentas, instar mesas de diálogo, etc.

Son órdenes que parecen más bien aproximativas al problema, o indagatorias de las lógicas de la violación, de su extensión y causalidades. Presuponen, por tanto, que tales cuestiones no están lo suficientemente claras o no son lo suficientemente obvias.

b) directas, aunque incompletas, en relación a la satisfacción de los derechos violados. Dirigidas a darle contenido concreto a los derechos, aunque solo parcialmente: satisfacen el derecho sólo en parte, o sólo a para un grupo de afectados, o sólo en los casos más graves. Ejemplo: la orden de que cesen los excesos que puedan considerarse tratos crueles o degradantes, de que cese la detención de enfermos y menores, de que se revisen leyes que podrían aminorar el problema, etc.

Estas medidas responderían a dos tipos de consideraciones. **1.** La urgencia o gravedad de la violación. **2.** La claridad de los mecanismos de violación y la obviedad del carácter remedial de la medida que se ordena - ya sea como mecanismo para dismantelar parte de la violación o para iniciar su dismantelamiento-.

En ambos casos no se sindicó a actos de individuos, ni de grupos de individuos como perpetradores o provocadores directos y concientes del daño general a los demandantes. Ésta no inculpación,¹⁶ como se verá más adelante, puede explicarse como una manera de despejar percepciones simplistas de la generación del daño, y así darle a estos casos estructurales el tratamiento especial que requieren las causalidades complejas.

3- Los hechos y las preguntas

En la causa *Verbitsky* la Corte establece que las “Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos” son los estándares que el sistema penitenciario bonaerense debe alcanzar, pero no le ha dicho al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires ni qué tipo, ni qué cantidad o estilo de infraestructura, reforma legislativa, política o presupuestaria es necesaria para alcanzar estos estándares.¹⁷

Tampoco amenazó con sanciones al Estado Provincial en caso de que continúe la frustración de tales estándares, ni fijó plazos para alcanzarlos. Sólo deslizó en los *considerandos* del fallo que, dado el reconocimiento del demandado sobre la situación –el cuál ponderó positivamente-¹⁸ el

¹⁶ Me refiero a la inculpación institucionalmente sancionada, a la que Jaime Malamud Goti trata como fuente de victimización en el segundo sentido. Esto es, cuando la víctima de un daño lo es por el acto intencional de aquel a quien *prima facie* se culpa por lo que le ocurrió. Ello presupone una noción de *agencia activa* como causa suficiente del daño. (Malamud Goti, Jaime, 2005).

¹⁷ Adoptadas por el primer Congreso de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento de delincuentes celebrado en Ginebra en 1955 y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus Resoluciones 663C (XXIV) del 31 de Julio de 1957 y, 2076 (LXII) del 13 de Mayo de 1977. Cristián Courtis cuestiona la adopción de éste estándar por ser el instrumento más antiguo del *soft law* en la materia. Varios de los documentos posteriores como el “Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión” las han complementado y actualizado, y constituyen estándares más modernos para interpretar las cláusulas de los tratados de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional y supralegal en nuestro país. (Courtis, Cristián, 2006:23)

¹⁸ El Poder Ejecutivo provincial había reconocido esta situación al declarar la emergencia físico-funcional del Sistema Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires mediante el decreto 1132/01. También lo había reconocido en Audiencia

status quo, como situación genérica, colectiva y estructural, violaría ciertos derechos. Dictó algunas medidas **directas** que parecen atender a lo grave, urgente, o lo que constituirían las violaciones más claras – que no se detenga más a los enfermos y menores en comisaría, que se impidan los tratos que puedan considerarse torturas, y que se reformen algunas leyes que, de alguna manera que no se precisa, serían inconstitucionales y afectarían la situación de hacinamiento-.¹⁹

Las otras órdenes son interpelaciones **indirectas**, generales y vagas, como encargos de formar espacios de diálogo, pedidos de informes periódicos de medidas –indeterminadas-, envío de información a jueces de primera instancia, programación de una supervisión periódica -también general- en términos y con objeto imprecisos.

En la causa *Mendoza* tampoco se ha detallado a los Ejecutivos de la Nación, Ciudad, o Provincia de Buenos Aires, ni a las empresas demandadas, qué es lo que deben hacer para sanear el área contaminada de la Cuenca Matanza-Riachuelo ni para asistir a la población afectada. De hecho ni siquiera se *declaró* de manera expresa todavía el deber de hacerlo - no hay ni sentencia, ni medidas cautelares-. No obstante, las medidas indirectas abundaron. La Corte ya interpeló por un **plan** para atender el problema y por la producción de información relevante, la que requirió tanto de los ejecutivos como de las empresas, e incluso del mismo demandante, y se llamó a audiencias para discutir lo presentado. Ello en el marco formal de las llamadas medidas ordenatorias e instructorias del proceso reguladas en la Ley General de Ambiente. Luego requirió un reporte a expertos de la Universidad de Buenos Aires (UBA) acerca del plan presentado por la demandada. Este reporte también fue discutido en sucesivas audiencias públicas con la participación de distintos representantes de la Sociedad Civil. De manera que sólo con órdenes indirectas, la Corte ha movilizado sustantivamente la deliberación interna y pública del asunto.

La cuestión que se plantea de ahora en más en ambos casos es ¿hacia donde va la Corte con estas órdenes?, ¿se trata acaso de un procedimiento preliminar para sentar las bases de futuras órdenes más tradicionales, directas, completas y detalladas, o para encontrar un culpable? o, ¿acaso es sólo un gesto simbólico que traza la línea entre los mundos de la exigibilidad discursiva y la exigibilidad en concreto de los derechos, entre la lucha por su sentido simbólico y la lucha por su fuerza normativa en el caso concreto, asumiendo su jurisdicción para decidir sobre lo primero, y la de los poderes públicos - gubernamentales y no gubernamentales-, para lo segundo?

ante la Corte en el 2005. La Corte afirma en su fallo que “El Poder Ejecutivo provincial expuso una serie de esfuerzos que demuestran su empeño, pero que no resuelven la situación” (considerando 31) del fallo *Verbistky*, aún más, destaca en el considerando 23) Que sin embargo, existen hechos no controvertidos en las actuaciones que...fueron admitidos por el gobierno provincial con **encomiable sinceridad**” (la negrita es nuestra)”.

¹⁹ En el resolutorio número 7) de la sentencia, la Corte exhorta al Ejecutivo y a la Legislatura Provincial a adecuar la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación, y la legislación de ejecución penal y penitenciaria. Sagües advierte, en tono crítico, que “la Corte Suprema federal no indica claramente qué reglas precisas de la Provincia de Buenos Aires padecen el defecto que les atribuye, y dónde, especifica y puntualmente, está la colisión entre las normas del caso con la Constitución nacional o el derecho internacional.” A esa orden imprecisa llama, siguiendo doctrina europea sobre tribunales constitucionales, una exhortación por constitucionalidad precaria, y la critica por su falta de precisión. (Sagües, Néstor Pedro, 2006). Por su parte, Gargarella y otros comentaristas refutan interesantemente las críticas de Sagües y defienden este estilo de intervención judicial por establecer un dialogo entre los poderes. Ver el Blog de Gargarella: Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política. Una mirada igualitaria sobre el constitucionalismo, del 21 de Septiembre de 2007.

Sólo cabe agregar, la inocuidad de la distinción de Sagües en los términos que interesan en este trabajo. Nótese que *prima facie*, y pese a sus conclusiones dogmáticas, la exhortación de la Corte fue exitosa y no presentó dificultades para que la legislatura reformara las leyes mencionadas (La nueva ley es la 13.449 (B.O. 17/3/2006). Mientras que en otro caso, en *Badaro* específicamente, en el que la Corte fue mucho más precisa y, en términos de Sagües dictó una ‘sentencia exhortativa de constitucionalidad simple,’ el Congreso Nacional nunca obedeció tal exhortación.

En otras palabras, mientras la Corte parece recorrer de una manera oblicua el camino de la realización de los derechos que se demandan – si es hacia allí hacia donde va-, la pregunta latente es si ¿tiene algún camino en mente para conseguir el goce de los derechos que se están violando? o, al menos, si ¿hay un camino u horizonte posible para casos tan complejos?.

4. Giro Conceptual: Un mapa teórico para buscar respuestas

El caso *Verbisky* puede definirse, en términos de derechos subjetivos, como un caso de derechos civiles o de primera generación – derecho al trato digno, a verse libre de torturas originadas en las condiciones de hacinamiento, a la integridad física y hasta a la vida-.²⁰ Por su parte, la causa *Mendoza* podría tenerse como un caso de derecho a la salud y a un ambiente sano, es decir, de violación de derechos de segunda y tercera generación.²¹ Aún para la dogmática más progresista esta distinción de origen histórico es importante en términos de **justiciabilidad**, desde que se consiente que derechos civiles y sociales aunque exigibles todos, habilitarían funciones judiciales diferentes. Aquellos que en cambio centran el análisis en la distinción entre derechos positivos y negativos, se ven obligados a asumir posiciones dogmáticas rígidas para decidir si *Verbisky* exige un deber de abstención del estado (cesar el trato indigno) o una actividad (mejorar las condiciones de detención), pero lo que si parece mas claro es que *Mendoza* seria un caso centralmente de derechos positivos. Sin embargo, ninguna de las dos distinciones parece decisiva a la hora de determinar el sentido práctico de los derechos en estos particulares casos estructurales.

Verbisky, con sentencia dictada, y *Mendoza*, aún en proceso de sustanciación, tienen en común dos extremos particularmente relevantes.²² El primero es que la **exigibilidad normativa o discursiva de los derechos está presupuesta**, dado que la Corte ha intervenido dejando clara su jurisdicción para juzgar y tomar medidas en ambas causas sin establecer inculpaciones -ni a individuos, ni a grupos- por el sufrimiento de las víctimas. La jurisdicción manifestada a través de órdenes concretas de hacer, tiene un valor simbólico innegable tanto para la construcción de la posición de ‘víctimas’ de los demandantes, como para la argumentación sobre la justiciabilidad de los derechos en juego. El segundo extremo común es que la **los términos prácticos de su vigencia son aún imprecisos**. Como ya se dijo, la intervención judicial en ambos casos ha sido ciertamente oblicua, con un carácter aparentemente preliminar, o bien, incompleto, en relación a la satisfacción de los derechos de las víctimas.

La similitud del tratamiento –pese a las diferentes instancias de los procesos judiciales- incentiva a identificar otros puntos análogos entre estos dos casos. Por ejemplo, que las víctimas son “personas agrupables a partir del sufrimiento físico y psíquico causado por vivir en un **entorno**

²⁰ Aunque las condiciones de atención médica y alimentaria de los internos también fueron objeto de denuncia, lo cierto es que ellas se han enmarcado bajo la definición de derecho a un trato digno del interno y no, como usualmente sucedería con otros ciudadanos libres, como derecho a la salud o a la alimentación. Así también, mientras que el hecho del hacinamiento y las condiciones de falta de higiene podrían tenerse como condiciones ambientales degradantes, la condición de ‘interno’ se impone, y la calificación legal de la violación es de trato inhumano o tortura.

²¹ La deconstrucción de estos derechos siempre puede dar como resultado derechos de primera generación. Tanto el derecho a la salud como el derecho a un medio ambiente sano pueden verse como la versión sofisticada del derecho a la integridad física y/o a la vida desde perspectivas colectivas. La diferencia, a veces, parece más bien de grado.

²² Tengo en claro que el hecho de que en un caso haya sentencia y en el otro no sería, para algunos, suficiente razón para descartar de plano el análisis de paralelismos entre estos casos que propongo. Sin embargo, no parece razonable confinar la exploración teórica a los estamentos formales del proceso, cuando la semántica de la autoridad judicial se expresa de una manera ostensiblemente más rica. La Corte ha tomado una larga y detallada lista de medidas *ordenatorias e instructorias* en la causa *Mendoza*, las que pueden sintonizarse tanto en la práctica como en la teoría con varias de las órdenes de *Verbisky*.

hostil, arbitrariamente impuesto, y el que no pueden evadir, ya sea por razones de encierro²³ o por su condición socioeconómica.²⁴ Tal situación vulneraría la dignidad de aquellos así colectivizados, en un punto tal que se tiene como violación de derechos. Subsiste, sin embargo, cierta vaguedad en relación a la medida y extensión de las violaciones individuales -caso por caso-, y las condiciones necesarias -políticas, económicas, sociales, y/o culturales- que permitirían el cese de esos sufrimientos.²⁵

No todos los casos estructurales recibieron el mismo tratamiento judicial. Las causas *Benghalensis* y *Badaro*, por ejemplo, citadas en la nota 13, implicaron órdenes sencillas, axiomáticas y directas al Estado. De manera que la sola *estructuralidad* o *sistematicidad* causal no parece ser la fuente exclusiva de las similitudes en el tratamiento judicial que aquí interesa.

En *Mendoza* y *Verbitsky*, la hostilidad del entorno de vida, además de tener carácter genérico y largo tiempo de ocurrencia está determinada por procesos causales diversos y afincados –no todos ellos ostensibles-, los que se presentan como prácticas arraigadas y/o compartidas por varias generaciones de víctimas y causantes -en adelante, causalidad compleja arraigada.²⁶

A los fines hermenéuticos, éste es el rasgo de la analogía que nos interesa: **La causalidad compleja en cuanto practica arraigada**. Ella funciona como un sistema de valores y sentidos interconectados, de reglas prácticas institucionales o jurisdiccionales –en adelante locales- que interaccionan entre si, y a su vez lo hacen con las reglas del ordenamiento jurídico mas abstractas y generales.

Ahora bien, ¿qué debería tenerse en cuenta para **incluir** en la pretensión contenida en un derecho a **X**, los desafíos prácticos para su realización efectiva en casos estructurales complejos?.

En primer lugar asumir que lo que se busca no es el reemplazo total de una práctica por otra. Es decir, que lo sensato en estos casos es propender a una transformación sistémica que de lugar a una practica justa, manteniendo aquellos valores, sentidos y reglas de la vieja práctica que no determinan la violación de derechos o condicionan alternativas de cese de violación. La necesidad de **transformar** no funcionaría entonces como una ‘carta de triunfo’ de contenido económico o político, positivo o negativo contra la totalidad de una practica o política impuesta por la mayoría,

²³Para Lucas Grosman el deber de evitar los agravios sufridos en la cárcel tiene un carácter particular, es una “Precondición Conceptual del Estado” ya que el agravio no existiría si no existiera el Estado. Sostiene que no puede ponerse al individuo en una situación de absoluta dependencia material y luego alegarse que no hay recursos para solventar su subsistencia en condiciones mínimamente decentes (Grosman, Lucas, 2007). Lo relevante de su análisis es que para este caso, así conceptualizado, la administración no puede alegar escasez de recursos. Si Grosman entendiera que las Agencias de Ambiente involucradas, o ahora el Comité de Cuenca creado durante la sustanciación de la causa *Mendoza*, son estructuras protectorias que generan el deber del Estado de asistir, entonces el Estado tampoco aquí podría alegar escasez y el reclamo en este caso, estaría limitado a los beneficios previstos por la regulación de esas agencias.

²⁴ La gran mayoría de afectados por la contaminación de la cuenca Matanza-Riachuelo son personas de escasos recursos socio-económicos para quienes mudarse resulta económicamente inviable. La desvalorización de los terrenos circundantes a la cuenca por la situación ambiental muestra alguna bidireccionalidad causal entre ser pobres y recibir las consecuencias ambientales de la producción y el crecimiento urbano, la que se internaliza en las dinámicas de las políticas públicas. Los ambientalistas la refieren como “injusticia ambiental” (Bullard, Robert. D., 1996).

²⁵ En general los problemas estructurales suelen verse como disparadores de cuestiones teóricas relativas, preponderantemente, a la redistribución económica, o al desafío de la escasez. El enfoque aquí tiende a englobar los asuntos de redistribución y escasez dentro de las diversas complejidades involucradas en lo estructural.

²⁶ La complejidad se reconoció como eje de la aproximación judicial en *Verbitsky*. La Corte Nacional habló de problema “cíclico”, “complejo”, mientras que la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires sostuvo que “evitar todo trato indigno a los detenidos refiere a un vastísimo universo de situaciones en continua fluctuación. A la vez, apunta a un problema crónico y de gran complejidad...” (Considerando 2) P. 83.909, Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires 19/12/2007)

sino más bien, como una demanda de transformación estructural de esas practicas o políticas en un sentido determinado, y con un carácter adversarial limitado a ese sentido transformador.²⁷

Así las cosas, el contenido del derecho a **X** no resultaría de la reformulación de finalidades económico-sociales en objetivos formales de no-daño, ni de la reformulación de derechos negativos en el sentido de derechos positivos, o viceversa. Se trataría, en cambio, de una redescipción del contenido de los derechos que tienen una faz positiva y negativa en conceptos reflexivos o referenciales, como el de ‘transformación de una práctica.’

Tal transformación, no es una meta auto-satisfactiva -como cierto estado económico y social que se alcanza, y así se cierra el caso- sino un **efecto abierto** al que acceder. El elemento referencial o reflexivo de esta idea, es la imposición de la necesidad de determinar primero las causas y las estrategias para acceder a un estado de transformación que se abre hacia el futuro.

Charles Sabel y William Simon (2004) han tenido gran suceso caracterizando como ‘**desestabilizador**’ al efecto transformativo específico que tiende a desatrincherar y desarraigar instituciones o prácticas injustas a través del litigio público. Para los autores, los derechos que consiguen este tipo de efecto a través del litigio público son “derechos desestabilizadores.”²⁸ La idea de desestabilización de una práctica carga a la operación hermenéutica con más preguntas que respuestas, y por ello mueve a una racionalidad legal menos formal o finalista, y más reflexiva. En lugar de imponer desde arriba un deber que cumplir – no torturar, no contaminar – o un objetivo material a alcanzar – tantas camas, tanta comida, cierta forma de trato, tanto oxígeno en el agua –, carga la demanda jurídica de un criterio de evaluación de fines referencial y sistémico, un criterio que nos exige primero, reflexionar y acordar cierta idea acerca de cual es la estabilidad injusta que se pretende desestabilizar, para después, evaluar las alternativas de su desestabilización.

Parte de las dificultades de ‘transformar’ o ‘desestabilizar’ es que esto no es algo que ocurra en un solo momento y de una única manera, sino que implica **procesos complejos a largo plazo**. En estos procesos deben interpelarse dinámicas de relación en las que están comprometidos más **actores** que aquellos que son partes del procedimiento judicial. Según se detalla en relación a la causa *Verbitsky*, se “apunta a un problema crónico y de gran complejidad que trasciende, de un lado, a las concretas personas por las que originariamente se promovió la pretensión, proyectándose a todos quienes estén alojados en cárceles y comisarías de la Provincia de Buenos Aires, y, del otro, a los órganos del sistema judicial, pues comprende actividades privativas de los restantes poderes públicos” (CSJBA: 2007, cons. 2)

La **tecnología** de interpelación e intervención social compleja y reflexiva requerida en estos casos puede tener metas y contenido diversos y mixtos, de orden económico, social, cultural y/o político - independientes del contenido explícito del derecho que habilita el litigio-. Tal

²⁷ Tiendo a coincidir con algunas apreciaciones del polémico artículo del chileno Fernando Atria respecto al carácter individualista de la concepción liberal de los derechos, especialmente de concepciones como la difundida por Ronald Dworkin de los ‘derechos como cartas de triunfo’ contra las mayorías (Atria, Fernando, 2004). Como no creo que esa sea la única concepción posible de derechos y del rol del discurso de los derechos en la resolución de conflictos, me ocupo de hacer esta distinción conceptual que acerca, como se verá en los próximos párrafos, la racionalidad legal detrás de estos derechos a lo que Gunther Teubner (2000) llama la racionalidad reflexiva.

²⁸ La frase es acuñada originalmente por Roberto Mangabeira Unger en su libro *False Necessity*. Los derechos desestabilizadores “protegen el interés de los ciudadanos en penetrar las organizaciones de gran escala o practicas sociales largamente extendidas que permanecen cerradas a los efectos desestabilizadores de los conflictos ordinarios y así sostienen ventajas y jerarquías de poder aisladas” (Mangabeira Unger, 2004). Los efectos desestabilizadores que resaltan y describen Sabel y Simon son el efecto del **velo**, que impide a las partes saber con anticipación cuál será el resultado, el de la **deslegitimación** del *status quo* que mueve a otros efectos, como la deliberación, el empoderamiento del interés demandante y la posibilidad de la aparición de otras partes relevantes, y la **ramificación** de los efectos a otras instituciones que monitorean el caso -a lo que llaman el efecto de red. (Sabel y Simon: 2004: 1073-1082)

tecnología no sólo no está disponible en los tribunales, sino que lo arraigado de la práctica injusta demuestra que tampoco es evidente para la administración pública o las legislaturas involucradas. Más aún, la producción de esta tecnología puede demandar una previa reestructuración burocrática que **desestabilice** las idiosincrasias en las que se recuesta la práctica injusta, o que invisibilizan las opciones de transformación.

En algún sentido esto vuelve insustancial la objeción tradicional de que los jueces no tienen la ‘capacidad técnica’ que sí tienen los otros poderes para intervenir en este tipo de problemas.²⁹ Ello en tanto la ‘incapacidad técnica,’ en el sentido del *expertise* apropiado para dar un remedio transformativo completo a un caso de violación estructural compleja es un presupuesto del problema, es decir, es parte de lo que define - o mantiene indefinido- al problema.

Por otro lado, la estabilidad de prácticas injustas y arraigadas descansa, en parte, en intervenciones episódicas y aisladas, generalmente absorbidas por las lógicas de prácticas densas y con nudos invisibles de resistencia. Así, la atención a lo urgente y lo vergonzante de las injusticias, incluso a través de la reforma legal, funciona a veces como ‘parches institucionales’ de corta duración que impiden la crisis y desmovilizan las demandas. En otras palabras, un T1, que bien podría ser una sentencia que aparentando conquistas parciales, asegura la permanencia del *status quo* en un T2.

Desde esta óptica, las medidas judiciales que califico de **indirectas o preliminares** – especialmente las que piden información y reflexionar y diseñar planes de acción específicos- son las que en lugar de parches o intentos aislados podrían estar dirigidas a jugar un rol diferente, a desatrincherar las instituciones y políticas revelando sus lógicas de producción del daño y la dimensión de la violación.

Pero es necesario insistir en que la práctica justa que desplazaría a aquella injusta es aún **desconocida**: no está en los informes premonitorios de ningún técnico o en los cajones de ningún funcionario. Necesita crearse, y el proceso judicial podría constituir el **campo epistémico** desde el que se haga posible iniciar esa postergada creación. No insinúo que sea la mano de los jueces la que vaya a crear una nueva práctica, sólo afirmo que el rumbo de este proceso y sus obstáculos deben ser parte de la conciencia judicial práctica, de la operación exegética, y así, de una estrategia remedial eficiente.

Por lo tanto, la disputa o desafío hermenéutico abierto en los casos *Verbistky* y *Mendoza* consiste en la recreación o creación de una práctica más justa. En estos términos, la pretensión de los internos de comisarías bonaerenses y de los afectados por la contaminación del Riachuelo implica una búsqueda onto-epistémico abierta, no la conquista de simples parches o símbolos de papel que legitiman luchas aisladas o futuras, pero que incidentalmente podrían también legitimar las lógicas de arraigo del *status quo*. Las ordenes indirectas, empero, invitan a un proceso de investigación, un intento –todavía tímido- de desentrañar las resistencias de las prácticas injustas y arraigadas, protagonizadas y compartidas por actores diversos y con intereses diversos – algunos que no están presentes en la *litis* y que en general actúan de manera, *prima facie*, legítima.

Hasta aquí mi argumentación trata de caracterizar a su mejor luz la teleología de las ordenes indirectas de la Corte. La propuesta, insisto, es asumir qué sus ordenes se dirigen a **desatrincherar** instituciones o desnudar prácticas para promover procesos reflexivos que luego las transformen, desestabilicen, y las recreen.

²⁹ Esta es una objeción ampliamente difundida. Una interesante caracterización es la que brinda Carlos Rosenkrantz, que además cita a Ackerman en relación a la falta de una ‘tecnología perfecta’ para la justicia distributiva. (Rosenkrantz, Carlos, 1999: 4-5).

Como los resultados finales de estas intervenciones judiciales son todavía una mera expectativa, mis afirmaciones son, en cierto sentido, una mera especulación teórica – tal vez hasta una esperanza o una incitación- sobre los fines o posibilidades de la estrategia remedial de la Corte.

5. De por qué no hay culpables en los casos estructurales

Es útil detenerse en esta eventualidad para comprender mejor la estrategia remedial en casos de este tipo. Jaime Malamud Goti (2005) ha señalado que la inculpación que usualmente realizan las Cortes tiene la función de **resignificar** nuestra percepción de los hechos del pasado. Lo bueno de esto es que al hacerlo en cierto sentido se dignifica a las víctimas de un sufrimiento injusto, contribuyendo a que ellas se incluyan en la comunidad política, y dando razones para que los actos inculpados que condenamos no se repitan. Lo malo de inculpar, señala el autor, es que se simplifican los hechos sociales singularizando la causa moral relevante del daño. “La inculpación institucionalizada no está concebida ni tampoco dirigida como apta para proveer una rica y compresiva narrativa del pasado...”. (Malamud Gotti, 2005:11)

Me interesa extender éste último argumento en, al menos, dos sentidos. Primero, para resaltar de qué manera singularizar la causa relevante del daño restringe críticamente las **alternativas cognitivas y epistémicas para la generación de remedios eficientes**.

Aunque ello resulte útil a otros fines del derecho –o para otros fines estratégicos -, no puede ignorarse cuan poco se esclarece sobre la producción del daño y sus posibles soluciones, inculcando por el hacinamiento en una cárcel –el que sabemos generalizado y arraigado en casi todas las cárceles de Buenos Aires - a, por ejemplo,

1. sus guardias, imputándoles incumplimiento de su deber de funcionario público.
2. el juez que no los libera, por prevaricato.
3. el régimen del Gobierno de Duhalde (es decir a todas las personas que participaron del servicio penitenciario y penal durante esa administración, y establecieron algunas de las reglas que hoy construyen el complejo causal), por abandono de persona.

No estoy haciendo ninguna revelación epistémica al señalar que para alcanzar remedios eficientes en casos con causalidades complejas es necesaria una explicación del daño que no deje fuera a hechos objetivamente relevantes, aunque moral o legalmente pudieran ser minúsculos.³⁰ La inculpación pone evidentes obstáculos al diseño remedial, como práctica institucional que realiza recortes explicativos monocausales.

En las causas *Verbitsky* y *Mendoza* la exigibilidad normativa de los derechos - es decir la juridización del conflicto entre una víctima y ciertas instituciones a través de la intervención de la Corte- no atribuyó culpa por la perpetración del daño ni a individuos, ni a grupos o regimenes -no hubo inculpación fina ni gruesa, según la clasificación de Malamud Gotti-. Así, el esquema remedial de la Corte evita –hasta ahora- las censuras onto-epistémicas que la práctica de inculpar suele imponer, dejando abierta la posibilidad a narrativas del daño mas completas y conducentes.

³⁰ No se insinúa que la Corte deba coartar, prohibir o transformar en ilícitas actividades o reglas locales lícitas. Sólo que todas ellas deben formar parte de una explicación causal útil y, eventualmente, ser objeto de la reflexión necesaria para alcanzar un remedio adecuado.

En segundo lugar, me permito afirmar que la autoridad jurisdiccional que no inculpa facilita, en ciertas circunstancias, la adhesión participativa de las partes al esquema remedial. En efecto, la juridización de un conflicto que ‘responsabiliza’ por las consecuencias en lugar de ‘inculpar’ por las causas, a quien esta dispuesto a asumir esa responsabilidad disminuye la resistencia de los destinatarios del remedio. Es lógico que así sea, ya que aquellos que disputan el significado y la moralidad de sus conductas en un escenario multicausal, tienden a ver la inculpación como una manera de convertirlos en chivos expiatorios, y perciben los remedios como sanciones injustas, a las que resisten.³¹

Las narrativas más amplias que, pese a poner en el centro del análisis el sufrimiento de la víctima, incluyen la complejidad de la producción del daño, son sensibles a los condicionamientos contextuales de los responsables y sufragan a una conciencia del daño compartido que da razones e incentivos para la responsabilidad solidaria y activa del Estado.³²

Abregú y Espinoza (2004) han destacado cómo en un sistema jurídico sin herramientas de coacción directa, como es el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), es posible conseguir mayor eficacia en la realización de derechos a través de procesos de solución amistosa entre las partes –acuerdos-, antes que a través de sentencias condenatorias de los Estados

Aunque tiendo a coincidir con los autores en que ‘la igualdad de armas’ en procesos contradictorios contribuye a que los acuerdos de parte sean mas justos,³³ ella resulta insuficiente para explica por qué un Estado se sometería a la autoridad del SIDH para celebrar y cumplir acuerdos con partes enfrentadas a sus intereses. Si bien pueden postularse varias respuestas generales a ello, con los lentes de Malamud Goti se podrían articular respuestas bastante persuasivas a casos particulares. El Estados podría verse inclinado a someterse a un proceso ante el SIDH porque este conciente mas espacio para el juzgamiento no inculpatorio que los escenarios locales. De esta manera se permite que el Estado resuelva conflictos que no se pueden resolver en el marco de una narrativa judicial inculpatoria local demasiado rígida y formalista. No se trata de que los tribunales locales no puedan ser tan imparciales como los de Washington – como parecen sostener Abregú y Espinoza-, sino de que los procesos contradictorios que solo pueden plantearse como inculpatorios - como a veces se plantean los procesos penales locales, y en cierta forma los juicios de reparación civil demasiado formalistas o individualistas- no alcanzan para construir una narrativa lo suficientemente rica, que cierre conflictos con ribetes políticos y multicausales.³⁴

³¹ Las especiales circunstancias a las que refiero pueden advertirse en algunas administraciones políticas actuales, constanciadas con el discurso de los derechos humanos al punto de reconocer, pública y judicialmente la injusticia de las situaciones denunciadas. Aunque están dispuestos a asumir la responsabilidad institucional, estos funcionarios no se ven a si mismos como los culpables de tal situación.

³² La construcción de narrativas públicas de estos daños que realizan los activistas de derechos humanos, con sus mecanismos de contar ‘casos’ y divulgarlos a través de la metodología de la movilización de la vergüenza (shaming) y denuncias detalladas de situaciones de daño, es muchas veces crucial en estos casos. El poder performativo de la opinión pública motivada por estas narrativas juega un rol significativo para la asunción de responsabilidad institucional de manera pública por parte de los funcionarios, la que es vital primero para mover al acuerdo y luego para garantizar la colaboración y el cumplimiento.

³³ Abrevo de los argumentos de Owen Fiss en contra de los acuerdos extrajudiciales para hacer, *contrario sensu*, esta afirmación. (Fiss, Owen, 1998)

³⁴ En otro de sus trabajos ya clásicos, Malamud Goti defiende la necesidad de que haya juicios ‘desde adentro’ -de tribunales locales- en lugar de juicios ‘desde afuera’ -tribunales internacionales- para aquellos casos que él llama ‘juicios políticos’, en tanto ellos involucran el establecer una narrativa histórica legítima sobre ciertos hechos históricos que dividieron y dividen profundamente a una comunidad (Malamud Goti, Jaime, 2000). Aunque esta tesis parece contradecir lo sostenido arriba, ello no es necesariamente así. Los casos que Malamud Gotti llama juicios políticos y aquellos que para mi son estructurales y complejos, tienen en principio en los tribunales locales su mejor escenario. Allí los jueces tienen menos espacio para ser cínicos respecto a las consecuencias de su intervención, y tienden a no

A la pregunta de ¿cómo partes contrincantes se convierten en ‘amigables’ colaboradores?, podría responderse que es más sencillo el diálogo y el acuerdo entre quienes no pretenden inculparse significando el relato de manera unidimensional.³⁵

Nótese que por el contrario, ningún régimen que fuera inculgado o cuyos actores políticos centrales fueran inculcados por el SIDH, parece nunca haber cumplido una sentencia de la SIDH, ni arribado a acuerdos de este tipo.³⁶ Sin inculpación, en cambio, las partes no aparecen *prima facie* con perspectivas o intereses enfrentados, sino más bien diferentes. La presencia de la autoridad jurisdiccional, al poner el *status quo* en entredicho, contribuye al acercamiento de las voluntades que coinciden en deslegitimarlo. El resultado puede ser una narrativa no-excluyente de los hechos, sino más bien enriquecida por ambas perspectivas.

Este tipo de acuerdos es también la que permite un esquema remedial que excede la mera reparación individual y enfrenta mejor las complejidades causales. Los ejemplos exitosos citados por Abregù y Espinoza (2004) lo prueban. Véase por ejemplo, el acuerdo al que llegaron los familiares del desaparecido Paulo Cristian Guardatti con el Gobierno Argentino, el que incluye la designación de una comisión para determinar la indemnización a la familia y de otra comisión para averiguar lo sucedido y dictar medidas.

En términos más analíticos, los casos complejos que interesan aquí, están compuestos por una red causal de **a)** conductas inmediatas (actuales) de las cuales la mayoría son conductas que no interesa condenar ni moral ni legalmente y se justifican por reglas que llamamos locales -algunas de las cuales puede o no estar enfrentadas a las reglas jurídicas más generales-, y de **b)** conductas mediatas (antiguas), semillas del daño, cuya moralidad o legalidad se vuelve difícil condenar dado que el paso del tiempo complica la identificación y valoración de las evidencias de los sucesos. Los beneficios de la sanción institucional frente a conductas causales inciertas -la disuasión y la dignificación de la víctima- son poco relevantes jurídicamente, y en cambio se privilegia la necesidad de encontrar una solución al problema, un remedio sistémico.

En conclusión, en los casos estructurales complejos como los que nos interesan aquí la neutralización de la lógica de inculpación puede convertir un proceso que sigue siendo contradictorio en alguna medida, en una **oportunidad de construcción de voluntad política** bajo un paraguas autoritativo.

simplificar la realidad política que les da ocasión y condición. Sin embargo, creo que cualquier autoridad jurisdiccional que encuentre incentivos para redimensionarse en este sentido, es decir que se vuelva más flexible, que evite la mera inculpación, y permita esquemas remediales más sensibles a las complejidades sociales y políticas, sin duda puede ser un mejor escenario para construir autoridad judicial y voluntad política en este tipo de casos.

Ahora bien, la necesidad del SIDH de fundar autoridad y obediencia sin tener herramientas de coacción ha venido funcionando, alentadoramente, como un fuerte incentivo para redimensionar sus mecanismos en esta dirección. De hecho hay quienes de manera indirecta están promoviendo este tipo de intervención menos axiomática y más sensible a las complejidades de cierto tipo de casos, entendiendo que las normas del SIDH deben ser vistas como “estándares” de referencia a alcanzar, antes que reglas axiomáticas. Ver Víctor Abramovich, 2004. En una propuesta reciente sobre la necesidad de reforma del SIDH, Ariel Dulitzky, parece plantear funciones de este tipo para la Comisión, como una instancia de cooperación técnica y de gestión de alianzas estratégicas para facilitar acuerdos sensibles a complejidades. (Dulitzky, Ariel: 2008).

³⁵ El caso del conflicto mapuche descrito en mi trabajo “Intervención judicial y nuevos espacios públicos” muestra como los acuerdos políticos sucesivos fracasaron por años, hasta que la intervención judicial facilitó un proceso de negociación y acuerdo de singular éxito. Ver en http://www.ceppas.org/gajat/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=22.

³⁶ El caso paradigmático es el del régimen del presidente peruano Alberto Fujimori. Cientos de casos presentados ante el SIDH fueron totalmente ignorados mientras lo que significaban tales casos eran una inculpación directa al régimen que encarnaba al Estado. No fue sino hasta que cambió la administración del país, que esos casos empezaron a encaminarse mediante una política de solución amistosa de los casos heredados de Fujimori. Ver Abregù y Espinoza: 2004.

Ahora bien, la existencia de una oportunidad como ésta es particularmente relevante cuando hay problemas que no podemos explicar...

6- Del problema de explicar cuál es el problema

Pese a que demandados y demandantes en *Verbitsky* y *Mendoza* no disputan sobre la existencia genérica de un problema que vulnera derechos y sobre la responsabilidad institucional en relación a él, no hay acuerdo sobre - y a nadie resulta obvio- cómo se haría cesar el sufrimiento injusto de las víctimas.

Concretamente, en el caso *Verbitsky* se acuerda que las cárceles de la Provincia de Buenos Aires están **superpobladas**, la infraestructura es defectuosa -falta ventilación, luz natural, mobiliarios, sanitarios-, y los servicios son escasos y de baja calidad – hay mala alimentación y la higiene es pésima-. En este marco, la dinámica de convivencia penitenciaria –o de supervivencia- es salvaje, inconfesable para la ‘civilización’ occidental.

La superpoblación carcelaria determina a su vez la superpoblación en las comisarías o establecimientos policiales – objeto original de la demanda –. Allí se reproduce el sistema de hacinamiento y sus sucedáneos vivenciales, pero además, la precariedad de las comisarías encuentra otras fuentes: ni los policías de las comisarías están entrenados para ser guardias de personas privadas de su libertad, ni las instalaciones fueron pensadas para estos fines.³⁷

Una de las propuestas de solución más difundida en estos días es la sanción de una ley de cupos penitenciarios y de comisarías para evitar la superpoblación, lo que mejoraría por derrame, o sentaría las bases para mejorar las demás condiciones. Otros consideran que lo mejor que se puede hacer es privatizar las cárceles, poner un precio por preso, y dejar que el mercado regule la situación. El Gobierno por su parte, insiste en responder con la construcción de más cárceles, generar más pulseras magnéticas, y prometer mayor inversión en el sistema penitenciario. Cualquiera de estas tres perspectivas, planteadas de manera aislada, coinciden en dos rasgos: **1-** Singularizar una causa del problema para volver plausible un remedio simple. **2-** El remedio actúa como un ‘triumfo de papel’ que permita celebrar en un T1, e inculpar en un T2 a otros actores - desobedientes, corruptos, conservadores, etc.-.

Me permito resaltar el rasgo 2, dado que la Corte ya había dicho en cierta forma que con más infraestructura no alcanza porque el problema es **cíclico**, es decir, la curva ascendente del número de presos no cede.³⁸ Una ley de cupos sólo crearía la obligación infinita de construir más cárceles

³⁷ “De acuerdo con la presentante, la nota distintiva de las 340 comisarías que funcionan en la provincia de Buenos Aires es la superpoblación y el consecuente hacinamiento que deben padecer las personas privadas de su libertad. Pese a tener una capacidad para 3178 detenidos, alojan 6364, según información del mes de octubre de 2001 –según la posterior actualización, la situación empeoró. En el conurbano bonaerense, 5080 detenidos ocupaban 2068 plazas. Los calabozos se encuentran en un estado deplorable de conservación e higiene; carecen de ventilación y luz natural. La humedad y, en verano, el calor, son agobiantes. No cuentan con ningún tipo de mobiliario, por lo que toda la actividad (comer, dormir) que desarrollan los internos debe llevarse a cabo en el piso. Los sanitarios no son suficientes para todos y no se garantiza la alimentación adecuada de los reclusos. Existe un gran riesgo de propagación de enfermedades infecto-contagiosas y la incidencia de casos de violencia física y sexual entre los propios internos es alta.” (Courtis, C., 2006:2). Además, el asunto que para una perspectiva legalista es crucial, es que los detenidos en las comisarías no están condenados.

³⁸ Señala la Corte en el 2005 que “el proceso ya lleva más de cuatro años de trámite sin que las medidas que se han adoptado para remediario hayan tenido eficacia[...] Se está jugando una carrera entre la Administración, que amplía el número de celdas disponibles, y el número de detenidos en aumento, sin que haya perspectivas cercanas de que las curvas se crucen..” (considerando 31)

conforme al número de detenidos, y la inversión presupuestaria ya sea en un sistema penitenciario público o privado nunca alcanzaría a cubrir la demanda incesante de cupos.

Durante el proceso de *Verbistky* se identificó a las leyes de excarcelación y prisión preventiva de la Provincia, como una de las fuentes del aumento cíclico de detenidos. En sintonía con esta explicación, una de las órdenes de la Corte fue una exhortación a la legislatura provincial para que hiciera las reformas legislativas, que poco tiempo después se concretaron -ver nota 18-. Este nuevo 'triumfos de papel' sitúa el problema nuevamente en un T2, en el que la curva no desciende - y se discute si el ascenso se detuvo o no, y en el último caso, si tal situación en la curva es permanente o aleatoria-. Son los jueces que interpretan estas nuevas leyes a quien algunos acusan hoy, en este T2, de un uso abusivo de la prisión preventiva, o de interpretaciones conservadoras de la excarcelación, o por el retardo excesivo en los expedientes -los inculpados de éste T2 no participaron, por cierto, de la sustanciación de la causa *Verbistky* ni forman parte de la hermenéutica original del caso-.³⁹

Pero tal acusación - que en un sentido general se dirige a la 'cultura jurídica' que domina la practica hermenéutica-, según otros, no puede ignorar la falta de políticas públicas relativas a medidas alternativas y a equipamiento de la justicia, las que ponen a los jueces 'ideológicamente correctos' en situaciones dilemáticas, las cuáles son graves si uno considera además la política criminal y de seguridad imperante que tiende a abusar de las detenciones arbitrarias,⁴⁰ y el marco legislativo mas general que ve en la cárcel el principal remedio del sistema penal. En suma, a veces lo que la inculpación a los jueces demanda es que éstos se conviertan en los héroes o mártires de un sistema complejo, para hacer posible una aparente ruptura de prácticas injustas, sin que sea claro que éste tipo de rupturas episódicas y parciales consigan desestabilizar la práctica. Además, una eventual inculpación pública o institucional de jueces, como se insinuó en el epígrafe 5, podría generar más resistencias desde un cuerpo clave para operar cualquier intento de transformación.

Bastan estos superficiales detalles de una discusión mucho más extendida para notar que tanto el Poder Legislativo, como el Ejecutivo y el Judicial, cumplen su rol en esta dinámica viciada, y cualquier reforma parcial es absorbida por la lógica en la que participan todos.⁴¹ En otras palabras, **no tomar en cuenta la complejidad sistémica del problema es subestimarlo, intervenir de manera antojadiza sobre ejes monocausales provee éxitos fugaces, inculpar unilateralmente puede generar resistencias decisivas.**

Las llamadas órdenes directas o incompletas suelen tener este carácter de intervenciones monocausales y por ello muchas veces fracasan. No pasó demasiado tiempo hasta que volvieron a haber enfermos y menores detenidos en comisarías después de que las órdenes de la Corte de que cesen esas detenciones se hubieran cumplido -según algunos, incluso antes de que saliera la sentencia. Un año después del fallo, hasta había menores que solicitaban -por *habeas corpus*- quedarse en las celdas hacinadas de las comisarías junto a mayores detenidos, para no ser trasladados a instituciones de menores en lugares alejados de sus residencias habituales. Es que en general las ordenes directas en casos estructurales como éstos, planteadas de manera aislada y

³⁹ La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, dictó una resolución en el 2007 en la cual, en atención a las acusaciones sobre el tipo de interpretación reinante en material de prisión preventiva, adelantó la elaboración de un proyecto de nomás prácticas que coadyuven a una interpretación y aplicación del artículo 168 bis del Código Procesal Penal -ya reformado por la ley que había exhortado la Corte Suprema de la Nación-. Ver el Resolutorio 5), P. 83.909, La Plata 19-12-2007.

⁴⁰ "El principal problema que tiene la Provincia de Buenos Aires es la Policía" dijo Eugenio Zafaroni, juez de la Corte, en entrevista publicada el 16 de Febrero 2008, en la Revista DEBATE. www.revistadebate.com.

⁴¹ Ver el extracto del Considerado 2, de la Corte de Buenos Aires (2007), citado en el párrafo 10 del epígrafe 4 de este trabajo.

sin una evaluación de su rol sistémico y sus interdependencias con otras dinámicas causales, tienden a ser **episodios de no-ruptura**, absorbidos por las lógicas generales de la práctica arraigada, o que externaliza sus costos en los más vulnerables.⁴²

Muchos creen que si se extendieran las garantías procesales para una efectiva defensa de los procesados – reforma radical del sistema procesal penal, sumada a una gran variedad y cantidad de medidas alternativas a la prisión-, y se asumieran reformas más profundas en la política criminal –criterios de selectividad en la persecución penal menos orientado a los pobres- la curva lograría detenerse, y así el problema sería aislable y tratable-.

Otros consideran que tales propuestas en conjunto son inviables en el marco de la inseguridad social que existe hoy en la Provincia de Buenos Aires y de las demandas ciudadanas por una justicia más represiva.⁴³ Perspectivas radicalmente enfrentadas a la ideología que inspira a estos reformistas coalicionarían con los propósitos de las reformas procesales y administrativas que se piden. De tener éxito, entonces, serán más ‘triumfos de papel,’ los que en un T2 jamás se implementarían sin peligro de estallido social o mártir político de por medio. Y aún así, no sabemos si tendrían los resultados exitosos esperados.

Más aún, aunque se bajara la curva del número de detenidos, se controlara el cupo de alojamiento de los internos en cárceles y comisarías, y se invirtiera aún más en infraestructura y servicios, todavía queda el problema de la idiosincrasia carcelaria y de las fuerzas de seguridad civil. Durante generaciones se forjó una práctica que encubre, favorece y mantiene una administración de recursos penitenciarios y policiales gobernada para la custodia y disciplinamiento de los internos, recurriendo frecuentemente al maltrato, en lugar de para su resocialización. Tal idiosincrasia mantiene estrecha dependencia con las lógicas castrenses en las que fueron entrenados guardias y policías,⁴⁴ cuyos abusos a veces hasta parecen legitimados por el clamor popular y la coordinación política.⁴⁵ A su vez, ellos mismos son víctimas de un sistema jerárquico internamente represivo y arbitrario, con condiciones laborales pésimas, y segregados de la posibilidad de realizar reclamos colectivos o formar sindicatos.

⁴² El problema del sistema de justicia de menores, y en especial el del uso discrecional de las medidas tutelares como medio de privación ilegítima de la libertad de la infancia y juventud argentina ha sido ampliamente denunciado por varias organizaciones especializadas, como la Fundación Sur. Ver detalles sobre la situación normativa específica de la Provincia de Buenos Aires en el artículo de Ernesto Blanck, 2007. Es fácil anticipar que el desborde no sólo se da en las cárceles, sino también en los institutos de menores y de allí decanta en las comisarías. Sin embargo, la Corte de la Provincia de Buenos Aires (2007, Resuelvo 1) dio por concluido el trámite respecto a esta orden de la Corte Nacional, entendiendo que ya no hay ni menores ni enfermos en comisarías. El problema estaría solucionado para la Corte Provincial dado que un informe de la Comisión Provincial de la Memoria así lo confirmaría, y que tales detenciones están prohibidas por su propia orden. Desde tribunales algunos funcionarios afirman sin embargo que todavía hay, y dejaron trascender que algunos están en lo que se llama Centros Transitorios, que técnicamente -a los fines del caso- son comisarías, y que no es la primera vez que la Corte de Buenos Aires trata el tema, lo que haría pensar en un círculo conocido. Ya en el 2001 habían manifestado su preocupación al respecto por una acordada y hasta el 2005, y aun después, las denuncias en diarios locales sobre menores en comisarías se repitieron.

⁴³ La escasez e inseguridad articulan dialécticas funestas, estimulando posiciones reaccionarias. La propuesta ecléctica del recientemente electo gobernador tiende a incluir procedimientos penales abreviados (*juicios express*), lo que probablemente reduciría el número de encausados en las cárceles, pero seguramente mantendría los números brutos de internos, o tal vez hasta los aumente, en detrimento de algún logro cuantitativo que pudieran haberse alcanzado con las reformas a las leyes de excarcelación y prisión preventiva.

⁴⁴ “...a mediados de los 50’, el plan CONINTES (Conmoción Interna del Estado) puso a la policía y al Servicio Penitenciario a cargo de las fuerzas armadas...Años después, muchos políticos –herederos de estas instituciones- supieron aprovechar las ventajas de tener a su disposición un ‘brazo armado’ incondicional ...”(Calero, V. 2007)

⁴⁵ Algunos hablan, simplemente, de la corrupción en la policía, y que ella nunca permitiría que los recursos económicos mejoren el trato de los reclusos, abultando los bolsillos de comisarios y penitenciarios.

En síntesis, esta *melange* causal,⁴⁶ con fuentes que tienen cierta autonomía pero que con el paso del tiempo han generado relaciones de interdependencias sistémicas entre ellas, involucra en mayor o menor medida a todos los actores del sistema - desde los abogados defensores y sus estrategias de defensa que legitiman un sin número de supuestos de la cadena causal, hasta el titular de la cartera de Justicia y su diseño de política criminal y de seguridad, pasando incluso por profesores universitarios que enseñan sobre las funciones profesionales en tales contextos - defensa penal, trabajo social, medicina, psicología, etc.-

Ello, en un sentido objetivamente causal y no necesariamente conspirativo, convierte a todos los participantes y a las ideologías que ellos representan, en cómplices del sistema que viola derechos. Así las cosas, se hace difícil identificar al/los primer/os instigador/es conciente/s del todo problemático.

También es importante notar que las divergencias en las explicaciones y soluciones en danza, discrepancias por sí es primero ‘el huevo o la gallina,’ si bien son ontológicas y epistémicas –es decir, que refieren al carácter del problema y a cómo entenderlo,- **casi siempre tienden centralmente a expresa diferencias ideológicas** respecto a cuál es el paradigma de Sistema Penitenciario Legítimo. Esto resulta ostensible cuando el problema se describe a través de una propuesta de solución, y/o cuando el diagnóstico es un relato construido de manera unidireccional hacia la inculpación o acusación de algún/os agente/s del sistema.

Desnudar este asunto no es un mero *clishe* intelectual, sino la antesala ineludible para atender a estos complejos problemáticos de manera pragmática y eficiente. Es necesario estar alerta, ya que muchas de las explicaciones-propuestas para el problema del hacinamiento en las cárceles podrían ser “estrategias ideológicas disfrazadas de tomas de posición epistemológicas” (Bourdieu, P., 1999:109) que sitúan cualquier conversación en el marco de los desacuerdos inconmensurables que han dominado la discusión del problema por generaciones. Mientras los ‘garantistas’ ven cierto problema fuente, y reclaman cierto remedio urgente, los ‘abolicionistas’ ven otro par de fuente-remedio, los criminólogos de ésta y aquella concepción ven muchos otros pares, los defensores de la línea tradicional de derechos humanos otros, los promotores de mano dura, o de diversas teorías de seguridad ciudadana otros muy diferentes, y así.

A través de cada una de las distintas propuestas se promueve una narrativa que explica las fuentes de los problemas y sus remedios, sólo en cuanto expresión de un modelo o paradigma de cárcel alternativo al existente, aunque no necesariamente un modelo de ruptura de las lógicas que generan las violaciones, sino a un modelo que intenta imponerse por sobre el que es objeto de crítica. Contrariamente a lo que suele creerse, esta lucha ideológica enturbia las bases epistémicas sobre la que se desarrolla la práctica hermenéutica de los derechos, y genera resistencias barrocas a la implementación de medidas.⁴⁷

Si el proceso judicial en causas estructurales fuera visto como un episodio de democratización de las políticas públicas, empoderando a voces que no han sido oídas, sería entonces legítimamente capturado por ésta lógica del debate ideológico. Los jueces deberían verse satisfechos con haber promovido una discusión en éstos términos acerca de las políticas públicas relacionadas con el hacinamiento al margen del hecho empírico de que las víctimas dejen o no de sufrir. Pero éste no

⁴⁶ La imputación de causas hechas hasta aquí es totalmente imprecisa, por cierto, dado que no existe una producción de datos globales, confiables, útiles y diseccionados para alcanzar un diagnóstico de base operativo. El análisis más completo, que está muy lejos del necesario, puede verse en el trabajo citado del CELS, 2005. Si existiese algo más o mejor en los registros oficiales, no se ha transparentado hasta ahora.

⁴⁷ Estas luchas ideológicas son el producto de una “esfera pública burguesa” en términos Habermasianos, con todos los problemas de accesibilidad y de publicidad que cuestionan entre otros Nancy Fraser (1997, Cap.II), los que se tornan particularmente relevantes en términos cognitivos o epistémicos –términos que aquí se usan indistintamente-, y en un marco de pretensiones pragmáticas de búsqueda de soluciones.

es el rol institucional que en este trabajo se atribuye a la intervención hermenéutica de las Cortes en estos casos, por ello resulta relevante la **alerta epistémica**.

Las *adversarialidades* inmovilizantes dentro del debate judicial tienden a plantear confrontaciones más eufemísticas que racionalizables e implementables a nivel práctico, volviendo el diálogo entre adversarios un juego de suma cero, que sin herramientas de coacción parece no llevar a ningún lado. Como asevera Bourdieu respecto a las luchas en epistemología social en general, “A pesar de su oposición sobre el valor del ‘paradigma’[...] conservadores y ‘radicales,’ adversarios cómplices, acuerdan de hecho en lo esencial: **por el punto de vista unilateral** que toman necesariamente sobre el campo científico, eligiendo, al menos inconscientemente, uno u otro de los campos antagonistas, no pueden percibir que el control o la censura no es ejercido por tal o cual de las instancias sino **por la relación objetiva entre adversarios cómplices** que, por su antagonismo mismo, delimitan el campo de la discusión legítima, excluyendo como absurdo o ecléctico, o simplemente impensable, toda tentativa de tomar una posición no prevista...” (el énfasis es propio. Boudieu, P., 1999: 108).⁴⁸

Sirve la descripción de éste autor para leer, por un lado, los términos en que se discute el problema de las cárceles y comisarías entre, por ejemplo, los defensores tradicionales de los derechos humanos y los promotores de políticas de mano dura o del derecho a la seguridad ciudadana.⁴⁹ Por otro lado, sirve también como criterio de observación del proceso de identificación de los rasgos que definen el problema y su juridicidad a partir de esta confrontación. Vale reflexionar, por ejemplo, sobre ¿por qué el hacinamiento de las cárceles, sus condiciones de higiene y alimentación, se juridiza cómo una cuestión de “derechos de los internos” y no, en cambio, o además, como una cuestión de ‘derecho laborales de los empleados del servicio del sistema penitenciario’ que conviven la mayor parte de su día allí, comiendo la misma comida en una infraestructura paupérrima y sometidos a un verticalismo opresivo mientras prestan servicios sin las garantías de cualquier otro trabajador?⁵⁰ ¿Cuánto encubren y cuánto censuran las maneras unilaterales de plantear los problemas? ¿Cómo influyen estas censuras en sus determinaciones ontológicas y epistémicas y en las posibilidades de una solución práctica y plausible?

Para el defensor de un **punto de vista unilateral** no importa aseverar que en éste modelo de sistema NO hay solución para las condiciones de detención, porque la lucha es por imponer el punto de vista, el modelo, aún más allá de alcanzar una solución.⁵¹ Sólo desnudando las complicidades implícitas entre supuestos ‘adversarios,’ concientes o inconcientes de tal

⁴⁸ No creo que Bourdieu pretenda que las tentativas no previstas no respondan a su vez a alguna otra ideología; su pretensión, entiendo, no es desideologizar sino desmantelar los puntos de disputa establecidos por las relaciones objetivas a los fines de que la discusión epistémica se enriquezca estructuralmente, y se superen conflictos.

⁴⁹ “La derecha le da todo el poder a la policía. Pero cuando el progresismo dice “todos los problemas son sociales”, también está tirando la pelota afuera. Y cuando dicen “yo no estoy dispuesto a conducir este aparato represivo, abusivo, corrupto e irrecuperable” es un modo de dejar que ese sistema se reproduzca y autogobierne” Marcelo Sain, en relación a los problemas de seguridad y policía en la Provincia de Buenos Aires, en entrevista “La caja, la cana y la mafia” Sección Política. Diario Crítica Argentina. 06-05-08 <http://www.criticadigital.com.ar/imprensa/index.php?secc=nota&nid=3950>

⁵⁰ Ver algunas referencias generales al tema de la situación de los empleados penitenciarios en mi artículo de *La Voz del Interior* “La “Docta” otra vez escenario de reformas progresistas. Conflicto penitenciario en contexto. Nota de Opinión en *La Voz del Interior*, Córdoba, Viernes 22 de Febrero de 2008.

http://www2.lavoz.com.ar/08/02/22/secciones/opinion/nota.asp?nota_id=164584

⁵¹ En contraste, “Un punto de vista que se percibe como tal, es decir como vista tomada a partir de un punto, de una posición en un campo, está en condiciones de superar su particularidad; especialmente entrando en una confrontación de las diferencias de visión fundadas sobre la conciencia de los determinantes sociales de estas diferencias” Bourdieu, P., 1999: 108)

complicidad, tal vez, se pueda andar el camino de la realización de derechos por senderos más eficientes.

Igual relato podría contarse respecto al ‘problema’ en la causa *Mendoza*. Más allá de los 60 demandados formales, hay otros muchos actores que contaminaron y contaminan de diferentes maneras la cuenca del Riachuelo. Otros tantísimos actores participan de dinámicas que están comprometidas con los miles de diversos hechos contaminantes, y otras miles de personas indeterminadas sufren la contaminación de cientos de maneras que no son ostensibles, o legalmente relevantes. Ello por supuesto sin contar las pasadas generaciones de participantes de las prácticas arraigadas que ya no viven para testimoniar.

Cuando las disputas epistémicas se dirimen sólo en un juego adversarial entre las partes formales del proceso judicial, se está lejos de encontrar la mejor solución para problemas estructurales que involucran prácticas como esta, enraizadas de manera compleja en núcleos comunales y transcomunales. El futuro, por las mismas razones que vengo enunciando, es sin duda un T2 en el que se busca inculpar con alguna explicación arbitraria a aquellos destinatarios más visibles, que se defienden y resisten.

Concretamente, el juego adversarial en *Mendoza* involucra por un lado a las distintas administraciones políticas demandadas –Nacional, Provincial y Municipales o departamentales– que, aceptando la ilegitimidad de la situación y la responsabilidad institucional, sin embargo depositan gran parte de sus energías en evitar la inculpación defendiendo aquel punto de vista según el cual resultan ‘inocentes.’ Lo hacen incluso usando la estrategia de inculpar a la institución específicamente – inculpación a regímenes anteriores-, o de inculpar a empresas aisladas, como artilugio *ad-hoc* para simplificar el problema proponiendo una resignificación unilateral, una ‘explicación monocausal,’ en la cuál se exculpa a los actuales funcionarios, y se deposita el resentimiento social contra algún régimen anterior, o contra las empresas y su desprecio capitalista por el medio ambiente.⁵²

Esta estrategia concentrada en última instancia en evitar la inculpación, elige puntos de disputa convenientes a sus intereses y censura así puntos de vista que expliquen el problema de una manera que podría ser más eficiente y conducente a encontrar una solución. Así, las controversias se multiplican *ad infinitum*: ¿Quién es víctima y quién no? ¿Qué causa y que no causa? ¿Cuántos? ¿Cómo?, todo será objeto de interpretación signada por la posición paradigmática defendida. En tanto, sin un mínimo de estas definiciones no hay posibilidades de dimensionar el problema y así administrar una transformación.

Participan de esta disputa distintos actores no públicos, pero también inculcados de manera genérica, y que hacen lo propio, defienden puntos de vista estratégicos del problema oscureciendo el escenario explicativo y proyectivo para huir de la inculpación.⁵³

⁵² En una de las primeras audiencias en la que la Secretaria de Medio Ambiente estuvo ante los jueces de la Corte Suprema de la Nación, el juez Fayt después de observar una presentación del *Power Point*, recriminó: “En esta pantalla esta en negro lo social.” (“Los jueces quedaron con dudas y ya preparan las nuevas exigencias”. Pagina 12, Sección Sociedad, 21-02-2007). El centro de la exposición de la funcionaria pasaba por un plan de relocalización de las empresas contaminantes, sin mencionar siquiera el destino de los trabajadores. Pareciera que el empeño por centrar la atención en ciertos inculcados, llevo a ignorar en un comienzo los problemas de desocupación que ello podría traer a los habitantes del lugar.

⁵³ “Tres de las empresas acusadas de contaminar el Riachuelo mostraron los dientes en la audiencia pública convocada por la Corte Suprema. El eje de su estrategia consistió en apoyarse en las críticas contenidas en un informe de la UBA para descalificar globalmente el plan de Saneamiento[...]Romina Picolotti [...]elogió a su equipo...[señalando que] recibieron capacitación psicológica porque “no estaban acostumbrados a las situaciones de violencia que se producen con los empresarios (“Un día de explicaciones en la Corte” Pagina 12, Secc. Sociedad, 05-07-07). Parece bastante claro cómo en las audiencias se plantean las adversarialidades que determinan los puntos de disputa.

Todos ellos se enfrentan a distintos acusadores, quienes a su turno, eligen los puntos de vista que contribuyen al juego de relaciones objetivas adversariales que conviene a sus fines. Las víctimas se ven tentadas a simplificar las narrativas causales para generar la obligación de reparar de alguien, y las organizaciones de la sociedad civil, por su parte, a reivindicar narrativas paradigmáticas del problema que ellos defienden. El peligro es la sobre-simplificación de las explicaciones a los fines de las calificaciones jurídicas disponibles y de condenas que les permitan ejecutar una eventual sentencia. De ésta manera, algo espuria, se delimitan el campo de discusión sobre los porqués del problema, censurando tentativas de explicación y solución no previstas en esas relaciones objetivas.

7 – De los desafíos de la Corte

En este punto del relato intentaré **redefinir** los desafíos que causas como *Verbistky* y *Mendoza* traen a los estrados de la Corte Suprema Argentina.

La puja por el sentido práctico de los derechos en juego suscita desacuerdos acerca de la las causalidades que los vulneran e indeterminación en cuanto a las posibles soluciones. El juego político –definido por disputas ideológicas- por largo tiempo monopolizó los términos de las disputas, amparando la consolidación del sufrimiento de las víctimas, y oscureciendo cualquier horizonte de solución. Como campo epistémico previo a la confrontación judicial, el juego político ha fracasado de forma sistémica en la neutralización de los problemas en cuestión y es parte de la lógica desde la que no se pueden generar soluciones sistémicas. Los demandantes simplificaran reclamando igualdad de armas –entre ellos y victimarios sin voluntad política a quienes se debe coaccionar-, mientras que los demandados inculparan a terceros –a empresas, gobierno, regimenes anteriores-.

Por ello le toca a los jueces, y este es su desafío, **facilitar la creación de un nuevo campo epistémico** frente a la crisis del anterior, un campo en el que se evite la censura y el control impuesto por relaciones de ‘adversarios cómplices’, y en el que se habiliten explicaciones y propuestas remediales alternativas o complementarias. El marco de tal tarea no puede estar suscripto al fin procedimental de democratizar las políticas públicas –porque el juego democrático por largo tiempo ha sido su condición y ocasión-, sino por la meta hermenéutico-pragmática de encontrar una solución al problema de que las víctimas estén sufriendo.⁵⁴ La Corte no puede reemplazar la decisión política con su propia decisión sin desnaturalizar la racionalidad jurídica, al abandonar su especificidad e invadir esferas prohibidas, pero sí puede impulsar que se **recreen las estructuras de toma de decisiones** para que incluyan perspectivas de cómo evitar la vulneración de derechos que vienen siendo censuradas.⁵⁵

⁵⁴ Pese al planteo excluyente, no creo que haya una contradicción radical entre estas dos metas. Es decir, no creo que una visión pragmática sea anti-democrática, ni que una visión democrática sea anti-pragmática. Lo que el planteo trata de apartar de manera retórica, es la perspectiva de democratización dominante en nuestro medio, la que se resume en un procesalismo formal que se conforma con que todas las partes interesadas-afectadas cuenten su historia y deliberen, desentendiéndose de las denuncias procedimentales u operacionales implícitas en la semántica de los resultados de esa deliberación.

⁵⁵ Paradigmática es la actitud de búsqueda suspicaz de la Corte en este sentido en las audiencias del caso *Mendoza*, en las que permanentemente obliga a replantear los esquemas de justificación de las explicaciones-remedios simplificadores. En una de esas audiencia se planteó que “Sobre esta cuestión [los aspectos negativos del plan en materia de salud señalados por los expertos de la UBA] y ante preguntas del tribunal, la directora Nacional de Salud Materno Infantil Ana María Speranza dijo que “hay cambios” en la atención médica y sanitaria, ya que existe una **“demanda oculta impresionante”**. (Clarín, Secc. La Ciudad. Ultimo Momento, 05-07-2007). Las audiencias se van transformando en el escenario en el que la Corte dismantela las censuras ocultas detrás de los aparentes puntos de

Esta es, entonces, la respuesta a la pregunta formulada en el párrafo 3 acerca de hacia donde iría la Corte con este tipo de intervención. El **horizonte** de la Corte debe ser la búsqueda de un nuevo campo epistémico en el que se logre determinar cuáles son los extremos del problema y las alternativas remediales. Y como se viene repitiendo, aunque no es la Corte quien decidirá cuál es ese problema y su remedio, ella deberá facilitar el acceso de nuevas formas de buscarlo.

Este rol descrito en términos prácticos no es otro, en términos políticos, que el de apuntalar a la república. Como se adivinará no me refiero al rol republicano de resguardar el ‘principio de división de poderes’, o de distinguir ‘cuestiones políticas’ de ‘violaciones de derechos.’ (asunto que me resulta inaccesible). Me refiero a que éste peculiar rol práctico de facilitar nuevas formas de buscar, es la manera que tiene la Corte de ocuparse de los costos marginales que genera el funcionamiento de una sociedad republicana y democrática, es decir, de las afecciones que vienen con el paquete ‘república.’

8 – Giro político: El rol de la Corte frente a los costos marginales de una República Democrática

Ninguna opción hermenéutica en relación a un caso estaría completa si no contabiliza una justificación política que ampare cierto rol de la Corte, en relación a cierto tipo de conflictos y, frente a los otros poderes del Estado. En éste epígrafe se trata este asunto.

Los problemas públicos de la envergadura del hacinamiento sistémico en las cárceles y comisarías de Buenos Aires y de la contaminación de la cuenca Matanza-Riachuelo pueden pensarse como costos marginales, o afecciones secundarias si se quiere, de la saludable práctica republicana. Si bien es cierto que ambos problemas tienen orígenes anteriores a la democracia, no es menos cierto que han permanecido y se han ensanchado durante el último cuarto de siglo. En tanto problemas cíclicos, inmunes a los procesos políticos de varias generaciones de la administración pública, y hasta a intervenciones judiciales episódicas, deben su inmunidad, en buena medida, a las condiciones creadas por las prácticas republicanas de: **a)** periodicidad de los mandatos ejecutivos, **b)** coordinación política de instituciones técnicas, y **c)** legalismo burocrático (o formalismo institucional). A continuación intentaré explicar la relación entre estas reglas de la práctica democrática republicana, y la inmunidad de los problemas estructurales en cuestión.

a) La periodicidad de los mandatos ejecutivos. Los funcionarios políticos, especialmente los de la administración pública, son concientes de su transitoriedad en el aparato gubernamental y por ello no tienen incentivos para emprender reformas institucionales a largo plazo; precisamente el tipo de reformas necesarias para desestabilizar prácticas públicas arraigadas e injustas. Así, de manera legítima si se quiere, se consolida el uso de ‘parches’ administrativos, de intervenciones coyunturales que aseguran la inmunidad de **las lógicas de permanencia** de este tipo de problemas. Frente a ello, sólo una institución como la judicatura, con actores estables que trascienden las lógicas de renovación periódica, puede frenar el ascenso *ad-infinitum* de los costos que acarrea la conciencia práctica de una función transitoria.

La interpelación por planes de acción remediales ceñidos a problemas estructurales, tiende a cumplir este rol imperativo de las Cortes. Requerir un ‘plan de saneamiento’ al Gobierno en la causa *Mendoza*, es el tipo de medidas que mueven a aprender el problema de manera sistémica; mientras que pedir informes periódicos de ‘medidas’ –cualquiera que pretenda hacer el gobierno-

disputa que intenta imponer la coordinación política. Ver al respecto en el próximo epígrafe, el apartado 8.b.

para mejorar la situación del hacinamiento en la causa *Verbistky* –ver el considerando 6) del fallo-, tiende a legitimar la lógica del ‘parche’, desligando a la administración de compromisos sistémicos que generen responsabilidad a largo plazo –a menos, por supuesto, que esta sea sólo la antesala para permitir el monitoreo y crítica desde una perspectiva sistémica de esas medidas-.

Si un juez pide un plan remedial, es fácil para la Administración Pública en danza comprometerse a largo plazo con una planificación ideal e imposible, ya que no tendrá que hacerse cargo de los costos de incumplir ese plan en el futuro. Si a la Corte sólo la motivara el éxito simbólico o coyuntural de dictar una orden exhortativa, ella quedaría satisfecha con una promesa de este tipo. Igual satisfacción abarcaría a demandantes motivados, por ejemplo, por concretar algún proyecto específico sobre temas parciales contemplado en el plan. Esta es la versión más hipócrita del activismo judicial y del litigio público, la que tiende a denostar, como bien suele resaltarse, la autoridad del derecho (Rosenkrantz, C. 1999: 6), y con ello, la autoridad de las Cortes. Pero esta versión abiertamente cínica del uso de la jurisdicción –sin compromiso con los resultados prácticos-, está lejos del comportamiento de los tribunales argentinos en los casos complejos que venimos analizando.

Nuestros tribunales no han caído en el vano lugar común de dictar declaraciones generales u ordenes axiomáticas de cese de violaciones.⁵⁶ Tampoco tuvieron la pretensión de diseñar ellos mismos planes de políticas públicas, ni el cinismo de aceptar cualquier plan de manera a-crítica. Más aún, las intervenciones complejas que se observan en estos casos, y especialmente en la jurisprudencia de varios tribunales inferiores argentinos, tiende a desnudar y reflexionar sobre las modalidades que adoptan los administradores de la cosa pública incentivados por su conciencia de finitud. Los jueces argentinos están obligando a los otros poderes a mirar a largo plazo, interpellando por disciplinas estatales que no existen y que es imprescindible **crear para hacer posible las transformaciones**. En la creación de esta disciplina estatal específica –que constituye nuevas formas de búsqueda de soluciones- es donde una Corte a la que le importan los resultados sociales de su acción encuentra su rol republicano, la razón del derecho, y su autoridad.

En una de las últimas audiencias de la causa *Mendoza*, la pregunta insistente del Juez Lorenzetti a la Secretaria de Medio Ambiente de la Nación fue acerca de la **estabilidad** del plan que se proponía ante sus estrados. El juez interpellaba a la funcionaria de manera incisiva acerca de cuáles eran los mecanismos que garantizarían el largo plazo –los 10 o 14 años que se requerirán para sanear el Riachuelo - de acuerdo a las estimaciones de la misma Secretaria-. Aún sin conseguir que la funcionaria pudiera apropiarse del planteo, la Corte insistió y solicitó detalles sobre el presupuesto y la planificación del uso del presupuesto, sobre la estructura jurídica en los lapsos del plan, sin amoldarse a las barreras del mandato del ejecutivo, ni mucho menos situarse en una conformidad cínica ante cualquier respuesta de ocasión.⁵⁷ Este puede ser un elemento

⁵⁶ Tal vez la excepción en el caso de la Corte Suprema son las causas *Badaro* y *Benghalensis* las que ya se dijo, pese a ser casos estructurales, en principio no tuvieron el mismo tratamiento que *Mendoza* y *Verbitsky*. En ellas sí se dictó este tipo de órdenes a la legislatura y a la Administración. En *Badaro* no se cumplió, y en *Benghalensis* sólo parcialmente (luego de un tiempo proliferaron un sin número de causas individuales por medicamentos de HIV, en jurisdicciones inferiores, en las que se trata de ejecutar para algunos –cuál litigio por el ‘corralito’-, una política con muchos problemas todavía).

El célebre caso norteamericano “*Brown v. Board of Education*” de los 60’s, fue también una orden axiomática de éste tipo y corrió similar suerte. La segregación en la educación siguió siendo objeto de demanda en distintos tribunales de diversas jurisdicciones por varios años, y casi medio siglo después, es aun un asunto sin resolver para los norteamericanos. Ver estrategias de implementación en Liebman, James (1990).

⁵⁷ “Lorenzetti tuvo casi siempre la iniciativa y realizó la mayor cantidad de preguntas. ‘Si el plan de saneamiento durara 15 años, la estructura institucional que reúne a los municipios y a los tres gobiernos (el Nacional, el bonaerense y el porteño) debería durar ese período. ¿Qué grado de fortaleza tienen los convenios?’, lanzó al principio de la Audiencia. Picolotti contestó: ‘Hay convenios marco y específicos que lo garantizan.’ El juez volvió a preguntar: ‘Insisto: el problema es jurídico. ¿Hay estructura para sostener el sistema 15 años?’. ‘Yo creo que sí. Estoy convencida. El marco

clave para diferenciar ésta intervención de la Corte de otros intentos episódicos y frustrados de saneamiento del Riachuelo.

b) Coordinación política de instituciones técnicas. Como se sostuvo antes, cierto juego adversarial –ya sea judicial o político- censura perspectivas que podrían plantear otros ejes de disputa y así, oscurece alternativas plausibles de solución. Esta censura no es sólo horizontal, sino que también se vierte en los supuestos polos adversarios de forma vertical, de arriba hacia abajo.

Cuando los participantes del juego adversarial son los ‘representantes legales’ de las víctimas - organizaciones especialistas en temas legales, como sucede en *Verbistky*-, la misma perspectiva de la víctima y la de sus intereses y otros intereses que escapan a la calificación jurídica dominante, crucial a los fines cognitivos, resulta apartada de la discusión –expropiada, como suelen decir los activistas-. De igual manera, cuando los representantes del Estado están sumergidos en el juego adversarial de la política de coyuntura, censuran visiones estatales que son críticas para la determinación epistémica; por ejemplo, la de los mismos expertos del Estado. El caso paradigmático se advierte en los organismos con competencias altamente técnicas. Reacuérdesse el sorpresivo reporte de los expertos de la UBA en el que se criticó profusamente el Plan presentado por la Secretaria de Medio Ambiente de la Nación ante los estrados de la Corte en la causa Mendoza. Varios de estos expertos trabajaron con anterioridad o trabajaban todavía en la misma Secretaría y, sin embargo, sus opiniones y perspectivas estaban lejos de verse reflejadas en el Plan presentado. ¿Cómo se explica tal contradicción entre visiones que forman o han formado parte del mismo organismo?

La dirección política enuncia los problemas, establece los focos de atención y decide las prioridades – que en general antes, estableció la prensa o la opinión pública, o el impulso de huir de la inculpa institucional-. Los expertos trabajan sobre ese campo impuesto, obedecen. Esta obediencia, la mayor parte de las veces es una subyugación epistémica que se da en la mayoría de las oficinas de la administración pública.⁵⁸

institucional es lo suficientemente sólido’, respondió. Pero el presidente de la Corte parecía lejos de estar convencido y, en lo que duró el resto de la audiencia, volvió a interrogarla cuatro veces más sobre el mismo tema. Las preguntas se dirigieron luego al presupuesto del plan. Picolotti explicó que la Autoridad de Cuenca -el ente que reunirá a los gobiernos de la ciudad, la provincia de Buenos Aires y la Nación- no tendrá fondos propios y serán los distintos miembros del ente los que brinden el dinero. La pregunta de Lorenzetti no se hizo esperar: ‘¿Cómo se sostendría, por ejemplo, si una de las partes decide un año no pasar presupuesto?’. ‘Si la Acumar manejara el dinero, ese problema tampoco se podría solucionar’, evadió Picolotti. Lorenzetti seguía sin estar conforme y se lo hizo saber. ‘El problema es que en el plan no está previsto el desacuerdo político a mediano plazo’, sentenció. A este cuestionamiento por la falta de un marco jurídico adecuado del plan, le siguieron otros por la falta de previsión en distintos aspectos del proyecto oficial” Agustín Cronenbold, Redacción de la Nación Síntesis Digital Noticias en <http://www.scba.gov.ar/prensa/Noticias/06-07-07/Cuestiono.htm>

⁵⁸ Durante la investigación de un caso que involucraba a una comunidad mapuche de Neuquén, Joaquín Millón y yo tuvimos la oportunidad de entrevistar a varios expertos de una oficina de control ambiental municipal que habían trabajado en una comisión formada a instancias de un proceso judicial junto con los Mapuche afectados. Los expertos, sorpresivamente, manifestaban su beneplácito por la supervisión periódica de la jueza (que en los hechos solo era una audiencia formal sin interpelación ni conversación), como manera de asegurar que sus perspectivas fueran las que dirigieran el plan de acción ambiental, como nunca había sucedido antes hasta ese momento. Esta comisión formada por expertos y miembros de la comunidad mapuche tuvo más éxito en su cometido y en la pacificación de un difícil conflicto, que el que haya alcanzado nunca ninguno de los acuerdos políticos previos entre dirigentes. Ver detalles del caso en http://www.ceppas.org/gajat/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=22&limit=10&limitstart=20&order=date&dir=ASC.

Sabel y Simon refieren a este tipo de reacción de los actores en procesos experimentales. Ellos dicen que el inicio de un proceso experimental usualmente envuelve una descentralización dramática dentro de las instituciones, en tanto los trabajadores de rango inferior consiguen una creciente discreción para lidiar con las contingencias con las que están

En una cultura democrática los que deciden son los representantes elegidos por el pueblo, y no los expertos o profesionales de la técnica. Sin embargo, como práctica objetiva, esta forma de gobierno sobre asuntos de alta complejidad técnica tiene sus costos. Aquellas cuestiones que están desde el principio excluidas de la agenda política - entre ellas las que exigen largo plazo, como vimos en el punto **a)** de este epígrafe, y las que responden a fallas de los procesos políticos por distintas causas⁵⁹- imponen una **segregación taxonómica** de temas y estrategias que da el marco desde el que se censura a aquellos actores públicos en condiciones de advertirlas y atenderlas: los expertos de la administración.⁶⁰ No es demasiado temerario pensar que la subyugación epistémica de los expertos al ‘olfato’ político – y también de otros operadores críticos del sistema-, tan intestina a los organismos técnicos del Estado, es el caldo de cultivo de problemas estructurales, o al menos la ocasión para su consolidación.

Visto de esta manera, el requerimiento judicial de un reporte de expertos de la UBA sobre el plan de gobierno vino a **subvertir la jerarquía** hacia adentro de la Secretaría, obligando a la coordinación a revisar y justificar su aproximación al problema frente a los argumentos de sus propios expertos. Además, las audiencias públicas **descentralizaron**, en cierta forma, la función de planificación, al exponer el esquema de justificación del gobierno no sólo a la crítica académica sino además a las críticas de las Organizaciones No Gubernamentales.

Esta es una aserción relevante para varias otras discusiones usuales en la teoría política y jurídica, como ya se adelantó antes. Mientras los teóricos remarcan la superioridad técnica y tecnológica de la administración frente a los jueces para resolver este tipo problemas estructurales y complejos - y así justifican pragmáticamente la deferencia debida a los poderes políticos⁶¹-, la realidad reclama una respuesta más aguda a estas cuestiones. Es plausible sostener que frente las exigencias de cierto tipo de daños graves y arraigados, amparados por la censura epistémica que impone el campo político, y que se vierten de arriba hacia abajo, la necesidad no es de ‘deferencia política’, sino al menos de cautela epistémico en relación a ese campo de decisión, y de ser necesario, de reversión de las jerarquías o descentralización en la toma de decisiones específicas.⁶²

más familiarizados (Sabel y Simon, 2004: 1078, 1079). Luhman, desde otra óptica, explica algo de esto señalando que “En el sistema político, por ejemplo, hay una tensión inherente entre función social (la formulación y la ejecución de decisiones vinculantes) y operación (la conservación de los recursos de poder y la promoción de la legitimación) que puede reconciliarse internamente sólo mediante procesos de reflexividad política (centrándose en qué trata la política e imponiendo límites a lo que puede hacerse en nombre de la toma de decisiones y la conservación del poder).” (1982: 229).

⁵⁹ Para Sabel y Simon hay instituciones públicas cuyas fallas usualmente se sustraen al control de los procesos políticos en tres tipos de casos: **1)** cuando se trata de intereses vulnerables o estigmatizados de minorías con escasa participación en la decisión pública, **2)** cuando las fallas del mercado favorecen la ‘captura’ o explotación de grandes grupos (por ejemplo, consumidores, trabajadores) por pequeños grupos, y **3)** cuando problemas de coordinación o de dirección política de la institución bloquea por largo tiempo el ejercicio de derechos.(2004: 1062-1067).

⁶⁰ Estos expertos, por supuesto, están originalmente subyugados por un esquema taxonómico de problemas impuesto por la disciplina y la academia, el que resulta censurado por la preeminencia del esquema político.

⁶¹ Este argumento usualmente se sostiene junto a otro que señala que se trata de ‘casos políticos’ en los cuáles la competencia exclusiva corresponde a los poderes mayoritarios, a los órganos políticos. Ello sin advertir un punto de inflexión en el que surgiría una contradicción si se sostuvieran los dos argumentos a la vez. O decide la administración porque los que deciden son los ‘políticos,’ o decide la administración porque tienen mejores expertos, y entonces son los ‘expertos’ quienes debería tener cierta preeminencia en las llamadas “cuestiones políticas” que por ello no son justiciables.

⁶² Este tipo de intervención judicial es bastante más usual que lo puede parecer aquí. Está prevista tanto en los casos de concursos y quiebras como en materia de leyes antimonopólicas. Sabel y Simon explican que, cuando ciertos actores privados consiguen ser inmunes a la competencia del mercado es cuando deben intervenir las leyes *antitrust* o antimonopolio. En contraste, las instituciones del estado tienden a ser monopolios, cuyo principal mecanismo de responsabilidad son los procesos electorales y políticos. Cuando hay instituciones que se han sustraído a esos procesos, las normas de derecho público juegan un rol análogo a las leyes *antitrust* al penetrar esas instituciones. Similar analogía

c) Formalismo burocrático. El formalismo de la burocracia es la garantía de la seguridad jurídica en una república. No obstante, ya mucho se ha dicho acerca de la imposibilidad de tal seguridad en términos ideales, de la incapacidad del formalismo legal para tomar en cuenta cuestiones de justicia material (Habermas, J. 1979), y para responder a las necesidades de sociedades complejas (Nonet y Selznik, 1978). Lo que aquí interesa, sin embargo, es hacer notar cómo el formalismo y sus limitaciones participan causalmente en el sostenimiento e inmunidad de los problemas estructurales en cuestión.

Por un lado, las formas burocráticas tienden a establecer reglas generales para el tratamiento de problemas que tienen crecientes niveles de especificidad y complejidad. Tales problemas *transversalizan* persistentemente las competencias de las agencias del Estado y algunas de sus aristas caen fuera de cualquier competencia formal.

La teoría del derecho ambiental ha sabido enfrentar este reto que los problemas complejos imponen a la rigidez de las formas. En materia hidrológica, por ejemplo, los Comités de Cuenca, en sus diversas variedades, son el esquema burocrático pensado para atender a la especificidad de estos asuntos, superando así las limitaciones formales de las agencias tradicionales.

El primer gran logro de la Corte en el caso Riachuelo fue precisamente propiciar la estructuración del Comité de Cuenca, el cual, pese a responder a una regulación expresa, fue mutando su formalización de acuerdo a los planteos de la sociedad civil y los expertos de la UBA, y ha ido evolucionando hacia una mayor descentralización conforme a las críticas y expectativas de la Corte y los monitores cuya voz se privilegió en las audiencias públicas.⁶³

Por otro lado, las lógicas amparadas por formas institucionales rígidas son muchas veces la columna vertebral del problema. Si lo que mueve a flexibilizar esas columnas es sólo aquella cuestión que penetra el discurso político, entonces los problemas que son el resultado de las censuras epistémicas que describí en a) y b), encuentran en la rigidez formal los **muros** de un laberinto sin salida.

En otras palabras, las formas que distribuyen competencias determinan lo que es atendible por el Estado y lo que no lo es, y así supone una delimitación cognitiva explícita, ocasión y condición de la persistencia del problema. Bourdieu llama *Illusio* a la creencia en una forma de razonamiento específico -el formalismo del derecho, por ejemplo-, que supone la aceptación del

se hace con la intervención judicial en los procesos de Quiebras y Concursos. Los jueces obligan a transparentar la información de la empresa concursada, y crean organismos que controlan y monitorean (síndicos), y en los que se descentralizan las decisiones empresariales. (2004: 1059-1062)

⁶³“La víspera de la audiencia, el presidente Néstor Kirchner había firmado el decreto para designar representantes del Poder Ejecutivo Nacional ante la Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo, que se sumarán a los dos representantes de la Ciudad de Buenos Aires y los dos bonaerenses. El organismo, presidido por la Secretaria de Ambiente, Romina Picolotti, se reunirá por primera vez el 17 de julio [2007]. La demora en esa convocatoria le bajó el tono a la embestida del gobierno porteño, que había pedido informar aparte ante la Corte y hasta exigió que se declare inconstitucional la conformación del Comité de Cuenca” (Un día de explicaciones a la Corte, Página 12, Sociedad, 05/07/07. <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-87624-2007-07-05.html>).“En la Corte no causó una buena impresión el modo en que quedó conformada la Autoridad de Cuenca, creada por ley, debido a que quedó integrada por autoridades gubernamentales, pero los 14 municipios que integran la cuenca hídrica tienen una representación secundaria, lo que obliga a formular convenios para implementar cada medida. Esto explica porque Carmen Argibay pidió precisiones sobre cómo harán para que los municipios cumplan los compromisos. Los jueces supremos observan con ojo crítico ‘que todo el plan quede centralizado y dependa de la voluntad de una persona’. Sería deseable, advierten, que si la limpieza del Riachuelo demanda unos 15 años –como prevén en la secretaría ambiental– haya un control permanente sobre su desarrollo independiente del gobierno de turno. ‘No vemos mecanismos claros de control social, alguien debe controlar a los gobernantes’, dijo un ministro del tribunal”(Falta pasar mucho agua bajo el puente, Pagina 12. Sociedad. 21/02/2007 <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-80694-2007-02-21.html>).

mismo como forma necesaria para tomar parte del juego (Bourdieu, Pierre, 2000). Este reconocimiento tácito de los valores que se encuentran en disputa en el juego, y el dominio de sus reglas, es también parte de la **conciencia práctica** de los guardianes de las formas burocráticas, de los grandes **censores epistémicos**. Se trata de una conciencia práctica que presupone la necesidad de cierto esquema de formas en el cuál se ha consolidado la situación problemática.

Veamos un ejemplo. Cuando el demandante en la causa *Verbistky* se sentó en la mesa de diálogo tal cuál lo ordenó la Corte, junto al responsable del Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y las organizaciones que presentaron *amicus curiae*, las conversaciones fueron llevando a invitar a más organismos –ministerios, agencias y secretarías- del estado provincial a la mesa.⁶⁴ El entramado burocrático que de manera relevante puede atender algún extremo del problema penitenciario y policial es tan vasto, que el demandante previó la posibilidad de excusas inmovilizantes del tipo: ‘eso no me toca a mí, sino a la Secretaria X’, y por eso abonó que vinieran a la mesa todos los jefes de todos los organismos posibles. De ésta manera el diálogo se entabló entre más representantes del Estado que de la Sociedad Civil sin que ello ayudara a que avancen substancialmente las acciones.

En principio siempre faltaban piezas en el rompecabezas burocrático del sistema penitenciario para excluir efectivamente a la temida excusa de “eso no me toca a mí” de la mesa; luego, la rigidez, o la vaguedad de las competencias de estos funcionarios –producto de las definiciones de lo atendible-, nunca fue cuestionada. La aceptación tácita de las razones que distribuyen las competencias son, en parte, la aceptación de los muros de una conversación censurada.

Insisto. Si bien el demandante intentaba dialogar con los representantes de gran parte del ‘poder’ de decisión del Estado sobre el tema, también participaba de una reunión de los grandes censores –o representantes de la conciencia práctica de la censura-. El juego adversarial entre los ‘representantes de una versión (censora de otras) de los intereses de las víctimas,’ y los ‘representantes de las formas burocráticas-censoras’ que no los atienden, remedó las lógicas de fuera de los tribunales, con algo más de energía preformativa en la voz de una de las partes, dada por la intervención jurisdiccional.

En este marco, el intento de alejarse de terrenos inculpatórios de una parte, y el de no consentir fáciles escapatorias del adversario de la otra, limitó las confianzas mutuas y resumió los proyectos en aspiraciones a ‘triumfos de papel,’ disparadores de eventuales **T2** en los que se inculparían a quienes no estaban en la mesa.⁶⁵

Otro ejemplo ya se mencionó indirectamente más arriba. La inquisición de Lorenzetti en la causa *Mendoza* por garantías de estabilidad del plan, y la respuesta acerca de la infranqueabilidad de la ley de presupuesto y su formulación anual, sitúa el punto de disputa aparente en las formas. Por alguna razón –del juego- nunca ha resultado un problema la afectación del presupuesto del 2028 con bonos de la deuda pública, o del presupuesto de las próximas generaciones con empréstitos

⁶⁴ El CELS llegó a proponer un reglamento según el cuál la mesa estaría integrada formalmente por “representantes del Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (en adelante PBA), el Ministerio de Seguridad de la PBA, de la Secretaría de Derechos Humanos de la PBA, de la Procuración General ante la SCBA, el CELS y las organizaciones que presentaron *Amicus*”. (Lineamientos para el funcionamiento de la mesa de diálogo. Documento-propuesta presentado por el CELS a miembros de la mesa en el 2007. Inédito). De los *amicus*, solo dos o a veces tres acudían regularmente.

⁶⁵ No sólo se barajó acordar sobre una ley de cupos, y se trato casos particulares y especificidades aisladas, sino que hasta se llegó a conversar sobre la posibilidad de presentar *habeas corpus* con la anuencia de defensores públicos para sacar a las mujeres embarazadas detenidas, a quienes la Corte -que tampoco escapa a las inculpaciones- había olvidado en sus órdenes directas. Los protagonistas de este T2 serían los jueces a quienes se dirigirían los *habeas corpus*. En tanto, jamás se accedió a información sistémica suficiente, pese a la insistencia de la demandante. La excusa impenetrable de la administración, fue el supuesto peligro para la ‘governabilidad.’

para obra pública, mientras que sí es una cuestión infranqueable para la conciencia práctica de la burocracia, la afectación mínima del presupuesto por 10 o 14 años para reparar o frenar un problema estructural como la contaminación del Riachuelo.

Sin abogar por lo contrario, sólo señalo como punto a considerar, él que sean las formas y la razón práctica que las ampara, una parte importante del problema. Mantener la discusión entre esos muros, a veces, puede ser otra forma de cinismo legal.

9- Giro Retórico: La falacia legalista como metáfora de cierre -de alternativas-

Hasta aquí se definieron los derechos en juego en casos complejos como derechos a la transformación, pero no a cualquier transformación, sino a una transformación que desestabilice prácticas injustas, una transformación sistémica. El debate hermenéutico acerca del sentido de los derechos será entonces acerca de cómo alcanzar esta transformación. Cómo no hay una receta escondida en algún cajón o laboratorio para alcanzarla, es necesario apelar a aquellas alternativas de búsqueda cercenadas por las lógicas preconstituídas alrededor de cajones y laboratorios - muchas de ellas, como se vio, bajo el amparo de prácticas legítimas y vitales para las democracias republicanas - las formas burocráticas, la periodicidad de mandatos, la coordinación política de agencias-.

Por ello la hermenéutica de éstos casos debe además cambiar la **metáfora** que domina la idea de búsqueda de sentido o contenido del derecho y, como propone Richard Rorty (2000) al pensar en la idea de progreso, en lugar de pensar en un acercamiento a algo distinto a nosotros mismos, en un descubrimiento de lo verdadero y lo correcto que es preexistente y está en algún lado - **metáfora de cierre**, de cajones y laboratorios-, deberíamos pensar en términos de auto creación, de hacernos mayores y mejores -**metáfora de expansión**. En lugar de oponer lo ilusorio a lo real, sería mejor oponer el pasado al futuro.

Charles Sabel & William Simon, siguiendo en parte al brasileño Mangabeira Unger, Rorty, y Dewey, entre otros, proponen mecanismos específicos dentro del litigio público para tomar decisiones que opongan el pasado al futuro, que muevan a la auto creación y a la expansión de la imaginación institucional. A ello llaman **experimentalismo**, o disciplinas de toma de decisiones experimentalistas, las que funcionan como criterios prácticos capaces de hacer posible la desestabilización de prácticas, y la transformación sistémica en ciertas condiciones.

Permítaseme unir los dos universos teóricos de la siguiente manera. Si como se viene sosteniendo, la Corte tiene que superar censuras epistémicas para desestabilizar prácticas injustas y arraigadas - como alternativa crucial para cumplir su rol republicano sin cinismo-, lo que los experimentalistas sugieren es que se promueva un **sistema de decisiones** construido por las partes relevantes, el cual discipline el accionar estatal para tratar el asunto volviéndolo reflexivo respecto a sus resultados, concentrado en expandir su idoneidad cognitiva, y sin más restricción que las que surjan de la comparación del pasado con el futuro.

Pero las intuiciones de la conciencia jurídica dominante mueven en la dirección opuesta, en esa que nos deja sin más horizontes que discutir sobre “cuestiones políticas justiciables y no justiciables,” y sin más explicación que la “falta de voluntad política.”

“La idea de que la obediencia a unas restricciones previas explícitas es superior a crear las propias restricciones a medida que uno avanza es, por supuesto, la que prevalece en la filosofía moral y en la filosofía de la ciencia. A los rigorismos kantianos de la ética les encanta señalar horrores morales e inferir de ellos la necesidad de unos criterios

absolutos e incuestionables acerca de lo que está bien y de lo que está mal [inculpar, según la terminología de este trabajo]. Sus oponentes - los utilitaristas como Mill y los pragmatistas como Dewey- dicen que el progreso moral **no es una cuestión de obediencia mayor a criterios previos sino más bien de redescubrir la situación a la que se aplican los criterios.**” (El énfasis es propio. Rorty, R., 2000: 13).

El argumento que intento articular es que frente a las violaciones complejas de derechos hay buenas razones para que la Corte se oponga al instinto dominante de aferrarse a las formas previas y ser, al menos, suspicaz respecto a ellas en pos de expandir las posibilidades de eficacia de los derechos. La tesis consiste en que debemos aprehender el derecho de los presos y de los pobres contaminados, **NO** como un título para torcer la mano violadora de las mayorías en el sentido ‘debido’, ni para fortalecerlos frente al ejecutivo y así obligarlo a hacer ‘lo correcto’ lo que “no tienen voluntad de hacer”, sino para penetrar las instituciones, hacerlas internamente reflexivas y sensibles a los resultados, y así reformular políticas y lógicas que causan daños graves y masivos, amparados por los procesos de la democracia republicana.

Concretamente, algunos tribunales al intervenir en casos estructurales han incurrido en lo que me interesa calificar aquí como **‘falacia legalista’**,⁶⁶ ejemplo paradigmático de cómo las metáforas de cierre guían la búsqueda del contenido de los derechos. Se trata de encontrar alguna norma incumplida, ordenar que se cumpla, y hallar en ello, sólo en ello, el rol jurisdiccional en casos complejos. El presupuesto es que todo lo malo viene de violar la ley. La esperanza latente es que las razones del derecho –encarnadas en la norma- se impongan y cambien las lógicas de la práctica violatoria de derechos.

Claro que eso no pasa, como no pasó que la adecuación de las leyes de excarcelación y prisión preventiva a la normativa constitucional en el Caso *Verbistky* modificara substancialmente la situación de los detenidos ante los jueces locales, como parece no haber pasado que los menores abandonaran para siempre las comisarías⁶⁷ –pese a la orden de que se cumpla con la normativa que indicaba que no deberían estar detenidos ahí-, como no pasará que con la creación del Comité de la Cuenca Matanza-Riachuelo conforme a la normativa legal, se modifique automáticamente la forma de administrar el problema y sus recurrencias.⁶⁸

La ley tiene sus razones, pero la realidad también tiene las suyas y no siempre conversan entre ellas. “El sistema legal desarrolla algunas “construcciones sociales de la realidad” (Berger y Luhmann, 1966) con el objeto de decidir conflictos sociales bajo el control de normas legales. Al crear su propia realidad desde la perspectiva que impone la resolución de conflictos, el sistema legal crea de manera abstracta modelos de mundo altamente selectivos descuidando de esa forma muchos elementos que son relevantes política, económica y socialmente” (Teubner, G. 2000: 141). Este descuido se reproduce con el paso del tiempo y su relevancia se acrecienta con el aumento de las complejidades sociales. Los juristas y jueces que no advierten esto en su práctica hermenéutica devienen, a los ojos del observador externo, en los cínicos del derecho.

⁶⁶ Esto no coincide exactamente con lo que Binder (2004) llama ‘fetichismo normativo’ o Botero Bernal (2004) ‘síndrome normativo’, pero tiene obvios parentescos con ambos conceptos que refieren a la reforma legal como respuesta a problemas y la excesiva confianza en su auto operatividad.

⁶⁷ Según una presentación ante la prensa, el último informe del CELS sobre la situación de los derechos humanos en Argentina, estaría denunciando el aumento durante el 2007 de los detenidos en comisarías.

⁶⁸ Tal vez el caso más interesante que conozco en este sentido es el del fallo de los Hospitales de Mar del Plata citado más arriba (nota 12). Después de que los jueces de la Cámara tuvieron una extraordinaria actuación a través de órdenes indirectas en la formación de un nuevo campo epistémico, de descentralización del debate, de reestructuración de sistemas de decisión gubernamental y no gubernamental, decidieron cerrar el proceso, y así poner punto final a lo que habían iniciado, dictando una orden general y axiomática de que se cumpla con la norma provincial de descentralización de los Hospitales Públicos. Y así cerraron las alternativas y el problema continuó y continuara. Ver en particular el comentario al hecho por Jimena Saénz, 2006.

Esta selectividad es similar a la de la inculpación, que se mencionara en el epígrafe 5, y tiene los mismos efectos restrictivos en relación a las narrativas explicativas y las alternativas remediales.

La falacia legalista frente a prácticas arraigadas – y su acumulativa inocencia - supone aferrarse religiosamente a recortes sociales aislados de realidades altamente complejas, en detrimento de la función de resolver problemas y superar conflictos. Como se dijo antes, tal artilugio ejemplifica otra forma de metáfora de cierre, expresando la idea de que en ese recorte se esconde la solución buscada.

Ella, por supuesto, legitima las censuras dominantes que enmarcan los problemas ‘sin solución’, y que son la ocasión de las selecciones legales. En tanto recorte monocausal de problemas sistémicos sólo sirve a los fines inculpatorios, significando el conflicto en formas tales que generan resistencias legítimas de parte de quienes se ven como chivos expiatorios –los desobedientes del T2-. Esta es una forma subrepticamente cínica de huir del rol republicano de las Cortes en este tipo de casos, y actúa en detrimento de la autoridad del derecho y de los tribunales.

10. Aclaraciones sobre el experimentalismo como una propuesta de expansión –de alternativas-

“En lugar de un régimen de reglas rígidas dictadas de arriba hacia abajo [o verticalista], la aproximación experimentalista acentúa la negociación progresiva de las partes, medidas [o reglas] de funcionamiento que son revisadas continuamente, y la transparencia” (Sabel y Simon:2004, 1016)

Excede el espacio y objetivos de éste trabajo el agotar la riqueza, detalle y potencialidad de la propuesta experimentalista para el litigio público.⁶⁹ Sólo voy a intentar aquí alejar algunos malos entendidos recurrentes para incentivar a una lectura más profunda de esta propuesta, y tratar de derivar algunas conclusiones relevantes para los casos en análisis.

En primer lugar, empieza a ser corriente sostener que abogar por el experimentalismo como salida remedial de casos complejos es abogar porque las Cortes sean las que establezcan cuáles son los objetivos que debe cumplir el Gobierno a corto, mediano y largo plazo, y cuáles son los medios para alcanzarlo -como si las Cortes fueran traductores de las normas jurídicas desde su lenguaje abstracto y principista, a un lenguaje concreto y operativo en clave de planificación. Hay algunos malos entendidos en este planteo que intentaré despejar.

En principio lo que interesa señalar es que una disciplina de objetivos y medios no es una disciplina experimentalista sí no viene acompañada de un mecanismo específico de revisión y evaluación periódica, y sí todos estos elementos no son el producto de una conversación entre las partes relevantes, en lugar de una orden generada e impuesta por la Corte.

- ***Revisión y reevaluación permanente***

Esto es crucial para pensar los próximos pasos en la causa *Mendoza*. El esquema remedial de éste caso, compuesto centralmente por ordenes indirectas, instó a diseñar y movilizar procesos de

⁶⁹ Conviene recomendar el artículo de Sabel y Simon (2004) como uno de los trabajos más asertivos para incursionar en el tema del litigio experimental, y en español, la descripción aproximativa y comentarios de ese trabajo, realizados por Paola Bergallo (2005).

largo plazo y a reflexionar sobre sus garantías de continuidad. La administración debió deliberar sobre sus presupuestos cognitivos al plantearse planes operacionales, para luego exponerlos a las críticas de la sociedad civil y de los expertos de la UBA –algunos de ellos, sus propios expertos-. Instó además, a que se desplazaran las formas existentes y el problema se administrara por un Comité de Cuenca al que además se sigue interpelando para que se descentralice. Las audiencias públicas dieron transparencia al proceso, lo que fertilizó la responsabilidad pública de los compromisos institucionales.

Para algunos esto es suficiente, en cuanto democratizó la discusión de la política pública y ayudó a poner en marcha a la administración. Para otros, es hora de que la Corte tome el toro por las astas y le diga a la Administración Pública qué tiene que hacer – y de ser posible cuando y cómo-. Para la perspectiva que se desarrolló en este trabajo, en cambio, se han sentado algunas bases para iniciar el cambio en la forma de buscar soluciones, para buscar desde donde buscar el nuevo esquema de regulación para la transformación. En este mismo orden de ideas, para un experimentalista, tal regulación sólo desestabilizará las prácticas injustas si genera **elementos para la evaluación periódica** y se consensúa una disciplina remedial reflexiva.

En otras palabras, la Corte debe apuntar a la generación de un campo epistémico en el que se discuta y acuerde una regulación del problema con elementos reflexivos -de re-evaluación periódica-. Sería un error, alentar a que los términos de un proceso, hasta aquí exclusivamente contradictorio entre partes procesales, defina la disputa epistémica por mucho más tiempo, error que pronto tendría que pagar con su propia autoridad - o viéndose obligada a dictar ordenes directas que pueden ser fuertemente resistida, o permitiendo que el efecto desmovilizador de su intervención funcione como otro parche episódico que desaparecerá en la próxima administración-.

En esta línea de preocupación entiendo que está el reclamo del abogado de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales, quien en una de las audiencias públicas demandó **“una línea de base de la situación actual...con indicadores de monitoreo que permitan realizar un seguimiento de los avances y medir resultados alcanzados.”**⁷⁰ Andrés Nápoli exigió, a diferencia de las demandas axiomáticas que acostumbramos los abogados - abanderados de las narrativas inculpatorias-, **condiciones mínimas** para la creación de un campo epistémico del problema, para hacer posible la definición del problema, y para que así pueda monitorearse la evolución, y evaluarse las medidas que se apliquen. En otras palabras, un campo que permita que la descripción del presente sirva de base de comparación con la descripción del futuro. Acordar esa línea de base entre las partes relevantes será el desafío más importante de éste caso, la forma en que será posible una tracción sistémica autorregulada.

- **Partes**

Si bien para muchos es obvio que un mecanismo experimental que incluya mecanismos de re-examen necesita contar con información sistémica, para algunos de ellos todavía no resulta claro quienes son las ‘partes relevantes,’ los que actuarán como destinatarias de esta información y operarán en su producción y en la negociación del régimen experimental.

Los *stakeholders*, como los definen Sabel y Simon, no son sólo las partes en el proceso, o los que intervienen como *amicus curiae* o terceros interesados, sino también todos aquellos que reclaman intereses significativos no procesales, e incluso aquellos que pueden considerarse importantes para el éxito de la reforma que se busca - expertos estatales y no estatales, víctimas, operadores inferiores claves, partícipes causales, etc-.

⁷⁰ Ver presentación de Andres Napoli del 4 de julio del 2007 en: <http://www.farn.org.ar/participacion/riachuelo/documentos.html>

En suma, lo que insinuó es que hay cierta transitividad en la idea de ‘portadores de interés,’ la que incluye no sólo a los que tienen un interés –fundamentalmente las víctimas - sino a los que son de interés –fundamentalmente los expertos y diferentes afectados-. Más aún, desde mi perspectiva la propuesta experimentalista tiende a concentrar las negociaciones entre estos dos actores en desmedro de las partes procesales – las que usualmente al describir el interés detrás de los derechos lo hacen desde perspectivas limitadas, sugiriendo soluciones desde paradigmas políticos abstractos o de censura-.

La interacción entre los portadores de interés puede generar una redescrición del problema que supere el conflicto motorizando la acción colaborativa. Ellos podrían entrar en el proceso de negociación por su propia voluntad o ser llamados por otros *stakeholders* o por la Corte. Quién tiene interés y quién es de interés es también una cuestión que se va resolviendo en las negociaciones. El problema es que además, en tercer lugar, todavía hay un malentendido rondando respecto al carácter de tales negociaciones.

- *‘Negotiation’*

Y éste es el último tema del que me ocupo antes de cerrar este escrito. La traducción literal como ‘negociación’ del término en inglés *negotiation* que utilizan los autores, tiene un sentido más cercano a la semántica del término inglés *bargaining*, que al tipo de interacción que, entiendo, tienden a significar Sabel y Simon.

Con sus buenas razones, filósofos como Owen Fiss (1998) se rasgan las vestiduras en reacción a la posibilidad de negociar el contenido de los derechos. Ellos temen que el resultado de esa negociación sea la medida de las mezquindades y debilidades de las partes, de su capacidad, posición y poder previo para negociar. Todo ello en detrimento de la justicia y la vigencia plena de los derechos. De una mesa de diálogo como la del caso *Verbistky* en la que se ‘negocie’ los avances que se informan a la Corte, no podríamos esperar, sospecharía Fiss, más que acuerdos parciales –gangas- obtenidas gracias al empoderamiento eventual de los demandantes.

Pero la *negociation* a la que refieren los experimentalistas no tiene en mente ese escenario, sino el de un diálogo con agenda, dirigido a un acuerdo provisional acerca de cómo seguir dialogando para alcanzar más acuerdos, en un marco en el que el *status quo* está deslegitimado por la juridización del conflicto. La palabra que en español para mí se acerca mejor a la semántica referida por los autores es ‘conversación’. Rorty interesadamente señala que la distinción entre conversación e investigación es una cuestión de grados, “del grado de acuerdo previo acerca de lo que se persigue. Lo llamaremos ‘investigación’ si de antemano ya existe un acuerdo importante acerca de lo que se considera un resultado satisfactorio. Lo llamaremos ‘conversación’ si consideramos como objeto de conversación los criterios mismos para juzgar si un resultado es satisfactorio” (Rorty, R. 2000:12)

Creo que las *negociation* de los experimentalistas son conversaciones que tienden a establecer ejes de investigaciones conjuntas y colaborativas. En ellas en principio no hay acuerdo acerca de lo que se persigue –el único presupuesto es la ilegitimidad del *status quo*-. Sin embargo, por distintas razones –tal vez porque los jueces lo incitan-, les conviene a las partes alcanzar un acuerdo acerca de lo que consideraran o consideraran un resultado satisfactorio.

Estas conversaciones gozan en Argentina de todo el descrédito público posible, el que abreva tanto del simbolismo de la frase de Perón acerca de que “si se quiere que algo no funcione hay que crear una comisión,” como del simbolismo recurrente en la sociedad civil de no caer en el denostado “abrazo del oso”: esa inmovilidad o desmovilización que genera el diálogo comprometido con un gobierno escurridizo.

Tales simbolismos, en ocasiones, encubren el prejuicio de que los intereses de la sociedad civil y de los políticos en el gobierno siempre están enfrentados, y tal prejuicio puede verse, a veces, como la encarnación de las falsas *adversarialidades* que se vienen denunciando.

Más allá de los ejemplos concretos que contradicen este prejuicio, hay una razón importante para dudar de su pertinencia en estos casos en particular. Me refiero a que el esquema remedial de la Corte podría estar dirigido, o dirigirse, tarde o temprano, a instaurar un interés común y legítimo en alcanzar cierto tipo de acuerdos, en plantear un esquema que de incentivos para conversar. En efecto, sin inculpación por las causas, sin herramientas de coacción, sin disenso acerca de lo injusto de la situación, con atribución y admisión jurídica y pública de la responsabilidad institucional por las consecuencias, y con exigencias de tratamiento sistémico y no meramente episódico, no parece haber razones legítimas para confrontar –salvo que se confronte en contra de esos mismos presupuestos–, y en cambio sí, buenas incentivos para conversar sobre acuerdos.⁷¹ Siempre teniendo en mente que la conversación buscada no es posible entre falsos adversarios, ella sólo sería posible (en términos de un esquema de incentivos factible) ente los “portadores de interés.”

La intervención de la Corte en tal contexto debería instar la autorregulación en la toma de decisiones –un compromiso disciplinar- que en lugar de un control intervencionista externo - el judicial o político-, adquiera una estructura de control interno, reflexivo y sensible a los efectos exteriores de su disciplina regulativa.

Ahora bien. No se puede desconocer que la mesa de diálogo en la causa *Verbistky* es, sin embargo, el gran fracaso del esquema remedial de la Corte. Ello parece confirmar no sólo los prejuicios mencionados, sino además los extendidos argumentos de corte jurídico-político que rechazan este tipo de articulaciones como solución plausible, y centran el asunto en la falta (endémica) de voluntad política de los funcionarios.

No obstante, desde el marco teórico que se viene proponiendo, hay algunas razones explicativas del fracaso que vale la pena destacar. En principio, en la mesa no hubo más *stakeholders* que las partes procesales o sus símiles. Ellos, como ya se dijo, representaron el esquema de censura del sistema penitenciario o de las posiciones ideológicas que denuncian monocausalidades, o diagnósticos paradigmáticos unilaterales. No hubo en la orden judicial incentivos para la conversación o gestión colaborativa que descentralizara o que venciera las censuras epistémicas. Así, el diálogo devino en negociaciones –*bargaining*– sobre proyectos parciales, cuya significación inculpatoria tendió a salvaguardar a los participantes de la mesa. Estas restricciones impidieron que se disponga o transparente información sistémica relevante bajo la prevención (¿) de arriesgar la ‘governabilidad.’

En cualquier caso, parece pertinente preguntarse qué hubiera sucedido si el cometido de las partes procesales en lugar de sólo dialogar e informar sobre avances hubiera sido la determinación de quiénes deberían conversar sobre cómo avanzar, y en que condiciones mínimas. Es decir, si su cometido fuera llegar a un acuerdo sobre las formas concretas de alcanzar avance sistémico en el que se comprometieran ambas partes.

Esta pregunta es pertinente en un marco en el que el problema no parece ser el torcer la mano de un Estado reticente que defiende su derecho a causar daño. Por el contrario, los demandados han consentido los términos relevantes de las demandas en todo momento, y no parecen indolentes o

⁷¹ Claro que los acuerdos imponen exigencias de trabajo y tiempo para un *cuasi* co-gobierno del problema que la mayoría de los ‘portadores de interés’, que no son parte del gobierno, no tienen recursos económicos para afrontar. Las organizaciones de base en general responden a trabajo voluntario y no tienen recursos, los expertos no-gubernamentales no suelen tener demasiado tiempo para donar, etc. Este es un tema crucial que deberá tenerse en cuenta para hacer posible que estos acuerdos funcionen.

reticentes al respecto (los múltiples funcionarios de la Provincia de Buenos Aires han convocado y acudido con diligencia a la mesa de dialogo en *Verbitsky* y la Secretaria de Medio Ambiente de la Nación a acudido a cada Audiencia a la que se la convoco y cumplido con cada requerimiento formal de la Corte). Insistir en coaccionarlos para que ‘dejen de dañar’ presupone visualizar el conflicto como una mera cuestión de doblegar la dejadez o apatía de los funcionarios. Si tanto sufrimiento para las victimas fuera causado por la mera pereza administrativa, ¿como es que generación tras generación, sólo los perezosos coinciden en las mismas oficinas de la administración?. Esta visualización del conflicto parece algo maniquea y sin más horizontes que la coacción, en la que se pone a duelo bizantino a jueces y funcionarios.

Por el contrario, el desafío en ambos casos es determinar ¿qué y cómo?, es decir, sortear lo que en el epígrafe 5 se llamó el problema de explicar cuál es el problema, dejando de lado visualizaciones del escenario signadas por la ansiedad inculpatoria. Éste debería ser el cometido con el que la Corte interpele a la mesa de diálogo, por ejemplo: organizar el proceso remedial para incentivar a que la administración del conflicto se descentralice en los ‘portadores de interés’, quienes movilicen cooperativamente el proceso de autorregulación sistémica, trascendiendo las falsas adversarialidades y expandiendo las alternativas de solución.

A modo de Conclusión

Si con algo esta comprometido este trabajo es con la idea de que el derecho puede contribuir a la construcción de relaciones sociales más justas y a la emancipación de los oprimidos, y que los tribunales de justicia tienen un papel crítico en esta tarea. Pero para que eso suceda es necesario cuidar al derecho, su poder simbólico, y el de la autoridad de las Cortes.

Fiel a ese compromiso, la propuesta aquí es sacarle las comillas a las sentencias judiciales -para que no sirvan a la desmovilización, el cinismo y la censura cognitiva-, y visualizar la intervención judicial, en toda su dimensión semántica, como **la oportunidad de crear un nuevo campo epistémico** desde el que se revisen y busquen soluciones a problemas complejos.

Ello requiere de un giro hermenéutico que nos despegue de conceptos formalistas o finalistas de los derechos, para apoyar la operación de interpelación en conceptos más bien reflexivos, como el de transformación o desestabilización. Esta será una versión menos adversarial de la retórica de los derechos, que no requiere de la inculpatión.

Además, insta a un giro **político** que resignifique como central la función republicana de los jueces de hacerse cargo de ciertos costos marginales del funcionamiento de una República Democrática, como lo son las violaciones complejas a derechos básicos que son inmunes a los procesos democráticos, ayudando a recrear los sistemas de decisión para alcanzar conversaciones pragmáticas. Finalmente, el giro **retórico** supone un cambio de metáfora en la conciencia práctica de los juristas, necesario para prosperar en el marco de una nueva hermenéutica. Se trata de verse como artesanos de la expansión –en general a través del camino de la descentralización-, en lugar de cazadores de cierres.

Si ello fuera posible, si la intervención de la Corte Suprema en estos casos estuviera reemplazando narrativas simplistas por disciplinas más reflexivas, cómo podrían serlo las regulaciones experimentalistas, estaría sin dudas, robusteciendo su propia legitimidad institucional y contribuyendo al cambio social sistémico.

Bibliografía

Abramovich, Víctor (2004), “Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales.” Trabajo inédito elaborado sobre la base del documento “Una Aproximación al Enfoque de Derechos en las Estrategias y Políticas de Desarrollo en América Latina”, presentado en el seminario: "Derechos y Desarrollo en América Latina: un Seminario de Trabajo", organizado por el BID y la CEPAL en Santiago de Chile, 9 y 10 de diciembre de 2004. El documento completo puede consultarse en www.iadb.org.

----- (1991) “El complejo de Rock Hudson” en la revista *No hay Derecho*. (Buenos Aires: s. ed) Nro. 4. pp 10

Abramovich, Víctor y Courtis, Cristián (2002), *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. (Madrid: Trotta).

Abregú, Martín. (2007) “Derechos Humanos para todos: De la lucha contra el autoritarismo a la construcción de una democracia inclusiva. Revista Puente @ Europa, del Observatorio para las relaciones de la Unión Europea con América Latina. Universita di Bologna. Nro. 1. 2007. 28-42. http://www.ba.unibo.it/NR/rdonlyres/588D11DB-CEFF-40C9-9E6B-C20ED9721621/82546/PuenteEuropaN1A5Abregu_es.pdf.

Abregú, Martín, Espinoza, Olga, (2006) “La eficacia de la comisión interamericana de derechos humanos y la aplicación de sus decisiones por los Estados Partes.” Inédito. Una primera versión de este artículo apareció publicada en la Revista Argentina de Derechos Humanos, (Buenos Aires: Ad Hoc) n. 1.

Atria, Fernando, (2004) “¿Existen Derechos Sociales?” en Revista Discusiones, Nro. 4, 2004.pp. 15-59. También publicada en formato PDF en el portal DOXA.

----- (2001) “Legalismo, Derechos y Política.” Ponencia presentada en el Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política. Derechos Fundamentales, 2001. <http://islandia.law.yale.edu/sela/satria.pdf>

Bergallo, Paola (2005) “Justicia y Experimentalismo. La función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina” Seminario Latinoamericano de Derecho Constitucional. *SELA 2005*.

[http://islandia.law.yale.edu/sela/SELA%202005/Paola%20Bergallo%20\(Final%20Spanish%20Version\)%20v%201.0.pdf](http://islandia.law.yale.edu/sela/SELA%202005/Paola%20Bergallo%20(Final%20Spanish%20Version)%20v%201.0.pdf)

Berger, Peter & Luckmann Thomas (1966), *The social construction of Reality*, (Garden City: Doubleday).

Binder, Alberto (2007), “La cultura jurídica. Entre la innovación y la tradición.” Ponencia publicada del Congreso Federal de Justicia Penal, Buenos Aires, Mayo 2007. Comisión 3. <http://www.pensamientopenal.com.ar/cdcongreso/ponen30.pdf>.

-----“Entre la democracia y la exclusión: La lucha por la legalidad en una sociedad desigual.” 2004 <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/cejip-exclusion.pdf>

Blanck, Ernesto, (2007) “El agujero negro de las nuevas leyes de infancia de la Provincia de Buenos Aires” Fundación Sur Argentina. <http://surargentina.org.ar/agujeronegro.htm>

Bobino, Alberto y Cristián Courtis (2001) “Por una dogmática concientemente política” en Cristián Courtis (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, (Buenos Aires: EUDEBA) pp. 183-222.

Böhmer, Martín, (1998) "Sobre la inexistencia del Derecho de Interés Público en la Argentina" en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 3, Nº 1, Abril, 1998

Botero Bernal, Andres (2004) "Formas contemporáneas de dominación política. El síndrome normativo y la eficacia simbólica del derecho [en línea]. En Ponencias de las II Jornadas Nacionales y III Jornadas Puntanas de derecho natural, San Luís, Argentina <http://derechonatural.tripod.com/ponencias/botero.htm>

Bourdieu, Pierre, (2000) "Elementos para una sociología del campo jurídico" en *La Fuerza del Derecho*. (Bogotá: Siglo del Hombre). pp. 153-218.

----- (1999) *Intelectuales, política y poder*. (Buenos Aires: Eudeba).

Bullard, Robert D. (1996) *Unequal Protection. Environmental Justice & Communities of Color*. (San Francisco: Sierra Club Book).

Calero, Victor E., "Los derechos humanos no son para todos" en SOCIOEDISEA. Dossier Género. (Córdoba: INECIP). Año 5, número 8. pp.34.

Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) (2005) *Colapso del Sistema Carcelario*. (Buenos Aires: Siglo Veintiuno).

----- (2008) *Litigio estratégico y derechos humanos. LA LUCHA POR EL DERECHO*. (Buenos Aires: Siglo Veintiuno)

Courtis, Cristián, (2005) "El caso "Verbitsky": ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?", en Revista Nueva Doctrina Penal, número 2, pp. 529-565.

Dewey, John (1921) *Human Nature and Conduct* (South Illinois:University Press).

Dulitzky, Ariel "50 Años del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Una propuesta de reflexión sobre cambios estratégicos necesarios" Documento de trabajo del The Bernard and Audre RAPOPORT CENTER for Human Rights and Justice. The University of Texas at Austin School of Law, Marzo de 2008.

Fiss, Owen (1998) "Contra el Acuerdo Extrajudicial" en la *Revista de la Universidad de Palermo*, (Buenos Aires: Centro de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo), Año 3, Número 1. Originariamente se publicó bajo el título *Against Settlement*, en *The Yale Law Journal*, Vol. 93, No. 6 (May 1984) pp. 1073-1090

Fraser, Nancy (1997) *Iustitia Interrupta. Reflexiones Críticas desde la posición "postsocialista."* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Univesidad de los Andes).

García Villegas, Mauricio (2003) "Notas preliminares para la caracterización del derecho en América Latina" en *El otro Derecho*, No. 26-27, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos - ILSA, Bogotá, Colombia, p. 13-49.

Gargarella, Roberto (1996) *La Justicia frente al gobierno*. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial, Barcelona, Ariel, Barcelona.

----- (2007) "La Corte y el dialogo Democrático" en *Fallos de la Corte al alcance de los Ciudadanos*. Suplemento confeccionado por ADEPA, ADC y otras organizaciones. Página 4.

<http://www.adc.org.ar/recursos/700/Los%20fallos%20de%20la%20Corte%20al%20alcance%20de%20la%20mano.pdf>

Grosman, Lucas S (2007) “Los derechos sociales frente a la escasez” Borrador del Capítulo I de la tesis Doctoral, presentado en al Congreso Nacional de Filosofía Jurídica y Política de Vaquerias, Córdoba, 2007. Inédito.

----- (2007) “La Igualdad estructural de oportunidades en la Constitución argentina” en *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coord.) (Buenos Aires: Lexis Nexis) pp. 199-226.

Habemas, Jürgen, (1979) *Communication and the Evolution of Society* (Boston: Beacon).

Liebman, James S. (April, 1990) “Implementing Bown in the nineties: Political reconstruction, Liberal Recollection, and Litigatively Enforced Legislative Reform” en *Virginia Law Review* (VA: Virginia Law Review) , vol. 76, Nro. 3, pp. 349-435.

Luhmann, Niklas, (1982) *The differentiation of Society*, (New York: Columbia University).

Malamud Gotti, Jaime (2005) “Sobre lo bueno y lo malo de inculpar y de vernos como víctimas” en *Nueva Doctrina Penal*. N.2, 2005/B. p. 465-490.

-----, (2000) “Los dilemas de Juzgar a Pinochet en España” en *Nueva Doctrina Penal – 2000/A*. pp. 177-200.

-----, (1996) *Game without end. State terror and the politics of justice*. (USA: University of Oklahoma Press).

Mangabeira Unger, Roberto (2004) (1997) *False Necessity. Anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy*. (Londres: Cambridge University Press) Vol. 1.

-----, (1999) *La Democracias Realizada. La Alternativa Progresista*. (Buenos Aires: Manantial).

Maurino, G., Nino, E. Sigal, M., (2005) *Las Acciones Colectivas. Análisis Conceptual, Constitucional, Procesal, Jurisprudencial y Comparado*, (Buenos Aires: Lexis Nexis).

Millón, Joaquín, (2007) “*Triunfos de Papel. A propósito de Viceconte*”, Inédito.

Nino, Carlos (1989) *Consideraciones sobre la dogmática jurídica, (con referencia particular a la dogmática penal)* (México: Universidad Nacional Autónoma de México) Serie G: Estudios Doctrinales 7.

----- (1992) *Un país al margen de la ley*, (Buenos Aires: Emecé).

Nonet, Philippe & Selznick, Philip (1978) *Law and Society in Transition. Toward Responsive Law*. (New York: Harper).

Rorty, Richard (2000) *Filosofía y futuro*, (Barcelona: Gedisa).

Rosenkrantz, Carlos F. (1999) La pobreza, la ley y la Constitución. Trabajo presentado en el Seminario en Latino América de Teoría Constitucional y Política. SELA 1999 <http://islandia.law.yale.edu/sela/rosenkrantz.pdf>

Sabel, Charles F and Simon, William (2004) *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*. (USA: Harvard Law Review). Vol 17, No. 4. 2004.

Sáenz, Jimena (2007) “Intervención Judicial e Instituciones Públicas. El Caso de los Hospitales de Mar del Plata y El Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires”, Inédito.

Sagües, Néstor Pedro (2006) “Las sentencias Constitucionales exhortativas” en *Estudios Constitucionales*, Año 4. N 2, Universidad de Talca.

Santos, Boaventura de Sousa y Rodríguez-Garabito, Cesar A. (2005) *Law and Globalization from Below. Towards a cosmopolitan legality.* (New York: Cambridge University Press).

Santos, Boaventura de Sousa (2006) *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social.* [Encuentros en Buenos Aires] (Buenos Aires: FLACSO Libros).

----- (2001) “El Estado y el derecho en la transición postmoderna: por un nuevo sentido común sobre el poder y el derecho” Curtis Christian (comp.) *Desde otra Mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho.* (Buenos Aires: Eudeba) pp. 273-304

----- (1998) *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad.* (Bogotá: Siglo del Hombre).

Shue, Henry (1980) *Basic Rights. Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy.* New Jersey: Princeton University Press).

Sunstein, Cass & Holmes, Stephen (1999) *The Cost of Rights. Why liberty depends on taxes.* (New York: Norton & Company).

Teubner, Gunther, (2000) “Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno” en *La Fuerza del Derecho.* (Bogotá: Siglo del Hombre). pp. 81-152

Vituro, Paula (2001) “El carácter político del control de constitucionalidad” en *Desde otra Mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho.* Christian Curtis (comp.). (Buenos Aires: Eudeba). pp. 81-108

Links consultados

Espacio Matanza- Riachuelo <http://espacioriachuelo.org.ar>

Centro de Estudios Legales y Sociales www.cels.org.ar

Fundación Sur <http://surargentina.org.ar>

Fundación Ambiente y Recursos Naturales <http://farn.org.ar>

Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política

<http://www.seminariogargarella.blogspot.com/>

www.clarin.com

www.pagina12.com.ar

www.perfil.com.ar

www.criticadigital.com.ar

www.lanacion.com.ar