
El litigio estructural

Mariela Puga*

Resumen

La expresión “litigio estructural” o “caso estructural” califica a intervenciones judiciales que expanden el territorio de lo justiciable más allá de los intereses de las partes procesales. Tal expansión es, por supuesto, un hecho jurídico, antes que un hecho empírico. Basta que la normatividad de la decisión pretenda regular relaciones jurídicas que trascienden a las partes procesales, para que estemos ante un caso estructural. Ello es así aun cuando tal pretensión no se haga efectiva.

El presente trabajo intenta definir el concepto de caso estructural partiendo del análisis de la particular relación de causalidad que este tipo de casos propone. De esta manera, no sólo se distinguen los casos o litis estructurales de los casos bipolares como dos relatos causales diferentes, sino que además, se advierte la diferencia entre el concepto de litigio estructural y otros conceptos que erróneamente suelen usarse como sinónimos de aquel. Tales, el de litigio estratégico, colectivo, de impacto, etc.

El trabajo se cierra, dando cuenta de las particulares dinámicas que emergen en el proceso, cuando la *litis* de un caso judicial es estructural.

Palabras clave: litigio estructural, casos de impacto, relación de causalidad, control judicial de políticas.

Abstract

The term "structural suit" or "structural case" nominates judicial interventions that expand the territory of what is justiciable, beyond the claims of the litigants. Such expansion is, of course, a legal datum, rather than an empirical statement. It is enough that the normativity of the decision is intended to regulate legal relations that transcend the litigants, to that we would be facing a structural case. This is so even if such regulating intent is not effective.

This paper attempts to define the concept of structural case based on the

* Profesora de la Universidad de Córdoba. Doctora en Derecho, Universidad Nacional de Buenos Aires (UBA).

analysis of the particular causation that proposes such cases. Thus, it is not only distinguishing structural *litis* from bipolar *litis* as two different causal stories, but also it is to differentiate between the concept of structural litigation and other concepts that are often mistakenly used as synonyms of that. Such as, the strategic litigation, collective, impact, etc.

The article concludes by enlightening the particular dynamics that emerge in the litigation, when the *litis* at stake is a structural one.

***Key words:* structural litigation, impact case, causation stories, judicial review policy.**

1. Introducción

La expresión “litigio estructural” o “caso estructural”, califica a intervenciones judiciales que expanden el territorio de lo justiciable más allá de los intereses de las partes procesales.¹

En nuestro país, tal expansión pareciera montada sobre los rieles institucionales diseñados en la reforma constitucional de 1994, en particular, sobre las acciones colectivas y el nuevo catálogo de derechos constitucionales.² Quizá por ello, la doctrina nacional ha tendido a analizar este tipo de casos partiendo, preferentemente, de ideas como la de “litigio de derechos sociales”, o litigio de “acciones colectivas”, antes que de la idea de “litigio estructural”, que aquí se propone.

Es pertinente tomar nota de que la propuesta teórica de este trabajo no sólo se diferencia de aquellas en el nombre. Mi propuesta registra las raíces del fenómeno de expansión del terreno de lo justiciable en una instancia bastante anterior a la de la

1 Tal “expansión” es, por supuesto, un hecho jurídico, antes que un hecho empírico. A los efectos de la definición que se propone, no es necesario que las decisiones judiciales estructurales sean efectivas. Basta que tengan la pretensión de regular relaciones jurídicas que trascienden a las partes procesales.

2 La historia judicial demuestra que ninguna de estas herramientas constitucionales fueron una condición necesaria para que los casos estructurales sean posibles. Sin embargo, esas herramientas habilitaron de forma explícita, y con ello, fertilizaron el terreno para la expansión de lo justiciable por fuera de los intereses de las partes procesales en la Argentina.

En efecto, la incorporación de las acciones colectivas (artículo 43 segundo párrafo de la Constitución Nacional), convirtió a la justicia en un terreno potencialmente más accesible a cierto tipo de demandantes y de demandas, cuya debida consideración usualmente exige juicios estructurales. Ej. Reclamos de clase de grupos minoritarios, o demandas de recomposición del ambiente.

La Reforma también incorporó una lista significativa de nuevos derechos constitucionales a través de la *constitucionalización* de los tratados internacionales de derechos humanos (entre ellos, diversos derechos económicos, sociales y culturales), por un lado, y de las previsiones expresas de derecho del consumidor y de acceso a un medio ambiente sano, por el otro. Con ello no sólo habilitó la vía judicial para canalizar ciertas reivindicaciones sociales, sino que además condujo a la juridización de determinados conflictos que no pueden verse como meramente individuales, y que ahora se ajustan a la idea de “violaciones de derechos,” en base a una clara perspectiva estructural de los conflictos.

Una tercera innovación de la reforma, habilitó la acción de amparo no sólo para casos de violación de derechos constitucionales, sino también para la violación de normas de jerarquía inferior. Con ello se ampliaron las posibilidades jurídicas para que el ciudadano común enfrente, a bajo costo, tanto a las leyes del gobierno como a las prácticas privadas. Algunos doctrinarios entienden que a partir de esto, el amparo se ha *ordinarizado*, perdiendo su carácter excepcional. Hay, incluso, quienes ven en este nuevo amparo federal la pretensión de *imperializar* las competencias procesales locales, desbaratando su capacidad tradicional para delimitar el acceso a la justicia de acuerdo al imperativo local. En cualquier caso, y como toda ampliación del acceso a la justicia significa, la propuesta reformista potencia la juridización de conflictos sociales más diversos.

reforma constitucional de 1994, e incluso bastante anterior a la de las reformas de 1949-1957 (responsables de la primera inclusión de derechos sociales a nivel constitucional).³ De hecho, la iniciativa de mirar el litigio estructural en lugar del litigio colectivo, o de derechos sociales, invita a examinar el fenómeno jurídico de la expansión de lo justiciable con independencia de sus vínculos con la legislación constitucional o infraconstitucional de un país. Nos habilita, entonces, a reconocer a este fenómeno jurisprudencial en casi cualquier sistema normativo del derecho occidental.

Ello no obsta el reconocer el impulso expansivo de lo justiciable que se ha dado en las últimas décadas de gobierno democrático, y en particular, a partir de la reforma del 1994. El testimonio de ello es una lista, ya importante, de casos recientes y paradigmáticos de litigio estructural. Entre ellos, vale mencionar la afamada causa *Benghalensis*⁴, de la década de los 90', en la cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) argentina ordenó al sistema de salud del Estado nacional que suministre medicamentos en forma regular, oportuna y continua, a todos los portadores de VHI/SIDA registrados en los hospitales públicos y efectores sanitarios; el caso *Monserrat*⁵, también de los 90', en el que la misma Corte validó la reforma de la política de ingreso de un colegio secundario, juzgando de discriminatoria la política anterior a la reforma, que restringía el ingreso en base al género. Ya en la década del 2000 sobresale el caso *Verbitsky*⁶, en el que la nueva Corte censuró las condiciones infrahumanas en las que se hallaban cientos de miles de personas, privadas de su libertad, en la provincia de Buenos Aires, y prescribió que se tomen medidas para reformar el sistema carcelario de toda la provincia; y el caso *Mendoza*⁷, en el que la CSJN

44

3 El litigio estructural, así considerado, reconoce antecedentes claros que se remontan a principio del siglo XX. Ver los casos de principio de siglo sobre accidentes laborales reseñados por Schjolden, Schjolden, Line (2009) "Sentencing the Social Question: Court-Made Labour Law in Cases of Occupational Accidents in Argentina, 1900-1905", en *Journal of Latin American Studies*, 41, pp. 91-120.

4 El caso fue decidido por la CSJN el 1 de junio de 2000, confirmando el fallo de primera instancia, bajo la carátula de "Asociación Benghalensis y otros c. Estado Nacional" CSJN, 1 de junio de 2000.

5 El caso fue decidido por la CSJN el 19 de septiembre de 2000, confirmando el fallo de primera instancia bajo la carátula de "González de Delgado, Cristina y otros. c. Universidad Nacional de Córdoba" CSJN el 19 de septiembre de 2000. Se lo conoce como *Monserrat*, en alusión al nombre del colegio secundario en cuestión, dependiente de la Universidad Nacional de Córdoba.

6 El caso fue decidido por la CSJN el 3 de mayo de 2005, bajo la carátula de "Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus" CSJN 3 de mayo de 2005.

7 Hay dos decisiones centrales en este caso, cuya ejecución sigue en curso. La primera es del 20 de junio de 2006, en la cual la Corte se aboca en competencia originaria a la causa "Mendoza Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros" CSJN 8 de julio de 2008 (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza- Riachuelo), y se declara incompetente para atender a los daños individuales. La segunda, es la sentencia final por la que responsabiliza a las tres jurisdicciones para que lleven adelante las tareas de recomposición ambiental, y se dicta, con la misma carátula, el 8 de julio de 2008.

ordenó, a tres jurisdicciones de distinto nivel del gobierno federal, que sanearan la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo, cuyos altos niveles de contaminación afectan aproximadamente a tres millones de personas.⁸

Los juristas califican a estos casos de distintos modos: estructurales, colectivos, sistémicos, agregativos, de impacto, estratégicos, redistributivos, acciones de clase, casos de interés público, litigios públicos, demandas de derechos de segunda y tercera generación, litigio de derechos sociales, o simplemente, manifestaciones de un *activismo judicial* en ciernes, el que es producto de la expansión de la ideología neoconstitucional.⁹ Cada una de estas denominaciones supone un enfoque particular. Pero además, cada una de ellas denota algunos elementos medulares del litigio estructural y otros que, en cambio, son más bien eventuales o aleatorios. Entre todos esos elementos, los que la doctrina destaca con mayor frecuencia son:

8 Una advertencia antes de seguir: La mención de estos casos paradigmáticos de la Corte, no deben encerrarnos en la errónea idea de que la competencia para expandir el terreno de lo justiciable es exclusiva de la Corte Suprema. Hay una gran cantidad de casos estructurales reproduciéndose en tribunales inferiores. La tendencia tampoco es Argentina, de hecho el referente en América Latina es la Corte Constitucional colombiana y, destacan igualmente la Corte brasilera. Otras cortes del mundo occidental también han adquirido fama por su jurisprudencia estructural, como la Corte africana y la de la India. En el mismo sentido las cortes regionales de derechos humanos como la Interamericana y la Corte Europea. El fenómeno, es un fenómeno del derecho occidental moderno.

9 Ver Abramovich, Víctor (2009) “De las violaciones Masivas a los Patrones Estructurales: Nuevos Enfoques y Clásicas Tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Revista SUR – Revista Internacional de Derechos Humanos. V.6, N° 11, diciembre de 2009; Berizonce, R. O., 2010; Basch, Fernando (2010) “Breve introducción al litigio de Reforma Estructural” Documento base para el Seminario “Remedios Judiciales y Monitoreo de Ejecución de Sentencias en el Litigio de Reforma Estructural” Buenos Aires 4 y 5 de noviembre de 2010; Bergallo, Paola (2006) “Apuntes sobre justicia y experimentalismo en los remedios frente al Litigio de Derecho Público”, SJA 21/6/2006-JA 2006-II-1165; CELS (2008) Litigio estratégico y derechos humanos. La lucha por el derecho (Buenos Aires: Siglo XXI editores); Coral-Díaz, Ana Milena, Lodoño Toro, Beatriz, y Muñoz Avila, Lina Marcela (2010) “El Concepto de litigio estratégico en América Latina: 1990-2010” Universitas Bogotá (Colombia) N° 121: 49-76, julio-diciembre de 2010; Curtis, Christian (2008) “El caso “Verbitsky”: ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?; D’Argenio, Inés A. (2009) “Trascendencia institucional del litigio de derecho público”, en 3er. Congreso de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (17 y 18 de septiembre); Gargarella, Roberto (2008) “Justicia y derechos sociales: lo que no dice el argumento democrático”, en Gargarella, R. (coord) Teoría y Crítica del Derecho Constitucional Tomo II (Buenos Aires: Abeledo Perrot); Falcón, Juan Pablo (2012) “El litigio estructural como forma de activismo judicial. Un camino hacia la protección de los derechos económicos, sociales y culturales” Ponencia presentada en el Congreso de Derecho Público para Estudiantes y Jóvenes Graduados: Democracia y Derechos. Universidad Nacional de Buenos Aires, 31 de mayo a 1 de junio de 2012; Thea Federico, “Hacia nuevas formas de justicia administrativa: apuntes sobre el litigio estructural en la Ciudad de Buenos Aires” Comentario a “Acuña, María Soledad c/GCBA s/Amparo” (CamCAyT Sala I del 23/12/2008) Publicado en La ley Sup. Adm. 2010 (febrero) 17; Treacy, G.F., 2011, entre varios otros.

- (1) *La intervención de múltiples actores procesales.*
- (2) *Un **colectivo** de afectados que no intervienen en el proceso judicial, pero que sin embargo son representados por algunos de sus pares, y/o por otros actores legalmente autorizados.*
- (3) *Una causa fuente que determina la violación de derechos a escala. Tal causa se presenta, en general, como una regla legal, una política o práctica (pública o privada), una condición o una situación social que vulnera intereses de manera sistémica o estructural, aunque no siempre homogénea.*
- (4) *Una **organización estatal o burocrática** que funciona como el marco de la situación o la condición social que viola derechos.*
- (5) *La invocación o vindicación de **valores de carácter constitucional** o público con propósitos regulatorios a nivel general, y/o demandas de derechos económicos, sociales y culturales.*
- (6) *Pretensiones que involucran la **redistribución de bienes**.*
- (7) *Una sentencia que supone un conjunto de **órdenes de implementación continua y prolongada**.*

46

Algunos de estos siete elementos se implican entre sí de múltiples maneras. Otros, presentan sutiles y no tan sutiles distinciones. Voy a ocuparme aquí de reconocer algunas de esas distinciones entre los tres primeros elementos resaltados. El objetivo es identificar cuáles de ellos sirve mejor a la definición de la idea de litigio estructural y cuál no.

Vale advertir que este examen se pretende estrictamente jurídico. La expectativa es echar luz sobre lógicas internas del fenómeno, en tanto fenómeno jurídico. En especial, sobre aquellas lógicas que determinan y articulan la expansión de lo justiciable más allá de las partes procesales.

2. Lo individual, lo conjunto, lo colectivo

I. La intervención de múltiples actores procesales en un litigio es presentada, usualmente, como uno de los elementos definitorios del litigio estructural. En rigor, esta presentación es incorrecta.

La posibilidad de que en un litigio intervenga una multiplicidad de actores (lo que la dogmática legal denomina un *litis consorcio pasivo o activo*) no tiene una particular influencia en la expansión de lo justiciable. Varias formas de lo que podríamos llamar litigio mancomunado, o consorcial, han sido tradicionalmente aceptadas, ya desde el derecho romano,¹⁰ sobre la base de casos no-estructurales. Esas formas de litigio consorcial exigen, primeramente, una causa común que enlace a un consorcio de litigantes con el otro polo del litigio.¹¹ La relación que cada uno de los consorciados mantiene con esa causa común, y así, con la parte opositora, siempre tiene un carácter individualizable y particularizado.¹²

De esa manera, la composición final de la *litis mancomunada* se nos insinúa como la acumulación de relaciones individualizables que tienen lazos particularizados y diversos con la causa común. Esta acumulación de vínculos particularizados **no es equiparable a un caso estructural**, tanto como un huevo, un pedazo de queso y un poco de manteca sobre un plato, no son equivalentes a un *omelette*.

En términos de la dogmática, las acciones acumuladas, o consorciales, comparten una misma fuente, pero la *litis* **no** es la misma para cada uno de los consorciados. La *litis* varía, conforme, por ejemplo, al daño efectivo sufrido por cada uno de los demandantes o a la específica contribución al daño que se atribuya a cada uno de los demandados consorciados. Cada uno presenta una *litis* o caso diferente, aunque su fuente común justifique su tratamiento conjunto.

47

II. Nuestro sistema procesal constitucional ofrece, por otro lado, la posibilidad de lo que conocemos como *proceso colectivo*. Este procedimiento, a diferencia del mancomunado, puede tener lugar a partir de un solo actor demandante, y de un solo actor demandado. Lo que particulariza al proceso colectivo es la posibilidad de que exista una multiplicidad de afectados por la decisión judicial que no intervienen en el proceso (no-actores).

10 Fernando Betancourt reconoce en la llamada *litis communis (litisconsorcio)* un forma de intervención de varios demandantes (pasivos o activos) que existía ya en el *Agere per formulas*, en la etapa *in iure (o iurisdictio)* del Procedimiento Clásico Romano. Incluso en aquel contexto, el litisconsorcio podía ser, como hoy, “voluntario, cuando a las partes les une su posición de cotitulares de un derecho, o litisconsorcio necesario, en los casos de coautores, cofiadores y, en la última época clásica, los copropietarios de un esclavo (o propietario y usufructuario) que ejercitan la *Vindicatio in servitutum*”. Betancourt, Fernando (1995, 2007) *Derecho Romano Clásico* (Sevilla: Universidad de Sevilla) 3ª edición.

11 Ver capítulos VII y VIII del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

12 Aún en los consorcios necesarios, como en los casos de los copropietarios, si bien la suerte de la cosa no pueden determinarse unilateralmente, la capacidad de decisión sobre la cosa está graduada conforme al porcentaje de copropiedad de cada uno de los copropietarios que intervienen como *Litis consortes necesario* en un litigio consorcial.

Para que estos afectados/beneficiarios no-actores aparezcan conformando la *litis*, y así sean alcanzados por la decisión judicial, se hace necesario que sus intereses (los de todos ellos), se imbriquen como parte de un *interés colectivo o grupal*.¹³

A los fines de su articulación judicial, ese interés colectivo o grupal es considerado como un *todo compartido* (tanto por los actores procesales, como por los afectados a los que éstos representan). Cuando de tal situación de imbricación de intereses resulta una *litis* en la que se juzga ese todo, cual mosaico de intereses, nos encontramos ante un caso estructural.

Ese mosaico de intereses, al que la dogmática a veces identifica como “interés colectivo”, puede compartirse por los afectados de forma indivisible, o ser divisible en su origen, y hasta divisible al momento de la adjudicación judicial. Sin embargo, a los fines de la definición del “caso judicial” o *litis*, el interés colectivo será tratado como una *unidad o un todo*, que defina el *interés de las partes*, y no viceversa.

48 En efecto, la relación de cada una de las partes procesales con esa unidad de intereses llamada interés colectivo, plantea una *litis* o relato único del caso, el que no se particulariza a partir de los intereses o participaciones especiales de demandantes o demandados. Esta es la característica saliente de la *litis* a la que llamaré estructural (en adelante usaré los términos “caso”, “*litis*”, “controversia” y “conflicto judicial”, en un sentido equivalente)

Como se verá más adelante, esta *litis estructural* puede juzgarse tanto en un proceso con reglas procesales colectivas, como en un procedimiento no-colectivo. No obstante, sólo se justificará la aplicación de las reglas del proceso colectivo, cuando en él se juzgue una *litis* estructural. Es decir, el proceso colectivo presupone el juzgamiento de un caso estructural.

De manera entonces, que la multiplicidad de actores procesales (ya sean activos y/o pasivos), como hecho que define al litigio mancomunado, no es imprescindible ni para que tenga lugar un *proceso colectivo*, ni lo es para definir una caso estructural. Esto es así, en principio, porque lo que define a la *litis* estructural es la imbricación de intereses particulares en un mosaico complejo, pero único, cuya definición precede a la definición del interés de las partes.

13 La idea de *imbricación* supone la generación de un particular tipo de relación, en la que se da un estrecho entrelazamiento. En ella pueden plantearse superposiciones parciales, ajustes, modificaciones aparentes, etc., con el fin de formar una sola estructura o unidad orgánica en la que se diluye la particularidad de las partes que entran en esa estrecha relación.

3. El caso estructural como caso policéntrico

I. Hasta aquí, y de acuerdo a la acción procesal que se elija, podemos distinguir tres tipos de procesos, cuyas reglas típicas,¹⁴ encausan los litigios. Así, *el proceso individual, el proceso consorcial (pasivo y/o activo), y el proceso colectivo*. Ya se adelantó, que el litigio estructural está particularmente ligado al proceso colectivo. Se dijo, específicamente, que *el proceso colectivo presupone el juzgamiento de un caso estructural*.

Es necesario ahora, explicar esta idea en detalle. Para ello, hay que resaltar que cada una de las formas procesales que adopta el litigio, ya sea la individual, consorcial, o colectiva, responde a una tipología de “caso”. Por ejemplo, las reglas del proceso individual y las del proceso consorcial, presuponen un tipo de casos al que se define como *bipolar*. En tanto, las reglas del proceso colectivo, presuponen un tipo caso definido como *poli-céntrico*.¹⁵

El caso bipolar se presenta como la típica disputa entre dos partes o polos enfrentados que compiten frente al juez. Este último, actúa como el árbitro que solucionará la desavenencia entre intereses particulares aplicando reglas de derecho sustantivo. Esa solución, sin embargo, no pretenda imponerse o regular las relaciones de otros que no participan en la disputa bipolar.

49

Las desavenencias bipolares remiten, por lo general, a hechos del pasado que son judicialmente reconocidos. Esos hechos son presentados en la *litis* como eventos discretos (en el sentido temporal, espacial y personal), y respecto a ellos, las partes reclaman diferentes títulos o posiciones jurídicas. Las diferencia entre esos reclamos asumen el carácter de una controversia jurídica.

Una característica de esta controversia es que ella es representada en la *litis* como una controversia adversarial. En tal sentido, el reclamo de una posición jurídica, por parte de un actor, significa lógicamente la negación de la posición jurídica reclamada por el otro. En concordancia, los litigios bipolares nos ofrecerán un escenario, y una dinámica, indiscutiblemente adversarial. Ella exigirá de reglas de solución predominantemente inspiradas en la justicia conmutativa, retributiva y/o restaurativa.

14 Cada tipo de procesos se definen a partir de reglas de trámite y requisitos de la acción que le son propias. Ellas determinan en cada caso, quiénes están legitimados para accionar, cuáles serán los roles de esos actores, cuál será el tipo de demandas que puedan hacer, el alcance de la decisión judicial, los plazos, etc.

15 Fuller, Lon L. (1978) “The forms and limits of adjudication” 92 Harvard Law Review 353.

Esta fisonomía de los casos bipolares tiene su propia lógica y presupuestos, los que impactan en las reglas del proceso. En efecto, en tanto la competencia entre las partes es adversarial, se tiende a asumir que son ellas las que definen el caso o *litis*. La forma en que las partes representen sus intereses particulares o reclamos jurídicos será la forma de esa *litis*.¹⁶

Por ello, en la lógica bipolar, son también las partes quienes conservan el poder de avanzar el proceso (y así desarrollar los extremos de la *litis* bajo las reglas de la prueba y el debate). Aun cuando será el juez quien finalmente defina la *litis* a juzgar, el predominio procesal de las partes en la incitación del trámite, y en la determinación de las peticiones, nos inclina en favor de que sean las partes quienes por lo general dominan la definición de la *litis*.¹⁷

De esta manera, en los casos bipolares, la función jurisdiccional es la de un árbitro. Él es responsable de asegurar un escenario reglado que permita ejercer el rol dominante de las partes en la construcción de la *litis*. Circunscripto por ese escenario, el juez dará una respuesta final y pública al conflicto. Una respuesta que se presenta bajo la forma de un arbitraje entre las posiciones enfrentadas.

50

Por último, en el caso bipolar serán sólo las partes las destinatarias de las prescripciones regulativas que surjan de la decisión del árbitro. Los efectos residuales que pueda tener la sentencia judicial más allá de las partes, sean estos regulativos o no, serán incidentales, pero no jurídicos.

16 Ello, claro, siempre teniendo en mente que el “caso” del que hablamos, es el conflicto judicialmente definido, y no una situación pre-jurídica. Vale insistir aquí, en que cualquier discusión sobre “cuál fue el caso”, es una disputa interpretativa sobre la definición judicial de la *litis*, y no una disputa representativista sobre la existencia de elementos pre-jurídicos o empíricos.

17 Estos casos predominan en el litigio civil y comercial tradicionales. Debe reconocerse, sin embargo, que en procesos penales de acción privada, encontramos varios rasgos bipolares también, así como en la instancia laboral, y en alguna instancia contenciosa administrativa. No obstante, es necesario observar que cuando se trata de procesos incitados por la acción pública, o procesos resueltos sobre la base de reglas substantivas de orden público (Ley de Alquileres, Ley de Contrato de Trabajo, etc.), a pesar de la adversarialidad inicial, el protagonismo del juez en la construcción de la *litis* empieza a hacerse explícito. Con ello, la definición de la *litis* tiende a alejarse de la bipolaridad, y frecuentemente insinúa algunos elementos del litigio estructural. Me arriesgaría a decir que es el carácter de esas reglas el que resulta de particular relevancia para denotar la fisonomía del caso bipolar. En efecto, si la regla en cuestión representa la concreción de principios de justicia conmutativa o retributiva, no hay duda que la contienda es definida como privada, y bipolar, en tanto el rol del juez será tenido como el de un mero árbitro. Pero si los principios a los que sirve la regla de solución son principios de justicia distributiva, empieza a ser claro que la contienda no puede verse como privada, o bipolar, y que el rol del juez trascenderá al de un mero árbitro.

Esta fisonomía del caso bipolar explica que los procesos individuales y consorciales estén regidos, predominantemente, por el *principio dispositivo* (que determina el monopolio procesal de las partes), el *principio de congruencia* (según el cual la sentencia debe limitarse a lo probado, argumentado y lo petitionado por las partes), y el *principio inter aleas* (que restringe los efectos de las sentencias a las partes del litigio). Estos principios procesales dominan nuestra tradición judicial civilista y continental, e inspiran además un modelo ideal de la función judicial: el modelo del juez-árbitro que pone fin a los conflictos definidos por partes adversarias, aplicando las normas sustantivas.

II. El *proceso colectivo*, en cambio, presuponen una fisonomía de caso o *litis* paradigmática diferente. El proceso colectivo está pensado para los casos que Lon Fuller ha llamado *policéntricos*.

El autor representó la fisonomía del caso policéntrico a través de la imagen de una telaraña. La comparó, en fin, con una estructura formada por múltiples hebras, tan íntimamente inter-conectadas entre sí, que cada tensión aplicada sobre alguna de ellas repercute sobre toda la red.

Nótese que esta primera imagen se separa sustancialmente de la imagen de dos polos enfrentado a partir de intereses individuales contrapuestos. En cambio, ella se emparenta significativamente con la idea de *intereses imbricados*, que introduce en el apartado anterior.

En la estructura de la telaraña, la pretensión de cada parte en el conflicto estará conectada con las otras a través de múltiples intersecciones o centros de confluencia dentro de una misma red. Explica Fuller que “[E]s una situación poli-céntrica porque tiene ‘muchos centros’ - cada cruce de hebras es un centro distinto para distribuir tensiones”.¹⁸ La decisión judicial podría representarse, entonces, como

18 Fuller, Lon L. (1978) “The forms and limits of adjudication” 92 Harvard Law Review 353 (p. 27). En honor a la precisión, Lon Fuller se refiere a “problemas policéntricos”. Además, debo reconocer que hay buenas razones para pensar que el autor norteamericano consideraba que en el mundo real hay problemas que son bipolares, y otros policéntricos, remarcando que el derecho debe involucrarse en los primeros y no en los últimos. Yo considero que estaba equivocado al respecto, y que lo relevante jurídicamente, es que la definición judicial del conflicto sea bipolar o policéntrica, ya que cualquier evento del mundo real puede ser representado alternativamente como bipolar o policéntrico. Mi especulación aquí, como se notará a lo largo de este trabajo, no es sobre el mundo real, sino sobre la manera en que el mundo real (si tal cosa existe) es representado o instaurado por el juez, cuando es instituido en la litis. En tanto para el derecho hay “casos” en lugar de problemas, serán esos “casos” los que, según re-interpreto a Fuller aquí, pueden tener una forma bipolar o policéntrica.

el ejercicio de una tensión que repercutirá sobre toda la red, y así sobre cada uno de esos puntos de conexión.

Este ejemplo de la telaraña nos permite visualizar dos elementos distintivos del caso policéntrico: 1) la potencialidad de la decisión judicial para expandir su impacto fuera de los actores procesales; 2) la consideración de los intereses o pretensiones individuales como parte de un sistema íntimamente interconectado de relaciones múltiples.

Hay otra metáfora, también ofrecida por Fuller, que refleja de manera nítida el segundo elemento, y que además, pone el acento en la subordinación de las partes individuales a la estructura que las conecta con las otras pretensiones. El autor propone que imaginemos la estructura de conexión como si fuera la estructura de un puente. Lo que reclamaría un demandante, por ejemplo, sería que una de las vigas del puente sea colocada en cierto ángulo en relación a la estructura superior (por ejemplo, a 80 grados). Para responder a ese reclamo, reflexiona Lon Fuller, es necesaria una idea previa del “puente” como un todo. Sólo de esa idea global, puede surgir la respuesta a la pertinencia o no del reclamo individual. Y ese reclamo individual, sólo tiene sentido, en la medida en que se presente como la reivindicación de una idea de puente.

52

En definitiva, la extensión de cada ángulo de las vigas del puente dependerá del diseño del puente, o de una particular visión del diseño e implementación de la obra, es decir, de una idea que elijo llamar “estructural”. Así las cosas, y como ya se dijo antes, cualquier pretensión individual en un caso poli-céntrico dependerá de la definición previa del interés común o colectivo, o de la *litis* como un todo.

En este escenario, las partes están obligadas a postular su reclamo, montado sobre una idea del interés común, antes que sobre su propia posición jurídica en ese interés.

Las dos metáforas de Lon Fuller nos sugieren una idea que ya señalamos como clave, para la definición del litigio estructural. Se trata de la idea de racionalizar a las pretensiones individuales, tanto del actor como del demandado, como partes de un todo (el puente). Una idea en la que la pretensión individual del reclamante pierde su preponderancia o prelación en la definición del conflicto. Así, cuando la controversia judicial se define de esta manera, es cuando advertimos que un caso judicial tiene una fisonomía *policéntrica*, o en los términos de este trabajo, la fisonomía de un caso estructural.

Ahora bien, esta racionalidad del conflicto desafía tanto al principio procesal dispositivo, como al principio de congruencia y al principio *inter alias*. En un caso policéntrico el interés individual en el todo ya no puede ser la medida de la acción procesal, ni de la respuesta judicial, como lo es en la racionalidad de un conflicto bipolar. La idea misma de un interés colectivo, el que trasciende las pretensiones individuales, entra en tensión con la del monopolio procesal en manos de aquellos que actúan movidos por su interés individual *en el todo*.

A la devaluación del principio dispositivo y de congruencia, se suma el abandono del principio de los efectos *inter alias* de la sentencia. La decisión judicial sobre el interés común, trascenderá, probablemente a las partes procesales. Al definirse la *litis* a partir de un todo o interés colectivo que comparten ciertos afectados que no son actores procesales, estos últimos aparecerán también como destinatarios de los efectos regulativos de la decisión judicial, pese a no haber actuado en el proceso.

En esta lógica, la controversia entre las partes de un caso estructural no será necesariamente adversarial ya que la construcción de la *litis* no estará dominada por intereses individuales confrontados.

4. La representación de quienes no intervienen en el proceso como forma de imbricación estructural

53

El derecho procesal moderno intenta dar cuenta de quienes están fuera del proceso judicial en los casos poli-céntricos y, que, sin embargo, serán alcanzados por la decisión. La forma de hacerlo es a través de la idea de “representación” colectiva.

Owen Fiss¹⁹, al referirse a la representación procesal en las acciones de clase, por ejemplo, entiende que se trata de un modo de *auto-designación* de los demandantes como representantes de aquellos a quienes la decisión puede alcanzar y que no participan como partes en el litigio. El artículo 43, segundo párrafo de la Constitución argentina habilita expresamente esa *autodesignación*. Así, la regla sobre la legitimación activa en los llamados amparos colectivos faculta al afectado, al Defensor del Pueblo, y a las asociaciones civiles para que se presenten a demandar en representación (por auto designación) de un interés colectivo.

Ahora bien, hay que advertir que para que tal representación funcione, es necesaria la validación judicial de esa legitimación activa colectiva. Esta

¹⁹ Fiss, Owen (1996) “La teoría política de las acciones de clase” en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* Año 1, Número 1, Abril 1996 (Buenos Aires: Universidad de Palermo) pp. 5-12.

validación, ocurrida en general en la etapa de admisibilidad de una acción, es en sí que una decisión sobre la existencia de un interés colectivo, es decir, sobre aquel mosaico de intereses imbricados del que venimos hablando. En efecto, la admisión judicial de este tipo de legitimación activa sólo es posible en base a una interpretación alambicada de la regla del artículo 43; una interpretación que implica validar, *prima facie*, una particular imbricación de intereses (una propuesta del puente como un todo).

La validación judicial de la que se habla aquí, está guiada por los requerimientos del derecho de defensa de los supuestos representados. Es en nombre de estos últimos que el juez fiscaliza y valida la representación colectiva, llevando adelante una evaluación sobre la idoneidad del representante auto designado, como lo ha exigido la Corte Suprema.²⁰

Insisto, admitiendo cierta legitimación activa y rechazando otras, los jueces empiezan a ejercer un rol particularmente activo en la construcción de la *litis*, el cual se justifica en el derecho de defensa y en la idea de un interés superior a las partes. En efecto, los jueces primero validan una definición previa del interés colectivo o de la imbricación de intereses individuales, para luego (con el objetivo de resguardar los intereses de los ausentes y, en especial, de resguardar el interés *común o colectivo*²¹) ejercer una discrecionalidad vagamente reglada para determinar quiénes serán, y quiénes no serán, partes en el caso. Si hay una instancia

54

20 Conf. Halabi, E. c/PEN-2009. En el 2009 la CSJN ha dicho que "...ante la ya advertida ausencia de pautas adjetivas mínimas que regulen la materia, se torna indispensable formular algunas precisiones, con el objeto de que ante la utilización que en lo sucesivo se haga de la figura de la "acción colectiva" que se ha delineado en el presente fallo se resguarde el **derecho de la defensa en juicio**, de modo de evitar que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha tenido la posibilidad efectiva de participar. Es por ello que esta Corte entiende que la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la **idoneidad** de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo" (la negrita es propia). Considerando 13) de la sentencia H 270. XLII, carátula: Halabi, Ernesto c/ P.E.N. – Ley 25873- dto.1563/04 s/amparo ley 16986 (24/02/2009).

21 Este rol es habitual entre los jueces penales en los casos de acción penal pública, en los que sin necesidad de la participación procesal de los denunciantes la justicia persigue delitos en nombre de un particular interés público. En cambio, es un rol muy poco común en los juicios civiles y comerciales, en los cuales la definición del litigio depende de manera más central de las partes del proceso. No obstante ello, en éste último tipo de proceso también hay instancias en las que la acción judicial aparece en resguardo de un interés público, superior al de las partes. De manera que el "activismo" procesal-judicial que se advierte aquí siempre ha existido en menor o mayor medida, aunque en nombre de diferentes intereses superiores a los de las partes o de quienes se pretenden partes.

de activismo judicial decisiva para la expansión del terreno de lo justiciable, es precisamente ésta de habilitación de lo justiciable y los justiciables. Es claro que en ella está implicado el reconocimiento inicial de la imbricación de intereses; intereses que, por otra parte, serán referenciales, tanto para los que participaran en el proceso (*demandantes nominados*, según Fiss), como para aquellos afectados que no participan como actores (*miembros innominados de la clase*, también según Fiss). Estos intereses, finalmente, dependen (o se referencian) a partir de la definición del interés colectivo.

El avezado jurista advertirá que en el campo jurídico todos los intereses son referenciales, en cuanto encuentran su medida y límite en los derechos de terceros, así como en el bien común o el interés público. Se impone observar, sin embargo, que la definición del interés individual a partir del interés colectivo convierte a este último en el interés relevante o mediador a los fines de la confrontación o balance frente a los intereses de terceros, y frente al interés general. Será entonces el interés colectivo (y no el interés individual aislado) el que encontrará sus límites en la otredad (el tercero), o en el interés general.

El “interés colectivo”, o el “todo” que precede a las “partes”, ya de dijo, no es otra cosa que una imbricación de intereses (activos y/o pasivos) que empieza a definirse como tal a partir de la validación de la representación procesal, es decir, a partir del momento en que se reconoce la legitimación activa.²²

55

5. El caso estructural

Como ya adelanté, hay un vínculo estrecho entre el proceso colectivo y la idea de litigio estructural. Éste no se asienta, sin embargo, en la existencia de varios actores procesales, sino en el tipo o modelo de casos que presupone el proceso colectivo. En efecto, cuando hablamos de litigio estructural estamos siempre

22 Un caso particularmente interesante en este sentido es el de “Defensoría del Pueblo de la Ciudad c. EDESUR S.A. s. Responsabilidad por Daños” Cámara Civil y Comercial Federal, Sala 1, 16 de Marzo de 2000- C539/99. En él, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala 1, desarrolla una argumentación clara en la que vincula estrechamente el rechazo de la legitimación activa, basada en el artículo 43 de la Constitución Nacional con el rechazo a la existencia de un “interés colectivo”. De un modo que resulta interesante apreciar, la Cámara admite la legitimación para actuar del Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, pero aclarando que es para representar un conjunto (mancomunado) de intereses individuales, a lo que lo habilita el artículo 137 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Por otra parte, rechaza que el Defensor pueda representar un interés colectivo en los términos del artículo 43 de la Constitución nacional. El presente decisorio evidencia con nitidez la interdependencia señalada entre la evaluación de la legitimación colectiva y la de la existencia de un interés colectivo.

refiriendo a casos o *litis* con una fisonomía policéntrica. Es decir, una fisonomía parecida a la tela de una araña, o la de un puente, en la cual se entiende que los intereses individuales están subordinadas a una idea de conflicto más general. Esta última contiene o imbrica aquellos intereses, en un circuito de interconexiones con otros intereses. De tal forma, la decisión que se tome en un conflicto estructural deberá considerar el impacto sobre quienes no están presentes en el proceso, pero que se hallan ineludiblemente conectados por la definición judicial del conflicto.

Así, el caso estructural y el caso policéntrico serán tratados como conceptos indistintos, del mismo modo que litigio (*litis*) estructural y litigio (*litis*) poli céntrica.

Esto lleva a que todo proceso colectivo sea siempre un litigio estructural, en cuanto supone un caso poli céntrico; aunque ello no implique que todo litigio estructural se enmarque siempre en las reglas de los procesos colectivos. Ciertamente, un caso estructural podría someterse a las reglas de los procesos individuales, pensadas para casos bipolares, como varios casos de nuestra jurisprudencia lo evidencian. Ello en tanto la definición de un litigio bipolar depende de la fisonomía de la *litis*, y no de las reglas de trámite procedimental.

56 En definitiva, ni la existencia de múltiples actores procesales, ni la aplicación de las reglas del proceso colectivo, constituyen elementos definitorios de la idea de litigio estructural. De ningún modo ello los convierte en elementos irrelevantes para identificar casos estructurales. Por el contrario, en ciertas circunstancias ellos son elementos suficientes, aunque no sean necesarios (por ejemplo, todas las acciones colectivas suponen, efectivamente, *litis* estructurales), y en otras instancias, son elementos eventuales pero de gran incidencia (por ejemplo, la gran mayoría de los litigios estructurales conocidos involucra a múltiples actores procesales).

6. La causalidad estructural

El conflicto estructural se traza a partir de la determinación de ciertos vínculos causales entre determinados hechos jurídicos y ciertas consecuencias jurídicas que se tienen por injustas, a las que llamamos agravios. El tipo de vínculo causal que aparece en los casos estructurales es denominado, por algunos autores, como “causalidad social”, para distinguirlo así de la tradicional idea individualista de causalidad única (próxima o adecuada). Aquí preferiré conservar el calificativo de “causalidad estructural” a los fines de destilar ciertas precisiones que considero particularmente importantes.

Para adentrarnos en la idea de la causalidad estructural, propia de conflictos judiciales poli céntricos, es importante acordar un punto previo: ella, al igual que cualquier otra idea de causalidad jurídica, no deja de ser una estipulación sobre cuáles consideraciones pre-jurídicas serán tenidas por jurídicamente relevantes, y de qué forma. En palabras de Goldenberg, “entre el hecho y la consecuencia jurídica existe una relación de causalidad que no descansa en el orden natural sino en la voluntad de la ley”.²³

23 Goldenberg, Isidoro H. (1984, 1989) *La relación de causalidad en la responsabilidad civil* Primera reimpression (Buenos Aires, Astrea, p. 10). Si bien ésta es una aserción ampliamente aceptada, existen diferentes acepciones de ella. Algunos autores creen que esa causalidad estipulada legalmente es objetiva, y otros autores que no lo es. Para los primeros, la causalidad legal (la estipulación de los vínculos relevantes) es de carácter “objetivo” o determinable, en tanto contamos con procesos lógicos o de observación de lo natural, y/o de criterios de valoración legal que nos permiten separar la causa “próxima” (“las verdadera causa legal”) de las causas “remotas”. Se cree que, siguiendo las ciencias naturales, hay “cadenas de causación” objetivas que los jueces pueden observar, y entre las cuáles ellos pueden distinguir (científicamente) cuáles actos, dentro de una complicada serie de eventos, son los que verdaderamente causan el agravio, aun cuando esta identificación sea estipulativa.

Por otro lado, están quienes consideran tal cosa imposible. Entre ellos, los afamados miembros del “Club Metafísico” norteamericano, en particular, Nicholas St. John Green y Wendell Holmes, Jr. (ver Horwitz, Morton J. (1982, 1990) “The doctrine of objective causation”, in Kairys D. (editor) *The Politics of Law. A progressive critique Revised Edition* (New York: Pantheon Books)). Green sostenía que la noción de una “cadena de causación” y de una sola causa próxima era sólo una racionalización, ya que siempre hay múltiples causas. “[N]o hay una sola y objetiva causa “próxima”... para cada evento hay ciertos antecedentes... No hay ninguno de entre este conjunto de antecedentes que tomado en sí mismo sea la causa. Ninguno podría por sí mismo producir el efecto. La verdadera causa es el conjunto de antecedentes tomado todo junto” (Green, N. J., 1870). Las investigaciones de Green en varias áreas del derecho demostraban como las cortes manipulaban el término “próximo” y “remoto” para alcanzar otros propósitos. Para entonces, John S. Mill, desde la filosofía, ya había sostenido que “la causa de un evento es la suma de todos sus antecedentes” Mill, John Stuart (1843, 1974, 1981) *System of Logic Raciocinative and Inductive. Being a Connective View of the Principles of Evidence and the Method of Scientific Investigation*, en *Collected Works of John Stuart Mill Volume VII, Books I-III* (Toronto: University of Toronto Press 1974) Reprinted 1981.

La posición del “Club Metafísico” será base de la crítica realista a la idea de “causa” (próxima), y en ella pueden verse además las raíces del pragmatismo. Pero también con ella se justifica la relevancia legal de la “causación múltiple”, y se debilitan las críticas a la validación legal de las “causas remotas”. Estas últimas serán centrales en la idea de “causalidad estructural” de este trabajo.

En el derecho continental, una discusión con varias similitudes se presenta en relación a quienes sostienen la teoría de la “equivalencia de las condiciones” que suele atribuirse a Von Buri (1860) y aquellos que son partidarios de seleccionar una, entre las diversas condiciones sine qua non, conforme a diferentes criterios. Entre ellos, también destacan el de la causa próxima (por asociación temporal), similar a la sostenida por los objetivistas norteamericanos, cuya teoría de justificación en general se atribuye a Francis Bacon. Otro de los criterios defendidos teóricamente en nuestro sistema de derecho civil es el de la causa eficiente o condición preponderante (la que más contribuyó al resultado, la más eficaz o activa), defendida entre nosotros por Jorge Llambías.

Finalmente, se destaca entre nosotros una clara preponderancia de la teoría de la condición

En fin, la causalidad estructural supone la estipulación jurídica de cierto tipo de vínculos entre determinado tipo de hechos pre-jurídicos. Esta estipulación postula una versión de vínculos que puede coincidir o no con otras versiones de vínculos entre los mismos, u otros hechos, la que también podrían ser socialmente aceptadas. En cualquier caso, la estipulación judicial de esos vínculos constituye el núcleo del relato del conflicto judicial, reflejado en la *litis*.

En los litigios que distinguimos como estructurales, los jueces suelen reconocer como causa fuente de la violación de derechos a, por ejemplo, una regla jurídica, una política institucional compuesta de múltiples prácticas, y/o a una condición o situación social. De acuerdo a los términos de la teoría tradicional, el vínculo causal en estos casos se presenta a veces de manera mediata y hasta remota, difusa, multifacética e incluso múltiple. Es más, no siempre los antecedentes causales son subjetivamente atribuibles a un productor/causante, y puede ocurrir que quien sufre las consecuencias causales haya también contribuido en su producción.²⁴ He aquí el carácter predominantemente complejo de la causalidad estructural.

causal adecuada, fundada en la previsibilidad de los resultados en relación a la acción, a la que se la caracteriza como criterio de "idoneidad". Esto supone, en cierta medida, el abandono del objetivismo en materia causal y la adopción de los criterios típicamente realistas de cálculo de previsibilidad. Aun así, persisten desacuerdos sobre si la previsibilidad debe ser subjetiva (aquello que el autor prevé, en orden a mantener el mayor individualismo causal) u objetiva (lo previsible según el normal curso de las cosas, lo que reacomoda la idea cerca del objetivismo de la causa). Este último debate, a pesar de su importancia liminar para la teoría del derecho, impacta poco en las consideraciones que aquí nos interesan, y por eso quedó recluido a esta nota. Sólo será tenido en cuenta a los fines de entender el alcance canónico dado a algunos conceptos como "causas remotas", "causa próxima o inmediata" o "multicausalidad."

24 Para Carlos Rosenkrantz, el hecho relevante que permite identificar una causalidad social radica en que las acciones de los causantes no sean identificables o distinguibles, y en que la acción (no identificable) de la víctima hubiera contribuido en la producción del daño. Siguiendo esa línea, el autor distingue luego la causalidad institucional, como una causalidad residual, que no es individual ni social. Rosenkrantz, Carlos (2005) "Introducción. La justicia correctiva y la responsabilidad extracontractual: donde la filosofía del Derecho y la Economía se encuentran", en Rosenkrantz, Carlos (compilador) *La responsabilidad extracontractual* (Barcelona: Gedisa).

Aunque Rosenkrantz está pensando desde el marco del derecho de daños, y considerando los debates sobre responsabilidad extracontractual, no es ocioso señalar aquí que su noción de causalidad social no es directamente asimilable a la que voy a representar como causalidad estructural, sin que se establezcan algunas precisiones.

Los casos a los que me refiero reconocen como causas tanto a acciones distinguibles como no distinguibles entre sí, en las que la víctima o bien contribuye al resultado (ya sea de forma clara o difusa), o bien no lo hace. En definitiva, aunque las acciones que son condición del resultado pueden ser identificables, e incluso necesarias para que éste se produzca, será la subordinación de esas acciones a una estructura de causación (imbricación) la que vuelve irrelevante la eventual distinción o identificación de acciones como condiciones necesarias del resultado. En otras palabras, la no diferenciación de las acciones no es una cuestión de hecho, sino el producto de la estipulación legal que las invisibiliza.

Según puede observarse en varios de los casos de nuestra jurisprudencia, el juicio causal estructural privilegia la consideración en torno a la manera en que ciertos hechos complejos (imbricados) resultan la fuente de la vulneración de derechos o constituyen ellos mismos una violación de derechos, relegándose a un segundo plano consideraciones relativas a cómo las conductas humanas distinguibles causan, producen, o contribuyen de forma particularizada a la configuración de esos hechos. De esa manera, la causalidad estructural se vuelve, a veces, un incidente sin sujeto causante, o cuya relación con un sujeto o autor tiene una relevancia secundaria en la determinación del vínculo causal. Ello la asemeja, aunque sin asimilarla, a la atribución de responsabilidad objetiva o indirecta del derecho civil e, inclusive, a la responsabilidad por daños causados de manera involuntaria.

6. a. La directriz correctiva y distributiva como criterio de la causalidad estructural

Antes afirmé que en la causalidad estructural las conductas de los responsables tendrán una relevancia secundaria para la estipulación del vínculo causal, sean esas conductas distinguibles o no. Lo que argumentaré en lo que sigue, es que el agravio o daño en sí mismo contará, en cambio, como la circunstancia decisiva para la estipulación del vínculo causal.

59

Para entender mejor este planteo, es bueno echar mano de las explicaciones que López Olaciregui dio en 1978 al reflexionar sobre las razones para atribuir responsabilidad civil. El autor argentino explicaba que el ordenamiento jurídico puede tener en cuenta distintas circunstancias significativas para referirse al agravio relevante. Por un lado, aclara, el derecho puede referirse a “cómo fue causado el daño (daños injustamente causados o daños ilícitos)”²⁵; por otro lado, puede referirse a “cómo repercute el daño sobre aquel en quien cayó (daños injustamente sufridos)”²⁵.

La idea de causalidad estructural que aquí presento, como se verá, se encuentra más emparentada con la idea de causalidad social sostenida por Schuck, Peter H. (1991, 2005) “Dos cuestiones causales: daños masivos y causas sociales”, en Rosenkrantz, C. (comp.) *La responsabilidad extracontractual* (Barcelona: Gedisa), la que supone, en principio, simplemente apearse de la relevancia de la causa próxima, y admitir estipulaciones causales construidas a partir de causas sine qua non, aquellas que son necesarias para generar un daño o agravio. También, diría, es una idea que tolera y alberga la acepción de “causalidad múltiple” sostenida por los realistas (ver nota 15).

²⁵ López Olaciregui, José María (1978, 1999) “Esencia y Fundamento de la Responsabilidad Civil”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* (Buenos Aires: La Ley), Enero-Febrero 1999, pp. 165 y ss., N°s 3/17.

En esta distinción puede advertirse que la atribución de responsabilidad, basada en la primera circunstancia, deviene en una sanción por la ilicitud de la conducta, mientras que cuando se basa en la segunda, refleja esencialmente una preocupación por un resultado injusto.

Cuando el propósito es la sanción, o el reproche jurídico, parece razonable pensar que la idea de causación funcional a tal propósito será aquella asentada en una causa próxima, objetiva, individual y claramente identificable. Si, en cambio, se atribuye responsabilidad en atención a la injusticia de que alguien sufra determinado agravio, ya no es prioritario individualizar un autor y su acción. En este último caso, la atribución de responsabilidad bien podría estar guiada por criterios de rectificación de la injusticia o distribución de sus cargas.

Lo que interesa remarcar es que esas diferentes circunstancias tenidas en cuenta para la atribución de la responsabilidad legal, también determinan la forma que adquiere la causalidad legal, y viceversa.²⁶ En el particular caso de la causalidad estructural, ésta puede asentarse en aquellas circunstancias que determinan que un daño o agravio ha sido injustamente sufrido, es decir, en las circunstancias que definen al agravio en cuanto resultado (antes que en las circunstancias relativas al carácter de la conducta de un causante o autor del agravio).

60

La causalidad estructural supone, entonces, la estipulación de un vínculo causal guiado por consideraciones que no están subordinadas a metas sancionatorias, o de reproche moral de una acción individual o colectiva. Se prioriza, en cambio, la consideración de circunstancias relativas al resultado, a la definición del injusto en cuanto tal. Los antecedentes causales se presentan como un epifenómeno de ese

26 Hay una íntima relación entre las directivas que guían la atribución de responsabilidad, y los criterios que guían la estipulación de la causalidad legal. Esto es obvio cuando se observa que los casos paradigmáticos de la responsabilidad civil y penal se basan, en buena medida, en la responsabilidad causal: el homicida responsable es quien “causare” la muerte, el responsable de la contaminación es quien “contaminare”, y así sucesivamente. En la teoría tradicional del derecho argentino, la causalidad es un elemento esencial de la atribución de responsabilidad.

Moore señala que “las directrices principales del derecho penal (y, en menor medida, las del derecho de daños) apuntan al logro de una justicia retributiva y reparadora. Si eso es así, la responsabilidad penal y civil debe seguir a la responsabilidad moral, porque la justicia se logra sólo si quienes resultan moralmente responsables son quienes han de ser penados o quienes deben responder por los daños ocasionados. Si la responsabilidad moral depende en parte de la responsabilidad causal..., entonces “causa” debe significar en el derecho lo que significa en la moral” (Moore, M. S., 2011: 49). Para este autor, la responsabilidad está basada abiertamente en una idea de causalidad objetiva, en este caso, de causalidad moral, la que implica similares consideraciones (retributivas y reparadoras) que la determinación de responsabilidad.

injusto, los que se ligan a él en base a razones tanto correctivas (dirigidas a rectificar el resultado injusto), como a razones distributivas (orientadas a evitar que el daño sea cargado por quien no se lo merece).

Ciertos eventos, antecedentes, o condiciones *sine qua non* del agravio (condiciones necesarias aunque no suficientes para producir el resultado), ya sean próximos o remotos, individualizables o difusos, discretos o múltiples, serán identificados como causa/s del agravio. Esa identificación/estipulación se da no para sancionar, disuadir, o reprochar autorías, sino en vistas a satisfacer aspiraciones correctivas o distributivas.

6. b. Diferencias analíticas entre la causalidad bipolar y la causalidad estructural

I. El conflicto bipolar clásico, al que llamaremos caso 1, supone un accionar antijurídico que funciona como el eje de un vínculo causal simple, entre un agente y ciertas consecuencias. Un acto ilícito (en sentido amplio, comprendiendo también la omisión es el antecedente inmediato, suficiente y necesario de un resultado con el que se vincula de manera clara y unidireccional. Es el caso, por ejemplo, de una persona que deposita intencionalmente sustancias tóxicas en el vaso de agua de otra persona a punto de beber. Si esta actividad ilícita²⁷ es tomada como la circunstancia relevante para la atribución de responsabilidad, ella también será la circunstancia relevante para trazar el tipo de vínculo causal que explique esa atribución de responsabilidad.

61

En efecto, en ese tipo de vínculo, el carácter de la conducta (su ilicitud) funciona como “fuente” de la definición del agravio, determinando así una dinámica de matriz unidireccional. En otras palabras, buena parte de la injusticia (jurídicamente relevante) del agravio resulta de la dimensión de injusticia del accionar del agente.

Cuando es la conducta ilícita el epicentro causal, las directrices que guían las decisiones atributivas serán por lo general sancionatorias y/o retributivas. En tanto, la cadena de causación se racionaliza bajo el formato de un vínculo próximo, suficiente y unidireccional, que vincula a un agente con un resultado. En el cuadro que sigue se representa esa racionalización:

27 Utilizaré los términos ilicitud y antijuricidad como equivalentes, en el sentido de obrar *contrario al ordenamiento jurídico*. Reconozco que hay quienes han subrayado, como lo hace Jiménez de Asúa, que el término ilicitud sería más amplio que el de antijuricidad, en cuanto comprendería también a *lo contrario a la moral*. No es mi intención, aquí, valirme de ninguna distinción semejante.



A = Persona (agente)

B = Fuerza de A potencialmente dañosa (posesión y/o administración de sustancias tóxicas)

C = Conducta de A en el manejo de la fuerza B (volcamiento culpable de sustancias al vaso)

X = Hecho Dañoso (dimensión de la contaminación del agua aportada por C)

S = Saldo: Contaminación del agua, que resulta de sumar X, a otros factores que también podrían ser condición de la contaminación del agua.

La responsabilidad de A se limitará a la medida en que X contribuye a S (consecuencias).²⁸ Eventualmente, si C lo amerita (por ser una conducta dolosa, por ejemplo, o porque el agente tiene un deber especial de cuidado), X podría vincularse también a las consecuencias remotas o causales que así se imbrican en S. En efecto, la admisibilidad legal de causas remotas es también posible en los conflictos bipolares (no se trata de una prerrogativa de los casos estructurales), aunque ella depende de ciertas excepcionalidades del accionar ilícito (C)²⁹, y no de la particular injusticia del agravio.

62

Ahora bien, si los afectados por S fueran varias personas, todavía podríamos trazar un esquema causal como el presentado en el caso 1. En la medida en que el agravio sufrido por cada afectado sea distinguible, y su singularidad tenga un nexo individualizable con X (y, sobre todo, en la medida en que el eje de la construcción causal se asiente en la acción C como fuente) estaremos aún dentro de un relato causal con fisonomía de caso bipolar.

Un ejemplo de la jurisprudencia argentina lo muestra con claridad. Se trata de la causa “Defensoría de la Ciudad de Buenos Aires c. EDESUR S.A. s. Responsabilidad por Daños”. En ella, la Cámara interviniente atribuyó responsabilidad a EDESUR por los daños que causara a los ciudadanos de Buenos Aires un corte de energía que se extendió por dos días. Atribuida la responsabilidad, la Cámara ordenó que cada damnificado interesado demostrara, en un momento posterior, su daño concreto, individual y particularizado a los efectos de la compensación caso por caso.

²⁸ La idea de contribución, por supuesto, varía según que las concepciones jurídicas de causalidad sean objetivas, o bien se refieran a la previsibilidad. Este último es el caso de nuestro sistema jurídico: se entenderá que X contribuye a S, en la medida en que S sea una consecuencia previsible de X.

²⁹ En la versión original del Código Civil de Vélez Sarsfield, en el artículo 902, al autor de actos reprobados por las leyes se le imputaban, como castigo, daños “objetivamente imprevisibles y subjetivamente no previstos”. En la actualidad, en materia de mala praxis médica, parece plantearse alguna tendencia de compensar consecuencias que podrían ser vistas como imprevisibles (Ver Mosset de Iturraspe, Jorge (2004) “La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual”, en Revista Latinoamericana de Derecho Año I, número 1, enero-junio de 2004. pp. 357-380).

Puede notarse que el juicio de responsabilidad se basó exclusivamente en la determinación de la ilicitud del corte de energía. Se probó que el corte se debió a fallas en las instalaciones, las que generaron un incendio que inhabilitó los sistemas de transmisión de energía. No se probó, sin embargo, que esa falla se debiera a un caso fortuito, o al hecho de sabotaje de un tercero, y así se afirmó la posibilidad de atribuir legalmente el hecho a EDESUR.³⁰ De manera que, aún sin pruebas de agravios concretos (y sin siquiera especular demasiado sobre cuáles serían esos agravios) la Cámara responsabilizó a EDESUR basándose exclusivamente en la determinación del hecho dañoso: el corte de energía.

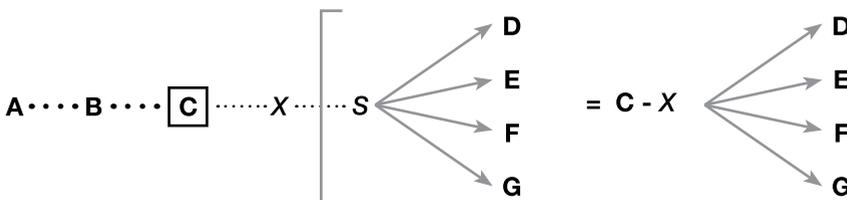
Aquí la conducta de EDESUR resultó menos relevante en razón de que su responsabilidad es objetiva, teniendo un deber de resultado en cuanto al servicio. Sin embargo, las relaciones individualizables que vinculan a A (en el caso EDESUR) por el injusto sufrido por otro/s (los ciudadanos que se quedaron sin energía eléctrica), seguirá estando limitada a los alcances de **X**, (el corte de energía). Además, el hecho dañoso (X) puede variar en cada una de las relaciones individuales, y ser afectado por otros elementos (por ejemplo, algún incumplimiento contractual por parte del usuario en relación a EDESUR, la existencia de culpa concurrente en el agraviado, etc.). En definitiva, los particularismos del caso crearán tantos nexos bipolares como agraviados se presenten.

63

El siguiente cuadro muestra en detalles la idea de múltiples relaciones causales que, sin embargo, siguen siendo bipolares (con un polo pasivo y otro activo). Ellas se desarrollan en un marco secuencial y unidireccional, generando las diversas litis que más arriba habían sido caracterizadas como “consorciales”.

Causalidad Bipolar (consorcial pasiva)

Extracto de la litis Bipolar (consorcial pasiva)



En el mismo sentido, el marco de la causalidad bipolar podría seguir siendo tal cuando varias personas (por ejemplo, A, H, J) con diferente potencial dañoso cada una de ellas (B, I, K), realizan distintas conductas (C, C¹, C²) configurando diversos hechos dañosos (X, X¹, X²), y contribuyendo, de manera individualizada, a causar un

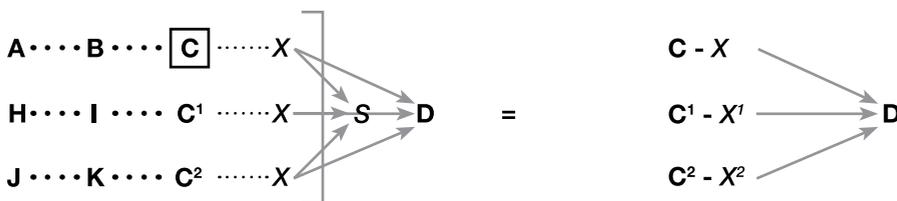
³⁰ De acuerdo al artículo 30 de la ley 24240 de Defensa del Consumidor, EDESUR se presume responsable porque la causa le es imputable. La empresa dispone de un plazo de treinta días, después del reclamo del usuario, para demostrar que la causa de la interrupción no le es imputable.

daño a D. Cada persona podría configurar vínculos causales del tipo analizado, en la medida en que sus acciones individuales sean distinguibles y sigan siendo la medida de su responsabilidad frente al agraviado. Nuevamente, habrá tantos hechos dañosos (X) como diferentes acciones determinantes y, por tanto, contribuciones diferenciales a S.³¹

En este esquema de causación secuencial podemos tener uno o varios “agentes activos” que activa/n o determina/n “las” consecuencias, las que van a recaer sobre un agente pasivo.

Causalidad Bipolar (consorcial activa)

Resumen lictis Bipolar (Consorcial activa)³²



II. Ahora bien, un caso diferente, al que podemos llamar caso 2, es el de la causalidad estructural. La causa *Mendoza* (2008), decidida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es un buen ejemplo de ello.

64

La circunstancia relevante para que la Corte atribuya responsabilidad en este caso no fueron una o varias acciones aislables como fuente de los hechos dañosos

31 Si se establece la responsabilidad indirecta de una empresa -por ejemplo, aunando las acciones contaminantes de sus empleados bajo el concepto único de “actividad contaminante de la empresa”-, todavía podríamos estar en el marco de un conflicto bipolar. La singular personalidad jurídica de la empresa, y la singularidad o distinción de la acción-actividad a ella atribuible, aún puede funcionar como el eje de un vínculo causal próximo, unidireccional y discreto.

32 Un caso que puede presentar alguna duda es cuando el consorcio activo está determinado por la ley, como ocurre con el artículo 40 de la ley 24240 establece que “[s]i el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena (modificado por ley 24.999).” En este caso, cuando se produce el litigio contra uno de los corresponsables solidarios, el caso es claramente bipolar, aunque el factor de atribución de la responsabilidad sea objetivo. Es igualmente bipolar cuando se demanda a todos los corresponsables en un consorcio activo. Ello es así en cuanto cada uno es responsable por el todo, pero su relación con el agravio es individualizable y divisible. De manera que puede librarse de responsabilidad probando que la causa del daño le ha sido ajena, o bien puede, después de responder por el todo, repetir de algún otro corresponsable cuya conducta se tenga por causa adecuada del daño.

(antecedentes), sino el resultado o consecuente (S¹). En efecto, el agravio al ambiente fue el eje de la atribución de responsabilidad y, por tanto, el eje de una determinación causal analíticamente diferente a la del caso 1.

Para dejar en claro la idea desde el comienzo: el caso 2 es un ejemplo de causalidad estructural, en primer lugar porque la contaminación de la cuenca (el resultado final) es el epicentro desde el cual se traza la causalidad. La pregunta atributiva inicial es, por tanto, ¿cómo repercute la contaminación sobre un bien público del que gozan millones de personas? Esta pregunta, que constituye el “agravio”, es fundante y antecede a otras preguntas del tipo ¿cómo esa contaminación fue causada por ciertas conductas?, o ¿en qué medida esas conductas han generado resultados particulares injustos?³³

Por supuesto que sin agravio no hay caso, ni siquiera en los casos bipolares. Pero la prelación del agravio a la que me refiero, no es la mera interpelación por una atribución de responsabilidad, sino el dominio del agravio, del proceso y lógicas de atribución de esa responsabilidad.

En la lógica de la atribución estructural, la medida del agravio (daño al bien público ambiente) no dependerá de las dimensiones de la ilicitud de la actividad de la empresa, o de la negligencia en el cuidado del estado, o de otras precisiones de la estirpe relativas a C1. Empero, será el agravio mismo el que funcionará como evidencia o presunción de que ciertas conductas (C1) actúan como condiciones vinculadas a él. Más aún, entre X1 y S1 habrá una relación de equivalencia. La distinción analítica entre el hecho de la contaminación y el resultado de la contaminación ya no tendrá relevancia jurídica: el hecho se asimilará al agravio.³⁴

65

33 Cuando, en 2006, la CSJN se declaró competente para decidir el caso *Mendoza*, no lo hizo en relación al particular pedido de los afectados (reparación de daños), sino en nombre del bien *público ambiente* que se veía afectado por la contaminación de la cuenca.

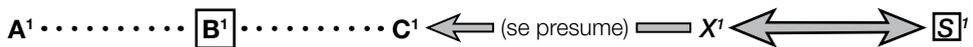
34 Los casos paradigmáticos son aquellos en los que las cortes declaran, por ejemplo, “un estado de cosas inconstitucional”, o bien relatan el conflicto en términos de la existencia de una “violación masiva” de derechos. En esta conceptualización se encierra la idea de que el hecho dañoso y el saldo o agravio resultan equivalentes. Más aún, son la base de la ilicitud o antijuridicidad que se juzga.

Podría pensarse que la concepción de causalidad estructural aquí postulada es sólo una forma elegante de referir al hecho de que el agravio es a un bien público o colectivo. Incluso, podría argüirse que el agravio a este tipo de bien lo que hace es volver irrelevante la cuestión causal. Más aún, la caracterización relevante de la causación estructural estaría determinada por la imposibilidad de realizar atribuciones individuales de responsabilidad, antes que por una forma de causación diferente o particularizada.

No tendría objeción a la observación, salvo por el hecho de que en términos prácticos la descripción que propongo tiene connotaciones diferentes. No se trata, como pareciera, de dos caras de la misma moneda. En efecto, no es lo mismo describir el lazo causal como una explicación “elegante” de lo que no se puede explicar causalmente por acciones individuales o individualizables

Finalmente, la irrelevancia de C1 tornará a B1 (la potencialidad dañosa) en el verdadero nexo entre A1 y X1-S1. Veamos un cuadro que intenta representar esta forma de racionalizar la causalidad estructural:

Caso 2 (Mendoza)



A¹= Podría tratarse de una empresa/un gobierno/un habitante costero, etc.

B¹= Fuerza de A¹ potencialmente dañosa (podría ser la producción de residuos tóxicos, el poder de policía, deber especial de cuidado, etc.)

C¹= Conducta de A¹ en el manejo de la fuerza (podrían ser vertimientos, control ineficiente, etc.)

X¹= Hecho Dañoso (contaminación de la Cuenca Matanza-Riachuelo – No depende de C, sino de S)

S¹= Saldo: Contaminación del río que resulta de una valuación autónoma (que no depende de la suma o sustracción de las condiciones de X).

Vale remarcar que cuando las circunstancias adjudicativas tienen como eje al agravio en cuanto resultado (S¹), la relación entre C¹, X¹ y S¹ se modifica. Si la cuenca está extraordinariamente contaminada (resultado S1), el hecho/proceso de la

(lo que sugeriría que ésta última forma de causación es la única válida), que describirlo como un lazo en el que acciones que podrían individualizarse o no, son invisibilizadas o subordinadas, en cuanto meras imbricaciones de un acontecimiento causal. Con la primer descripción, un litigante podría pretender desestabilizar la atribución de responsabilidad de algunos demandados por un agravio estructural, demostrando la posibilidad de atribución individual a otros, en relación a ciertas consecuencias sobre el agravio público. En el segundo caso, en cambio, lo que aquí llamo causalidad estructural, supone la exclusión de la crítica causal fundada en los términos tradicionales de la causalidad bipolar. De forma tal que cuando un litigante señala la posibilidad de atribuir a un individuo la causación del agravio público, con ello no excluye necesariamente la posibilidad de que esa causación pueda imbricarse en una explicación estructural que vincule a otros cuya acción, en cambio, no está claramente individualizada en términos de causación bipolar.

Otra observación que podría hacerse es en relación a la prelación de la pregunta sobre el agravio. Esta no sería una particularidad de la explicación causal estructural, ya que en todas las explicaciones causales primero se hace la pregunta sobre el agravio, en tanto no hay responsabilidad sin daño.

Esta observación sería cierta, pero me permito aclarar que lo que intento señalar en esta tesis no es que en los casos estructurales se empieza por preguntas diferentes a las de otros casos. Lo que afirmo es que en los casos estructurales ciertas respuestas a esas preguntas pueden ser elementos suficientes del juicio de responsabilidad, mientras que en la relación causal bipolar ellos no lo son, moviendo la atención prioritaria de la pregunta, hacia ciertas precondiciones, tales como la existencia de una relación próxima o adecuada entre la acción de un demandado y el agravio. Estas precondiciones hacen depender de ellas al juicio de responsabilidad (y de existencia de agravio). Lo que era una pregunta prioritaria, se transforma en una pregunta dependiente de otras. En tanto, al no existir tales precondiciones (relación adecuada, acción culpable, etc.) en relación al juicio sobre el agravio estructural, resulta elocuente que ese juicio tiene una capacidad autónoma (menos condicionada) para funcionar como eje de atribución de responsabilidad.

contaminación (X^1) es causalmente relevante no porque lo causó A^1 de forma ilícita y/o particularizada, sino porque S^1 es jurídicamente relevante *per se*. La potencia que determina X^1 vendrá de S^1 (se asimila a S^1), y no de C^1 .³⁵

Hay un caso de la jurisprudencia salteña que, de forma nítida, atestigua la lógica descrita. En la causa *Sisnero* (2009), la judicatura hizo responsable a todas las empresas que proveen el servicio de transporte público de la ciudad de Salta por discriminación de las mujeres en el acceso al empleo de conductoras de colectivos urbanos. La atribución de responsabilidad ocurrió sin que se probara un solo evento de selección arbitraria, o hubiera un reconocimiento de la empresa de su preferencia por los empleados de sexo masculino, y sin que fuese clara la existencia de otras mujeres (fuera de la demandante) que quisieran manejar colectivos. El juez entendió que existía un agravio relevante a partir de la consideración del hecho incontestado de que no había, ni nunca hubo, alguna mujer empleada por las empresas para conducir sus vehículos. El magistrado tomó ese dato y le imprimió la categoría de agravio, y a partir de allí sentenció que las circunstancias que pudieron haberlo determinado (sin explorar demasiado al respecto) lo constituían como un “hecho de discriminación”. En cuanto esas circunstancias estarían en la órbita de responsabilidad objetiva de las empresas, les atribuyó a ellas la responsabilidad por el hecho.

67

Lo interesante del caso es que la indagación crítica sobre las conductas individualizables de los empresarios nunca llegó a establecer un vínculo cierto con el agravio, ni mucho menos determinó algún ánimo subjetivo de los empresarios

³⁵ La centralidad del daño injustamente sufrido en la definición causal se vincula a diferentes cuestiones en el ámbito del derecho público, y en el ámbito del derecho privado.

En el derecho público, tiene que ver con la centralidad que ha adquirido en los sistemas jurídicos occidentales la teoría de los derechos y, en particular, la teoría de los derechos humanos. Muchos atribuyen esta tendencia a la creciente influencia del llamado neo-constitucionalismo (como doctrina inspiradora de varios sistemas constitucionales recientes del derecho continental). Sin embargo, similar preeminencia de los derechos puede advertirse en el derecho anglosajón norteamericano, el que -por otro lado- es marcadamente minimalista en el reconocimiento cuantitativo de derechos (en contraste con las tendencias neo-constitucionalistas).

En el derecho privado, la cuestión no se vincula a la teoría de los derechos, sino a la expansión de la doctrina de la equidad a través de diversos casos de autorías indirectas, daños involuntarios, etc. La preocupación por no llegar a resultados contrarios a las intuiciones de justicia, ha movido el acento desde la idea de daño injustamente causado, hacia la idea de daño sufrido injustamente (Ver López Olaciregui, José María (1978, 1999) “Esencia y Fundamento de la Responsabilidad Civil”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* (Buenos Aires: La Ley), Enero-Febrero 1999, pp. 165 y ss., N°s 3/17).

En definitiva, la centralidad de los derechos o de la injusticia del agravio nos sitúa en un escenario judicial en el que, muchas veces, nos enfrentamos a conflictos jurídicos (*litis*) definidas antes de haberse identificado actividades ilícitas/prohibidas/injustas *per se*.

en favor de los empleados de sexo masculino. Aun así, y guiado por el ánimo de corregir la situación y atribuir (distribuir) los costos de ello, el juez ordenó a las empresas que contraten mujeres hasta alcanzar un cupo del 30% de su planta, bajo la supervisión del organismo estatal de control de la actividad.³⁶

Nótese el cambio radical que hay en la explicación de la atribución de responsabilidad ofrecida por esta racionalidad causal. Cuando los conflictos jurídicos se definen a partir de la preocupación por evitar que persista un agravio, y/o que éste siga cargándose sobre ciertos sujetos, la configuración de la explicación causal se altera. Ello empieza a percibirse tan pronto como advertimos que la medida de la responsabilidad de los agentes causales no va a depender del carácter de sus conductas, sino de criterios correctivos y distributivos.³⁷

36 En otro lugar hemos subrayado la diferencia entre este caso y el caso Freddo (“Fundación Mujeres en Igualdad y otro v. Freddo S.A. s/ amparo” C. Nac. Civ., sala H, 16/12/2002) asentándonos precisamente en estas consideraciones. “Si se observa de cerca la resolución de la Cámara en el caso Freddo, se notara que pese a su abundante fundamentación, el eje del caso es la impugnación de la “conducta selectiva” (una decisión o una práctica), sobre la que se articula la doctrina de las “categorías sospechosas”, y en consecuencia, se invierte la carga de la prueba sobre los demandados... En el caso de las colectiveras (Sisnero Mirtha Graciela; Caliva, Lía Verónica; Bustamante, Sandra; Fundación Entre Mujeres c/ Tadelva S.R.L.; Ahynarca S.A.; Alto Molino S.R.L. y otros s/ Amparo” Sala V, de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Provincia de Salta, Dr. Mario D’ Jallad, 18 de noviembre de 2009) no se probó una “decisión” selectiva, como una conducta acaecida e individualizable... la decisión del juez salteño se fundó en el hecho de que en la nómina de personas que se desempeñan como chofer no surgía la existencia de “una, siquiera una mujer, que sea conductora de ómnibus”. Esta fue para el juez la evidencia más clara de un hecho discriminatorio, violento y repugnante a su concepción de igualdad... No necesitó el argumento de las categorías sospechosas para invertir la carga de la prueba, porque el hecho-resultado de la segregación era suficiente para presumir la discriminación, y así imponer en los demandados la carga de la prueba en contrario” Puga, Mariela y Otero, Romina (2010) “La justicia salteña y la inclusión de las mujeres en el mercado laboral: El caso Sisnero”, en Jurisprudencia Argentina, Número Especial: Discriminación. Fascículo 4. 2010-III (Buenos Aires: Abeledo Perrot pp. 84-85).

37 Es posible pensar que no hay un verdadero cambio en la lógica causal de responsabilidad, sino que, simplemente, estamos ante reglas probatorias diferentes. En este sentido, el reciente fallo de la CSJN en el caso “Sisnero”, citado más arriba, parece proponer este último relato.

La Corte argumenta que estando probado que “no existen mujeres contratadas y que dicha práctica se mantuvo aún después de las sucesivas postulaciones y reclamos por parte de Sisnero”, estamos ante un caso *prima facie* de discriminación, o específicamente, una presunción “de que las demandadas han incurrido en conductas y prácticas discriminatorias contra las mujeres en general y contra Sisnero, en particular.” De manera que en este relato de la Corte, la causalidad sigue siendo bipolar, sólo con reglas de prueba especial.

Tal relato tiene un claro punto débil. Si es difícil probar la “intencionalidad” discriminatoria, aún más difícil es probar la “intencionalidad” no discriminatoria ¿Cuál sería una defensa eficiente para las empresas? Ellas argumentaron que seleccionaron en base a ciertos criterios objetivos que expusieron, así como expusieron que Sisnero no los había alcanzado.

Si no hubiera una alternativa a esta respuesta, o si esa alternativa fuera realmente poco probable,

6. c. La lógica del vínculo estructural

Pensemos nuevamente el mismo caso 2, pero destacando ahora que A1 está compuesto por una variedad de sujetos: por un lado, las empresas, que son diferentes entre sí y contribuyen de diversas maneras a la contaminación; por otro lado, los gobiernos, a los que podríamos distinguir como A²; y, finalmente, los habitantes de las costas, que a los efectos del análisis llamaremos A³.

La fuerza dañosa de cada uno de ellos es diferente, y las conductas que han tenido en el manejo de la fuerza también lo son. Si bien todos han contribuido a la conformación del hecho dañoso X' (contaminación), no está claro en qué medida y de qué forma lo hizo cada uno. Tal vez podríamos individualizar algunas conductas, y fijar así la contribución específica al daño de alguno/s de los agentes causales; pero, en cualquier caso, las precisiones alcanzadas serían tan ínfimas como insignificantes para la cuestión global. Rápidamente advertiríamos que todas esas conductas, si bien son una condición necesaria del resultado, no son suficientes de manera independiente para producir los niveles de contaminación actuales. De manera que si lo que nos preocupa es atender a la injusticia que se refleja en la dimensión del agravio, antes que sancionar conductas, el camino aconsejable no parece ser el de escrutar las acciones individuales de los agentes activos.

69

Recordemos que en las empresas hay empleados que pudieron actuar con mayor negligencia que otros; que entre los habitantes costeros hay quienes pudieron realizar volcamientos intencionales, y otros que lo hicieron de manera accidental o involuntaria; que las distintas instancias de gobierno tienen diferentes deberes de control, y que los controles realizados por cada uno de ellos varían no sólo en calidad, circunspección y periodicidad, sino que también dependen de cuestiones coyunturales relativas a la mayor o menor dificultad opuesta al control.

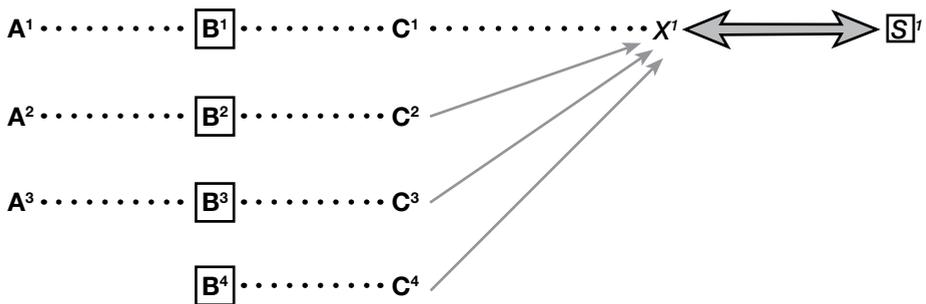
Todas las variantes que A puede ofrecer, reflejan un escenario al que la teoría califica de “multicausal”.³⁸ Cada uno de los agentes mencionados aporta conductas

habría que reconocer que antes que una regla de prueba particular, estamos ante a un modelo de atribución de responsabilidad diferente, basado en un relato causal particular. Es esto lo que se sostiene en este trabajo.

38 Hay una distinción esclarecedora sobre este tema, entre casos de sobredeterminación causal y casos de causas múltiples. Explica Moore que “En los últimos [causa múltiple] no hay un evento o estado que sea suficiente para producir el daño, porque más de un evento es individualmente necesario para producirlo. Esos conjuntos de condiciones individualmente necesarias y sólo conjuntamente suficientes, son muy frecuentes y bien podrían ser el tipo de caso más frecuente...” Moore, Michael S. (2011) Causalidad y Responsabilidad. Un ensayo sobre derecho, moral y

que son condiciones *sine qua non*, todas ellas necesarias, pero ninguna suficiente *per se* para conducir al resultado “S” (aunque alguna sea suficiente para producir cierto distinguible hecho dañoso). En el siguiente cuadro, podemos observar la persistencia del nexo causal típico del caso 2, pero ahora en este particular escenario de multicausalidad:

Multi-causalidad



X¹: Hecho dañoso (contaminación)

S¹: Saldo: Resultado o agravio al ambiente

70

A	B	C
Empresas	Producción de residuos industriales, tóxicos, no tóxicos, etc.	Vertido sistemático permitido, vertido sistemático prohibido, vertido sistemático no regulado, vertido doloso, vertido eventual, etc.
Habitantes costeros	Producción de residuos de viviendas degradables, no degradables, tóxicos, no tóxicos	Vertido permitido, prohibido y no regulado. Abandono de basura en las costas, etc.
Gobiernos involucrados	Poder de policía sanitario, y ambiental, gestión de residuos urbanos, etc.	Vigilancia permanente, esporádica, recolección de basura, actividades de saneamiento, etc.
Delinquentes ambientales no identificados	Posesión de productos químicos y patógenos.	Vertido doloso con fines terroristas, o simplemente de eliminación a bajo costo de residuos peligrosos.

metafísica (Buenos Aires: Marcial Pons, nota 16). En los casos de sobredeterminación “hay más de un conjunto de condiciones suficiente para producir el daño, en cuyo caso ningún conjunto es necesario para la ocurrencia del daño”.

Las distintas versiones de “A” se nos presentan como parte de un polo causal aglutinado o determinado a partir de X^1 - \boxed{S}^1 . Cada versión de A-B-C no será relevante jurídicamente, sino en cuanto se integre como una parte del conjunto imbricado de agencias vinculadas a X^1 . **La lógica que imbrica a los polos causales, es decir, la lógica que los estructura a partir de un hecho dañoso, es precisamente la que caracteriza a la causalidad estructural.** En ella, el hecho dañoso (X^1) siempre es uno solo, no se divide conforme al carácter y distinciones de las acciones del polo activo (ni del polo pasivo), sino que se convierte en su eje estructurante.

La pretensión del ordenamiento jurídico al atribuir responsabilidad entre cualquiera de las versiones de A^1 , y el resultado S^1 , ya no radica en sancionar la injusticia de C^1 (sea cual sea su versión), sino en distribuir los costos del resultado S^1 entre quienes contribuyen a X^1 , o bien rectificar S^1 , obligando a los contribuyentes de X^1 a remediar S^1 .³⁹

39 Florencia Pasquale, becaria del CONICET, planteó incisivos interrogantes a la primer parte de este enunciado. Dice, “[s]i ya no importa la sanción de la injusticia, sino solo distribuir los costos de los resultados, ¿Podrían las empresas en el caso Mendoza contratar un “seguro ambiental” que los cubra en un futuro caso de contaminación y seguir contaminando sin ningún tipo de reproche jurídico? (suponiendo claro que contaminar el agua no fuera una conducta prohibida por la ley) O sea, ¿podrían contaminar con la condición de luego remediar el daño? Este tipo de lógica en lo ambiental me remite a la concepción del “autocontrol empresario del riesgo”. Postura que considero es criticable por diluir el rol estatal y derivarla exclusivamente al sector privado.” (La cita textual es de un e-mail que me enviara el 8 de febrero de 2013. Pasquale me planteó en extenso sus dudas sobre el tipo de incentivos que generaría una visión estructural o sistémica de la atribución de responsabilidad, en una reunión que tuviéramos unos días antes, las que agradezco profundamente).

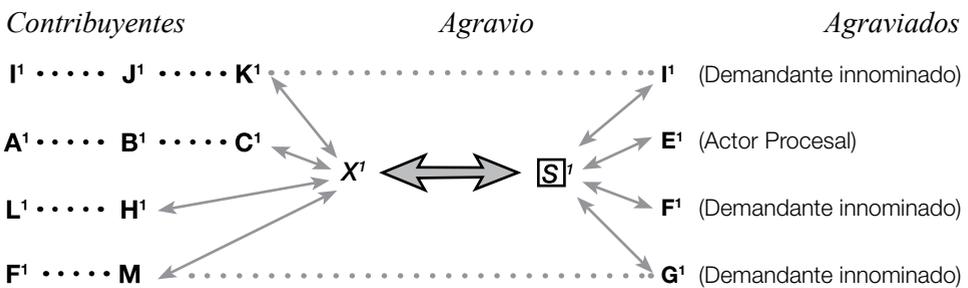
Creo que el planteo de Pasquale es acertado en buena medida. Es posible que la atribución de responsabilidad estructural genere incentivos como el que ella describe, y que se private, en buena medida, el control de riesgos impuestos por privados. Pero ella considera además que esto sería asimilable al modelo bipolar privatista que asumía que “los arreglos socio-económicos resultarían de la actividad autónoma de los individuos”. En esto último no estoy de acuerdo.

El modelo estructural no diluye la participación ni de particulares ni del estado, sino que las convierte en jurídicamente relevantes a partir de su participación en lógicas sistémicas, estructurales, rutinarias o burocratizadas, descartando el visualizarlas como meras transacciones bilaterales aisladas. El modelo estructural no es esencialmente estatista o privatista, sino una forma de visualizar conflictos que no es bilateral, sino como partes de un escenario más amplio.

El interrogante de Pasquale me obliga, sin embargo, a ser más explícita respecto al lugar que pretendo ocupe la metáfora de lo estructural en el sistema jurídico. No intento excluir o reemplazar con ella ni al sistema penal ni, mucho menos, al sistema de reparación civil. Creo que la inculpación y la retribución pueden seguir siendo perfectamente el leitmotiv de la atribución de responsabilidad penal, y la medida de la reparación civil. Pero a los fines de pensar el “futuro”, o cómo “recomponemos”, “detenemos”, “corregimos” la contaminación, por ejemplo, lo mejor que podemos hacer es librarnos de las metáforas inculpatorias y retributivas, y liberar al sistema de atribución de responsabilidad de las censuras epistémicas y pragmáticas que ellos imponen.

Finalmente, si se alambica del mismo modo el otro polo causal, nos encontramos con un panorama similar, y una lógica equivalente. En efecto, si por ejemplo el sufrimiento de las familias que viven a la vera del Riachuelo hubiera sido definido como violación del derecho a la salud de un colectivo (en lugar de violación al medio ambiente sano), el vínculo causal seguiría determinado por la fuerza y/o carácter de los resultados o agravios (S¹). La medida del interés de los agraviados estará subordinada (como en el puente de Fuller) a la definición del interés colectivo en la salud comunitaria como un todo. En el siguiente cuadro se representa la forma en que ambos polos resultan imbricados a partir de la definición del resultado-agravio (salud comunitaria dañada) y del hecho dañoso-causa (la contaminación). Ambos son equivalentes, en el sentido de que no hay resultados/agravios que no sean en sí hechos dañosos, y viceversa.

Caso 2: Conflicto Estructural multi-causal y colectivo



72

Es interesante notar que los agraviados (en un modelo de causalidad estructural) podrían haber contribuido ellos mismos al resultado, al no tener el suficiente cuidado del ambiente, o contaminándolo ocasionalmente (F1, por ejemplo), sin que ello interrumpa la atribución causal de responsabilidad a otros, ni los prive de su carácter de agraviados.

Puede observarse, además, que ha quedado muy debilitada la imagen de una secuencia causal unidireccional que se exponía en el caso 1. Estamos más bien cerca de un cuadro causal cíclico, yuxtapuesto, y/o multidireccional.

Lo cíclico del panorama permite concebir la existencia de distintos “efectos rebote” que moldean las conductas de agentes situados tanto en el (supuesto) polo activo, como en el (supuesto) polo pasivo. Si se reflexiona con cuidado, puede advertirse que la relación de las víctimas de contaminación del Riachuelo con esa contaminación ya no será meramente pasiva. Los hechos dañosos moldearán de diferente manera sus conductas de cuidado, las que serán, en definitiva, de tolerancia/

contribución al agravio ambiental. De la misma manera, el hecho dañoso moldeará las conductas del gobierno y las empresas en el manejo de su fuerza dañadora, es decir, en el ejercicio del poder de policía y los vertimientos. Podrían observarse relajamientos en el cuidado, y en consecuencia, aumento de los vertimientos, en una situación que adquiere el carácter de un “círculo vicioso”: dado que el Riachuelo se halla en condiciones deplorables, los nuevos excesos parecerían justificarse apelando al hecho de que no se daña un recurso valioso, siendo difícil calificar de ilícito algo que muchos llevan a cabo desde largo tiempo atrás, con la anuencia del Estado.

En fin, la consumación persistente del agravio (en el tiempo, o entre muchas personas) naturaliza las acciones que contribuyen a él, y complejiza así el juicio de autoría negligente o incluso ilegal sobre esas acciones, volviéndolas una medida inadecuada para determinar la existencia de un agravio o para construir un juicio de responsabilidad. En consecuencia, el responsable y sus conductas, al igual que la víctima y su vínculo con el daño, se nos presentan como elementos demasiado inestables, y de muy baja autonomía, como para servir de base a la definición causal y a la atribución de responsabilidad.

Como puede verse, los “efectos rebote” impactan, además, en la vulnerabilidad de los bienes jurídicamente protegidos, la que varía durante el ciclo causal y determina modificaciones en los deberes de cuidado y en la gestión de la potencialidad dañosa.

73

En definitiva, el caso 2 que analizamos, con sus multicausalidades y afectados colectivos, se nos representa ya no como un “evento causal”, sino como un “proceso causal”. No es un incidente discreto del pasado, que rescatamos del olvido a través de una reconstrucción que racionaliza causalidades. Más bien estamos ante un ciclo causal que bien podría estar aun transcurriendo al momento de ser juzgado, y que, por tanto, compromete la decisión del juzgador de otra manera. En efecto, al racionalizar la causalidad del evento, no sólo son explicados los sucesos que van a juzgarse, sino que también se dimensiona el desafío concreto hacia el futuro que resulta de interrumpir ese proceso causal, o rectificarlo.

En términos procesales ello resulta relevante para advertir la particular pertinencia de las acciones inhibitorias en estos casos (las que intenten detener y/o revertir procesos causales). Las acciones de amparo o de recomposición ambiental, por ejemplo, son herramientas útiles para afrontar este tipo de procesos en un sentido correctivo amplio: deteniéndolo y revirtiéndolo. No ocurre así con las acciones meramente retributivas o sancionatorias, que se asientan en un juicio sobre ciertas conductas, y buscan el reproche o la inculpación, dejando de lado las explicaciones causales que ayudarían a corregir o revertir el agravio.

6. d. Recapitulando sobre la causalidad estructural

La causalidad estructural supone que la matriz de la atribución causal se localiza en las dimensiones de injusticia del agravio, antes que en la/s conducta/s agravante/s. El propósito del ordenamiento jurídico es atender al agravio (corregirlo, detenerlo, distribuirlo) antes que disuadir las conductas que lo provocan a través del reproche y la sanción. En razón de ello, el agravio en sí deviene hecho dañoso o injusto, y el hecho reprochable por el ordenamiento jurídico no es otro que la situación de agravio ($X^1=S^1$).

En este contexto, la racionalidad causal ya no se presenta como un evento secuencial y discreto, con agentes y acciones claramente distinguibles, sino como un evento complejo, por la imbricación de agencias y/o agredidos en estructuras situadas en los polos de la relación causal. Lo que caracteriza a la causalidad estructural es, precisamente, dicha lógica de imbricación en estas estructuras que se conectan a partir de la matriz ($X^1=S^1$).

En efecto, en la causalidad estructural el hecho dañoso, que es también el único agravio, es el que determina cuáles antecedentes serán tenidos como *contribuciones al daño*, pero también el que define quiénes serán considerados agraviados.

74

En términos más llanos, allí donde se identifiquen intereses que participen de un interés compartido con otros, tendremos un síntoma claro de un agravio común. Si ese agravio es tomado como el consecuente jurídicamente relevante desde el cual se racionaliza la atribución de responsabilidad y se define el interés de los afectados (subordinados a él), quedará instaurada una lógica de imbricación que dará espacio, sin lugar a dudas, a una relación causal estructural. En igual sentido, allí donde el antecedente jurídicamente relevante imbrique o estructure participaciones activas a partir de un hecho dañoso común, la asimilación de este hecho con el agravio aparece como una clara evidencia de que nos hallamos frente a un litigio estructural.⁴⁰

40 Desde el momento en que la responsabilidad objetiva supone, por lo general, un vínculo causal reconstruido a partir de la prioritaria definición del agravio, el lector empático podría preguntarse: ¿todo caso de responsabilidad objetiva por imposición de un riesgo sería, entonces, un caso estructural? Quien impone el riesgo se vincula al agravio como si fuera un epifenómeno del hecho agravante. Por lo tanto, ¿será éste un ejemplo de instauración de la lógica de imbricación señalada?

Debo responder negativamente a estas preguntas.

Es verdad que la lógica de imbricación estructural que me interesa supone constituir como eje de la causalidad al agravio o hecho dañoso (que en estos casos son equivalentes), y vincular la contribución o padecimiento de los agentes activos o pasivos como epifenómenos de ese agravio. Esto claramente ocurre en el caso del responsable objetivo (ya sea por el riesgo de la cosa, o de las actividades que la ley le imputa bajo su círculo de responsabilidad). Sin embargo, para que se trate de un caso estructural, no basta con que la lógica de imbricación causal esté instalada de hecho, o

7. El carácter del caso estructural

La *litis* estructural, entonces, será aquella en la que se retrata un conflicto poli-céntrico, el que es analíticamente racionalizado a través de vínculos causales como los detallados en el apartado anterior. Con una lógica causal dominada por la caracterización del agravio, y por un agravio que imbrica intereses de agentes pasivos y/o activos.

Esta particular *litis* o caso policéntrico, imprime también una singular dinámica al proceso judicial, con diferencias sustantivas con aquella que caracteriza los litigios bipolares y que nos resulta más conocida. En este apartado me referiré tanto a las particularidades de aquella dinámica, que le dan un particular “carácter” al litigio estructural.

Para exponerlo en pocas palabras, diría que cuando la *litis* es estructural se observa una clara subversión del carácter *adversarial* del litigio, que el juez adquiere una centralidad inusual en la incitación del trámite, y sus decisiones se justifican desde una perspectiva regulativa antes que meramente arbitral. Esto se explica por los mismos rasgos definitorios del litigio estructural que venimos señalando.

En efecto, el alejamiento de los principios procesales dispositivos y de congruencia deja espacio para situar al juez en un lugar explícitamente protagónico en la construcción de la *litis*. La renuncia al reproche o inculpación de conductas, así como la complejidad o multiplicidad en la explicación causal, disminuye las motivaciones y las instancias usuales para que las partes controvertan o confronten.⁴¹ Por otro

75

en potencia. Es necesario que, efectivamente, se imbriquen o acumulen agentes activos o pasivos en la producción de un solo hecho. Es imprescindible que se forme una estructura imbricada.

En otras palabras, el responsable objetivo debe funcionar en el marco de la multicausalidad, de manera de no individualizar su contribución al hecho dañoso tiéndolo con su propia individualidad (o bien debería existir una imbricación pasiva). Para que tengamos el fenómeno de la causalidad estructural que nos interesa escrutar, no basta con que el agravio sea la matriz de la determinación causal, sino que es necesario que se produzca una imbricación agencial en alguno o en ambos polos de la relación causal.

41 Esto no quiere decir que los litigantes abandonen la actitud confrontativa. El hábito de los abogados es adversarial, y sus instintos y destrezas están predominantemente orientados en ese sentido. Lo que quiero decir con “baja adversarialidad” es que esos instintos se canalizan, ahora, sobre ejes irrelevantes del proceso.

Los ejes tradicionalmente centrales del proceso, tal, la existencia de los hechos o su calificación jurídica; en el litigio estructural suelen permanecer fuera de discusión en la controversia estructural. Pueden verse evidencias sobre este asunto en los detalles de los casos *Verbitsky* y *Mendoza*, dados en mi trabajo “La realización de los derechos en casos estructurales”. Puga, Mariela (2008) “La realización de los derechos en casos estructurales: Las causas Verbitsky y Mendoza”, en Publicaciones de la Universidad de Palermo.

lado, el alejamiento del principio *inter aleas*, bajo la directriz motora de corregir el agravio o sus efectos, expone la discrecionalidad del juez a tal punto que lo obliga a fundar sus decisiones en argumentos distributivos o de justicia correctiva, antes que en apreciaciones conmutativas o retributivas.

Por otro parte, la mirada hacia el futuro de la decisión, la que se instancia en explicaciones de causalidades imbricadas y propósitos de justicia correctiva o distributiva, impone formas de fundar el resolutorio que le son peculiares. Las experiencias más sobresalientes de nuestra jurisprudencia permiten advertir que los litigios estructurales, lejos de plantearse como una competencia de suma cero entre dos polos enfrentados, tienden a estar entretejidos por acuerdos y confluencias entre las partes procesales, tanto en relación a los hechos, como a los ejes multicausales que estructuran la *litis*. Así que, lejos de encontrarnos con un juez árbitro entre dos versiones opuestas del conflicto, en los casos estructurales los jueces asumen una participación activa en el procedimiento, organizando, guiando y hasta facilitando el debate,⁴² cuando no imponiendo ya antes de la sentencia una versión del problema a debatir.

76 En fin, cuando el debate no está guiado por una animosidad *adversarial*, y el juez se transforma en su principal articulador, el fin del proceso ya no es el de calificar o juzgar sucesos sino el de explicarlos, para conocerlos, y sobre todo, para poder debatir alguna de sus soluciones. El proceso judicial adquiere así, un tinte más epistémico que competitivo. La prioridad de conocer y explicar cierto fenómeno de la realidad se impone como desafío, por encima de la exigencia de acreditar hechos que inculpen al adversario, o exculpen de acusaciones. Las audiencias, las convocatorias a expertos, la participación de terceros, responden en parte a este carácter epistémico-pragmático del litigio estructural. El rol del juez, por lo tanto, se acerca al perfil de un administrador que intenta definir con claridad un problema para poder afrontarlo o gestionar su corrección.

Menos preocupado por determinar a quién darle la razón, o a quién reprocharle una conducta, el decisorio estructural se empeña en encontrar *pautas* regulatorias a una situación que imbrica de formas complejas diversos intereses, y a la que se intenta modificar.

Es importante notar que, aunque la consigna bajo la que actúa el juez se presente como un intento de “vindicar” objetivos de política constitucional o legislativa, ella no es una instancia meramente declarativa. En los hechos, supone instaurar políticas

42 Véase Puga, Mariela (2008) “La realización de los derechos en casos estructurales: Las causas Verbitsky y Mendoza”, en Publicaciones de la Universidad de Palermo.

y articulaciones regulativas dirigidas a modificar la situación de agravio estructural.

Abram Chayes (1976) refiere a esta nueva tendencia en los casos judiciales como “un reflejo de nuestra creciente conciencia de que un montón de interacciones públicas y privadas importantes –quizás las más importantes en la definición de las condiciones y oportunidades de vida de la mayoría de la gente– se gestionan sobre bases rutinarias o burocratizadas y no pueden ya ser visualizadas como transacciones bilaterales entre individuos privados”.⁴³

Chayes explica que estos casos son parte de un nuevo modelo de acción judicial basado en derechos públicos, que refleja una visión diferente de la sociedad. El clásico modelo bipolar representaba a la visión de fines del siglo diecinueve, que asumía que la mayoría de los arreglos socio-económicos resultarían de la actividad autónoma de los individuos; el derecho, en esta perspectiva, estaba destinado a regular esa interacción de manera justa. Pero en los tiempos que siguieron, surgió una abundante *legislación dirigida explícitamente a modificar y regular los arreglos socioeconómicos básicos de la comunidad*, al mismo tiempo que se convertían en urgentes e innegables, las consecuencias políticas de la revisión judicial de dichas leyes.⁴⁴

77

La prevalencia de la evaluación regulativa por encima de la evaluación arbitral (la que sólo se preocupa por escuchar y atribuir la razón a uno de los polos de la litis) aporta a la dinámica de construcción del caso estructural otro carácter peculiar: acentúa la mirada *prospectiva* o a futuro, sobre la mirada retrospectiva centrada en las particularidades de un evento causal pasado. Así, cuestiones como las consecuencias políticas (regulativas) de la decisión judicial empiezan a jugar un rol preponderante, como razón y argumento de las decisiones. En este marco, los argumentos consecuencialistas se transforman en la base de las pretensiones regulativas de las sentencias estructurales (Ver en particular los argumentos de los casos fallados por la Corte Suprema en relación a la constitucionalidad de penar el consumo de estupefacientes en el código penal). En efecto, cuando la cuestión regulativa ocupa buena parte del análisis del decisor, las consideraciones *predictivas* acerca del impacto simbólico y práctico de la regla judicial (propias

43 Chayes, Abram (1976) “The role of the judge in public law litigation”, 89 Harvard Law Review 1281. p. 6. La traducción es propia.

44 Entiendo que las reflexiones de Chayes vinculan el litigio estructural con el desarrollo del estado intervencionista o benefactor, en particular con las políticas relacionadas al programa de New Deal, promovidas en los Estados Unidos en la década de 1930. Desde ese marco histórico y contextual, el litigio estructural está siempre relacionado al estado, a políticas legislativas, y a derechos públicos relativos a ellas.

de la justificación del remedio) se anticipan, y se presentan como lógicamente necesarias para justificar la decisión de fondo.

7.1. Un ejemplo

Un ejemplo hipotético, similar a uno proporcionado por Owen Fiss, ayuda a ver nítidamente algunas de las aristas de este particular carácter del proceso estructural: Supongamos que nos hallamos frente a una práctica extendida y probada de brutalidad policial en una jurisdicción determinada. Algunas víctimas alegan el daño específico que le fue causado por determinadas acciones de violencia, desarrolladas por ciertos oficiales de policía. La pretensión de las víctimas es que se reparen los daños individuales sufridos, por lo cual sindicaron como causa de sus agravios a la conducta específica ejercida contra ellos por parte de ciertos individuos, quienes serán así los *causantes* del incidente dañoso.

Siempre que el incidente causal sea individualizable de esta manera, la “autoría” se convierte en el centro de la definición de la *litis*, y la subjetividad del causante (dolosa o culposa), junto a la ilegalidad objetiva de su acción, será la medida del reproche. El remedio judicial que resulte del decisorio no podrá exceder las dimensiones de ese juicio de reproche; es decir, sólo podrá ser reparado aquello que resulte vinculado o atribuible a la conducta individualizada de los agentes de policía.

78

Es obvio que el relato de este caso se presenta como típicamente bipolar, y la relación causal es unidireccional, discreta e individualizable, definida a partir de la ilicitud de la conducta de los policías. Pero también resulta obvio, que el carácter del litigio será probablemente muy *adversarial*. En ese marco, la tendencia estándar de los demandados se dirigirá a negar las conductas que se le atribuyen, o bien la calificación legal que de ellas propone el demandante. A los fines de la construcción de la *litis*, la evaluación de los tribunales será predominantemente “retrospectiva”, observando qué sucedió exactamente en el pasado, y haciendo depender de ese juicio su decisión. Sin embargo, el juez no irá mucho más lejos de lo que prueben y aleguen las partes al respecto. Su preocupación dominante será la de ser justo con ellos. El decisorio se concentrará en arbitrar entre las diferentes versiones sobre los hechos y el derecho, y tenderá a fundarse en la inculpación o exculpación.

Ahora bien, lo interesante del ejemplo de Fiss (parecido al presente) es que muestra cómo el mismo caso puede definirse de manera diferente, cambiando radicalmente la dinámica del proceso. En efecto, podría identificarse como causa legal a la *práctica sistémica* de brutalidad policial. En ella, las acciones de los mismos policías del caso anterior quedarían imbricadas en esa definición más

amplia de la causa, y las peculiaridades de su accionar ya no serían tan relevantes. La práctica sistémica puede presentarse como la *condición o situación* que es (en sí misma) un agravio, el que victimiza a numerosos afectados (cuyos intereses son así imbricados en este relato). Aquí el perfil del caso es diferente, dado que nos hallamos ante uno de carácter policéntrico o estructural.

En este nuevo marco de definición de la *litis*, la directriz que guía la explicación jurídica del conflicto es la injusticia de la “situación de brutalidad policial” presente, e incluso la amenaza de que ésta continúe en el futuro. Aunque estemos en el marco de un litigio, éste no deja de ser un problema que impone al sentido común la prioridad de su gestión, más allá de su calificación legal. La evaluación jurídica y la inculpación por los resultados son tareas que deben llevarse adelante, pero mientras tanto, el juez está siendo desafiado por la apremiante necesidad pragmática de modificar la situación.

Pronto se advierte que los afectados, o potenciales afectados por esa práctica, tendrán un interés aceptable en el proceso, en la medida en que participen del fin de la eliminación del agravio como tal (en cuanto práctica sistémica) antes que en el reproche a un individuo o individuos en particular. Esto no quiere decir que no tengan pretensiones de usar la fuerza coactiva del estado hacia los responsables, pero su participación procesal será relevante en la medida en que se represente guiada por fines correctivos o de justicia distributiva. (Sus pretensiones retributivas particulares deberán conducirse por otros medios: los canales bipolares de la denuncia penal o el juicio de daños y perjuicios).

79

De ese modo, la responsabilidad no se atribuirá de manera individualizada y conforme a la reprochabilidad de ciertas conductas que, aunque necesarias, no resultan suficientes para determinar la práctica dañosa. Debido a esto, la tarea “defensiva” de los demandados será bastante relajada. Por lo general, serán los órganos superiores (usualmente, el comisario y/o el Ministerio de Justicia y Seguridad) quienes responderán por la práctica imbricada bajo la órbita de su responsabilidad. No estará en juego una verdadera “inculpación”, sino más bien el “prestigio” o “crédito” de los responsables, o de la institución en la que su práctica se imbrica. Los ejes de la poca adversarialidad en juego ya no serán ni los hechos, ni la calificación jurídica. La tensión, si existe, será más sutil y encubierta entre quienes ven a la contraparte como un medio para sus fines correctivos (los demandantes), y quienes se preocupan por sostener su crédito -y hasta su autoridad- sobre la práctica o política calificada en sí misma de agravio.

Si los actores involucrados funcionan conforme a esa caracterización, es claro que hay pocos incentivos para mantener una adversarialidad fuerte; el acercamiento

y el acuerdo resulta atractivo entre ellos. Las oportunidades para que se relacionen de forma colaborativa, en vez de confrontativa, pueden acrecentarse a lo largo del proceso. Al demandando le interesará desplazarse del blanco del reproche y sostener el rol de autoridad (ahora “reformadora”), mientras que el demandante necesitará de las competencias regulativas del demandado para que las cosas realmente cambien.

La mirada prospectiva, dirigida hacia el futuro y con pretensiones de modificar un *status quo* violatorio de derechos, incentivará el desplazamiento de la controversia desde el campo del *por qué* de la decisión, hacia el campo del cómo de la implementación de la misma.

En síntesis, el caso estructural reúne las siguientes características: baja adversarialidad, protagonismo del juez, decisiones regulativas, juicios fundados en argumentos prospectivos y de justicia correctiva y distributiva, y decisorios poco controvertidos en sus fundamentos, pero pasibles de controversias en sus aspiraciones prácticas (el *cómo*).

En fin, se trata de una nueva metáfora del proceso. Una metáfora que es posible parafrasear como lo hice en este apartado, y cuya distinción o carácter alternativo a la metáfora bipolar es difícil de ignorar.

80

Podemos ubicarla como una nueva categoría de litigio, a la que cuestionar desde la santidad otorgada al léxico del litigio bipolar, o bien, podemos empezar a pensar en la creación gradual de un léxico alternativo. Se trata, en definitiva, de pensar en la aparición de una nueva lexicografía jurídica que, tal vez, estén destinadas a ocupar el lugar de las viejas.

8. Recapitulación

En este trabajo empecé a aislar la idea de litigio estructural, examinándola en varias de sus peculiaridades. Analicé tres de los siete elementos típicos con los que se la suele identificar: la multiplicidad de actores procesales (demandantes nominados), la existencia de afectados por fuera del proceso (demandantes innominados), y la causalidad estructural. Descarté al primer elemento como definitorio de la idea, y examiné, con detenimiento, los otros dos.

El examen permitió arribar a varias distinciones relevantes entre el litigio estructural, en cuanto caso policéntrico, y el litigio tradicional o bipolar. Esto me permitió acercarme a las relaciones y distancias que se presentan entre los conceptos de litigio estructural y de procesos colectivos e individuales, y, finalmente, estipular

algunas precisiones sobre las particularidades del vínculo causal estructural, y el carácter diferencial de las dinámicas en los litigios estructurales.

Respecto a la primera cuestión, presenté a la causalidad estructural como el resultado de una lógica de imbricación o vínculo de intereses que tiene como epicentro a la definición del agravio, y como criterios rectores a pretensiones correctivas y distributivas. Esta lógica de imbricación navega entre lo que la teoría causal tradicional calificaría de conexiones remotas y multicausalidad, aunque el relato causal suele presentarse con fisonomías multifacéticas. Además, señalé que en la medida en que la imbricación se amplía personal, espacial y/o temporalmente, el evento causal tiende a verse como un proceso en movimiento, antes que como un evento discreto al que el juicio del decisor disecciona y califica.

Respecto a la particular dinámica del litigio, se destacó su carácter de baja adversarialidad o, más bien, de relajamiento de los tradicionales ejes adversariales (tales como el de la determinación de los hechos). También se subrayó el gran protagonismo procesal del juez, en un escenario similar al de la gestión de un problema, antes que al de una confrontación bipolar sobre hechos y calificaciones jurídicas. Las partes encuentran, así, particulares incentivos para acercarse entre ellas, en vez de confrontar.

81

9. Conclusión: Una nueva metáfora del juez

Es tiempo de precisar conceptualmente un fenómeno judicial que viene desafiando la lexicografía dominante en el campo jurídico. Para hacerlo,

- a. No debe confundirse al litigio estructural con conceptos como el de “litigio estratégico”, en cuanto esta última acepción propone un enfoque político sobre un evento judicial. La idea de litigio estructural, en cambio, propone un enfoque jurídico sobre un evento judicial.
- b. El concepto del litigio estructural, por lo mismo, tampoco es asimilable al llamado “litigio de impacto” o “de interés público”, porque estas últimas acepciones tiende a iluminar lo que sucede en los hechos pre-jurídicos que rondan un caso judicial, mientras que la primera se concentra en iluminar la lógica interna de hechos jurídicos que dan forma al caso judicial.
- c. El litigio estructural no es asimilable tampoco al concepto jurídico de “proceso colectivo”. Este último está definido a partir de reglas de trámite procesal, en tanto el litigio estructural se define a partir de la configuración del caso judicial o *litis*.

d. Por último, el litigio estructural tampoco es asimilable a los procesos consorciales, porque no exige, ni depende, de la existencia de múltiples actores procesales.

Desde este ángulo de análisis, se pueden observar con nitidez las características jurídicas propias de este tipo de litigio, las que han sido sumariadas en este trabajo. Ellas, nos sitúan ante una nueva metáfora del proceso judicial, una que abandona la imagen del juez como “árbitro”, y se acerca a la idea del juez como un “instaurador” del conflicto.

En efecto, si vemos al juez como instaurador del sentido oficial de un caso, podremos entender porque el foco del análisis judicial en los casos estructurales ya no se encuentra en un acontecimiento aislado del pasado, que amenaza con desatar lo peor entre dos adversarios. El juez que instaura sentido, puede imponer su competencia sobre un paisaje más amplio del caso, uno que denota conexiones e imbricaciones complejas que trascienden a quienes se presentan ante el como sujetos del conflicto.

82 Las miradas posmoderna del derecho nos acercan a esta nueva metáfora del juez. Nos permiten aprehender el hecho de que los jueces no resuelven lo que “acontece”, sino lo que ellos mismos determinan o “instauran” oficialmente como lo que “acontece.” Esta mirada es capaz de contener la paradójica idea de que el juez es (de hecho siempre ha sido) el creador del sentido del problema que él mismo resuelve.

Esto deviene, claro, de la translocación permanente, e inevitable, de los conflictos políticos y sociales, en conflictos jurídicos. El crecimiento de la legitimidad del estado de derecho, y la democracia procesalista, nos impone ese devenir. En esa tendencia, la lexicografía jurídica, sus metáforas y conceptos, se ven, inevitablemente desafiadas.

El rol judicial en un estado de derecho y en una democracia crecientemente procesalista como la occidental, no puede, sino, ser diferente al rol que tenía el juez árbitro, en el imperio romano.