

*La realización de derechos en casos estructurales*  
*Las causas ‘Verbitsky’ y ‘Mendoza’*

*Mariela Puga\**

**1. Introducción**

Existe cierto consenso en que la realización efectiva de los derechos humanos, el cómo alcanzan vigencia en la práctica, es el reto impostergable en la construcción del estado de derecho argentino. Si bien la situación de vulneración de derechos básicos en nuestro país - aunque muy seria- no es peor a la de otros varios países de Latino-América, ella es substancialmente **paradójica**.<sup>1</sup> Argentina cuenta ya con 25 años de democracia y hace 14 que incluyó en su Constitución un significativo elenco de normas de derechos humanos.<sup>2</sup> Además sus jueces, especialmente los de Ciudad de Buenos Aires y los de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, están fuertemente consustanciados con el discurso de derechos humanos y con la normativa internacional al respecto.

La paradójica distancia entre los hechos y las normas, irradia en la práctica jurídica la imagen de dos mundos **escindidos**. Alberto Binder lo describe de la siguiente manera:

“...junto a la lucha por el sentido normativo, se encuentra también otra disputa, que se vincula con la fuerza del derecho mismo, es decir, con la capacidad de regular efectivamente el conjunto de relaciones sociales que se dice regular. Cierta tradición intelectual dentro del pensamiento jurídico –de la cual la dogmática jurídica más tradicional hace un punto central– permite desvincular el sentido normativo (que surge de la interpretación) del problema específico de su fuerza (su capacidad de provocar prácticas concretas), *como si fueran dos mundos fácilmente escindibles*. De ese modo, la determinación del sentido se aparta de la fuerza normativa o se desentiende de las prácticas concretas con las

---

\* Este trabajo se realizó en el marco de la Beca-Estimulo para docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, 2007. La autora es becaria del Programa 2008 “Actualidad del Pensamiento Crítico Latinoamericano” del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO).

<sup>1</sup> Martín Abregú refiere a la paradoja Latinoamericana de democracia y creciente exclusión social. (Abregú, Martín, 2007: 30-31). Mi intención aquí es resaltar las particularidades de esta paradoja en la Argentina, particularmente ante el significativo y creciente reconocimiento institucional de los derechos humanos, y la persistente exclusión social y vulneración de derechos básicos.

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

que se enfrenta todo texto jurídico que *no sólo busca prescribir una práctica sino desplazar otra.*”(Binder, Alberto, 2007: 12. El énfasis es propio)<sup>3</sup>

La metáfora de la escisión se vincula, en cierta medida, a la extendida denuncia contra el **cinismo** de la corporación legal y de sus prácticas, entre las cuáles se destaca una dogmática jurídica que pretende aislar la interpretación legal de sus consecuencias y contexto.<sup>4</sup> Ello parece contagiar también de cierto pseudo-cinismo – o instrumentalismo ingenuo (García Villegas: 2003) - a algunos segmentos del movimiento de los derechos humanos que en un primer momento (un T1) tiende a celebrar ‘triumfos de papel’<sup>5</sup>, o la captación del lenguaje oficial, para luego, en un segundo momento (un T2), inculpar a los destinatarios de las normas por la anomia generalizada o la imperturbabilidad del *status quo*. Podría señalarse cierta propensión a identificar una única causa arbitraria ‘externa’ que monopoliza la explicación sobre la persistencia de los problemas. Tal sería, la ‘tontería’ de los desobedientes, la falta de ‘voluntad política’ de las instituciones, la ‘torpeza’ de la policía, y/o la ‘blandura o conservadurismo’ de los jueces. Se aísla así el problema de la eficacia en un T2, como un asunto para otras disciplinas o discursos, independiente de la operación hermenéutica.

Los casos estructurales (en los que la causa de la violación de derechos refiere a prácticas o políticas sistémicas) resultan amplificadores naturales de estos dos momentos y reflejos sobredimensionados de la escisión de los dos mundos. En ellos se observa con más claridad cómo un dogmatismo pseudo-neutral frente a problemas complejos conduce a profundizar la escisión entre el sentido de la norma y su efectividad.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> Estoy en deuda con Máximo Lanusse por esta cita que tomé de uno de sus trabajos prácticos de la Maestría de la Universidad de Palermo, y así accedí a este valioso trabajo de Alberto Binder. También adeudo a Máximo las enriquecedoras conversaciones que generosamente mantuvo conmigo en relación a estos temas.

<sup>4</sup> Sobre la actitud cínica de la corporación legal y su vinculación con las versiones formalistas del derecho ver la última parte del trabajo de Martín Böhmer en el que refiere a profesores y profesionales del derecho. (Böhmer, Martín, 1998) Este autor destaca que ellos sostienen una doble narrativa acerca de lo que se trata el derecho; una referida a la guerra tribunalicia donde se ganan los casos al margen de las normas escritas, y otra, la exposición dogmática del derecho como las normas que se repiten en los exámenes y que los jueces dicen aplicar. En un trabajo anterior, Víctor Abramovich trata indirectamente el mismo asunto, pero como una cuestión de menosprecio de la práctica judicial, desde el estudio y la enseñanza del Derecho, como derivación de la escisión entre la teoría y la práctica legal. (Abramovich: 1991). Una crítica más general dirigida a la dogmática legal y a la racionalidad deductiva divorciada de sus consecuencias políticas y sociales puede verse en Carlos Nino: 1989. Entre quienes en cambio defienden a la dogmática legal como una práctica que podría escapar de esta especie de cinismo esencial están Christian Curtis y Alberto Bobino (2001).

Por su parte, el colombiano García Villegas (2003), al estudiar el fenómeno de la ineficacia jurídica en Latinoamérica, en lugar de cinismo refieren a cierta ingenuidad respecto al verdadero fin de las normas, las que muchas veces responde a reformas inspiradas en las necesidades de legitimación del gobierno, antes que a su implementación o a alcanzar ciertos resultados concretos.

<sup>5</sup> Tomo prestada la frase del título del trabajo de Joaquín Millón en relación a los problemas de ejecución de sentencia del afamado caso Viceconte, en el que destaca que los problemas de ejecutabilidad de las sentencias en casos de derechos económicos sociales ha sido descuidado, y que demandan “una evaluación pragmática de [las] sus -aparentes-“conquistas”. (Millón, Joaquín, 2007)

<sup>6</sup> Alberto Binder al hablar de lo que llama *impunidad estructural*, va más lejos en la apreciación de las consecuencias. “Esta impunidad, a la que ya nos hemos acostumbrado, es la contracara de la República, porque encubre al poder concentrado y su distribución de privilegios; es la contracara de la democracia, porque torna inútiles los pactos políticos y actividades parlamentarias y es la burla más hiriente del Estado

El propósito de este trabajo es reflexionar sobre las formas de incluir la cuestión de la efectividad práctica de los derechos en la hermenéutica judicial, aprovechando la gigantografía que proporcionan los casos estructurales complejos. La manera en que voy a aproximarme a este análisis es a través del examen concreto de dos casos paradigmáticos en los que actualmente interviene nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación y que, entiendo, reflejan la que podría ser una tendencia trascendente. Se trata de las causas *Verbitsky*<sup>7</sup> y *Mendoza*<sup>8</sup>, las que envuelven problemas de difícil solución: las terribles condiciones de detención en las comisarías de Buenos Aires, por un lado, y la grave contaminación del Riachuelo, por el otro.

Los jueces del alto tribunal enfrentan en estos casos el desafío de determinar el sentido normativo de derechos liminares, sin poder eludir el problema de su concreción, del sentido práctico de la legalidad que intentan restaurar. Se examinará aquí cómo, sin inculpaciones específicas -ni calificaciones sobre la deliberación o negligencia-, y con órdenes aparentemente preliminares, las decisiones de la Corte parecen **abrir el juego de la determinación del sentido normativo de los derechos a las exigencias contextuales de su goce efectivo.**

Este juego por el sentido es parte del *core* de la lucha general por la autoridad del derecho. Sin menospreciar otros objetivos estratégicos que puedan buscarse en estos casos, tales como la visibilidad de ciertos problemas o su inclusión en la agenda pública (CELS: 2008), mi interés aquí es resaltar el hecho de que en contextos de extendida ineficacia jurídica como el nuestro, la eficacia de la intervención judicial es una meta de singular trascendencia institucional. En estos contextos siempre existe el peligro latente de que usos meramente simbólicos del discurso de derechos, sin resultados concreto, naturalicen una percepción de la ineficacia legal que afecte el valor social del derecho y su capacidad para motivar conductas. Tal peligro se acrecienta cuando los resultados prácticos se apartan de manera axiomática de la discusión hermenéutica, política y retórica sobre los derechos.<sup>9</sup>

---

de Derecho porque lo convierte en una fachada o una máscara que oculta el abuso del poder” (Binder, Alberto. 2004:1)

<sup>7</sup> ‘Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus’, sentencia del 3 de Mayo del 2005. En ella el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) denuncia las condiciones de ilegalidad de la detención de todos los detenidos alojados en los establecimientos policiales superpoblados y/o comisarías de la Provincia de Buenos Aires. Denuncia también la ilegal detención de menores, enfermos y mujeres en esos lugares.

<sup>8</sup> “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo). La primer resolución fue dictada el 20/06/2006. En esta causa aún no se dicta sentencia, sin embargo, la Corte ha tomado una larga y detallada lista de medidas *ordenatorias e instructorias* que involucran múltiples pedidos de informes, planes integrales de saneamiento y audiencias públicas.

<sup>9</sup> García Villegas (2003) sostiene que la dimensión simbólica de ciertas reformas legales tiende a establecer una comunicación legitimadora entre las instituciones y los ciudadanos. Agradezco a Paola Bergallo haber llamado mi atención sobre este punto para repensar y explicitar mis argumentos en relación al valor simbólico de las sentencias en análisis. Entiendo que Carlos Rosenkrantz (1999) tiene razón en que la autoridad del derecho es denostada con la existencia de normas que no se cumplen o de sentencias ineficaces. Me resulta bastante claro que a menor fuerza normativa del derecho –en contextos como el nuestro-, menor será el valor simbólico del discurso de derechos que se comunica y así también, el deseado efecto de auto-legitimación, mientras que mayores, los riesgos de deslegitimación institucional y descrédito del discurso. Claro que este es un argumento contextual, y mi evaluación de las variables relevantes – calificada como singular paradoja- es una apreciación apriorística con adherente, oponentes y, terceras miradas.

Se propone aquí un mapa teórico *ad-hoc* concebido para leer a su mejor luz el esquema remedial<sup>10</sup> de la Corte en *Verbitsky* y *Mendoza*, el que busca incluir la discusión sobre la dimensión práctica de los derechos tanto en la operación hermenéutica (epígrafe 3 a 7), como en la justificación política del rol de la corte en relación a ella (epígrafe 8), y finalmente en la retórica sobre su contenido (epígrafe 9 a 10).

Hacia el final de este trabajo, y a partir de los criterios teóricos sugeridos, se formulan algunas propuestas para seguir avanzando en la realización efectiva de estos derechos.

## 2. Una tendencia en casos estructurales

Tanto la causa *Verbitsky* como la causa *Mendoza* se inscriben en lo que calificare de una **tendencia**<sup>11</sup> reciente de la jurisprudencia argentina –y aun más incipiente de la Corte Suprema–, la que podría definirse por dos rasgos sobresalientes. El primero se manifiesta desde hace más tiempo y algunos suelen calificarlo con el mote de **activismo jurídico en casos estructurales**. Consiste en que los tribunales intervienen en causas de derecho público en las que se reivindican intereses colectivos o derechos subjetivos contra políticas o prácticas institucionales injustas.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Por similares razones a las mencionadas por Paola Bergallo (2005: 3-5) utilizaré el término *remedio* no en el sentido estricto de nuestro derecho procesal sino, en principio, en un sentido cercano al del derecho anglosajón, como aquellas instrucciones que ordena un tribunal una vez persuadido de los méritos de un planteo del demandante. Tiendo sin embargo a usarlo en un sentido aún más amplio, como representación metafórica de todas aquellas órdenes de la Corte (en sentencia o no) tendientes a enmendar, rectificar, remediar de manera directa o indirecta la situación de violación de derechos.

<sup>11</sup> Me han señalado que dos casos en la Corte y una docena de casos esparcidos anecdóticamente en todo el país no hacen una tendencia jurisprudencial. Esta es una manera sistémica y legítima, creo, de evaluar la realidad. Pero hay otras por las que me inclino. En una conversación con Charles Sabel, el me señaló “A crazy idea that recurs is a tendency.” En otras palabras, la semántica de lo a-normal o lo a-lineal es desde la que me permito hacer un uso de la idea de tendencia en un sentido más teleológico y retórico que sistémico.

<sup>12</sup> Entre los casos más renombrados de la Corte Suprema de Justicia se encuentran la causa “Asociación Benghalensis y otros vs. Estado Nacional” (C.S.J.N., 01/06/2000, Fallo 323:1323), el afamado caso del Colegio Monserrat (causa González Delgado, Fallos 323:2659), más recientemente los casos “Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSES s/ reajustes Varios” (la última resolución en este caso es del 26/11/2007) y las medidas del caso de la Comunidad Toba del Chaco (“Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/ proceso de conocimiento, 18/09/2007).

Los tribunales inferiores también han venido recorriendo este camino. Vale resaltar el caso del Tribunal Criminal Nro. 3 de Mar del Plata en el que se condena, entre otras cosas, a la Provincia de Buenos Aires a descentralizar Hospitales Públicos (“Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires distrito IX- Mar del Plata s/ amparo” 04/06/2002), el tristemente célebre caso “Paynemil” en el que una comunidad mapuche del Neuquén demandó a la Provincia y la empresa YPF por contaminación y daño a la salud de los niños (“Menores de la Comunidad Paynemil s/ acción de amparo” Juzg. de Primera Instancia en lo Civil Nro. 3, 11/04/1997), el caso ‘Tejeda’ de Córdoba en el que se demanda entre varias cosas un “plan de seguridad contra el tráfico de drogas en un barrio de la ciudad” (“Tejeda Elsa Cecilia y otros c/ Estado Nacional – Amparo” Juzgado Federal Nro. 2, en proceso de audiencias), el caso TBA en que se ordena la reestructuración del servicio de trenes por discriminatorios (“Unión de Usuarios y Consumidores c/ en Mro. V E INF- Sec Transporte- Dto 104/01 s/ Amp. Proc. Sumarísimo (Art. 321 inc. 2 CPCYC). Juzg. Federal en lo Contencioso Administrativo Nro. 1, Buenos Aires, Noviembre de 2005), y el más reciente “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/recurso de casación” de la Sala tercera de la Cámara Nacional de Casación Penal en la que se ordena la libertad progresiva de los menores de 16 años detenidos en comisarías de la Ciudad de Buenos Aires y la constitución de una mesa de diálogo con los jueces de

En general son casos que en otros tiempos hubieran sido rechazados de plano bajo el calificativo de ‘cuestiones políticas no justiciables,’ o por ‘falta de afectación directa o individualizable.’ Tales intervenciones hacen prever –temer o desear– la redistribución coercitiva de recursos públicos o la injerencia de los jueces en funciones tradicionalmente ejercidas por los poderes políticos.

El segundo rasgo de esta tendencia es más nuevo y se refiere a la forma de la actuación judicial en estas causas, es decir, el esquema remedial que se ordena para alcanzar la eficacia normativa. Como se verá, cuando las violaciones de derechos son el producto del fracaso de políticas y/o prácticas institucionales, la justicia argentina recientemente intervino **inaugurando procesos ambiguos y abiertos hacia el futuro.**<sup>13</sup>

En estos procesos se interpelan, monitorean y revisan las instituciones y/o políticas públicas, dictando medidas estratégicas multiformes que escapan substancialmente al marco de medidas de ejecución tradicionales. Entiendo por medidas de ejecución tradicional, aquellas ordenes judiciales que consisten en reglas prácticas, a veces directamente dirigidas a responsables culpables, otras veces a responsables institucionales, para conseguir que se restablezca el contenido ‘obvio u ampliamente consensuado’ del derecho vulnerado, el que puede ser especificado por la Corte o referido de manera axiomática. A veces ello incluye plazos de cumplimiento y otras veces también amenaza específica de sanción.

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

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

---

menores y actores involucrados, entre muchos otros. Para abundar en este tipo de jurisprudencia en materia de derechos del consumidor y medio ambiente ver algunos de los citados en mi trabajo “Acción de Amparo en la Jurisdicción Federal” (Programa de Derecho de Interés Público, Centro de Estudios de Postgrado, Facultad de Derecho, Universidad de Palermo, [2002] . — 54 p.) y respecto a casos de derecho a la salud, ver en particular los citados en el trabajo de Paola Bergallo (2005).

<sup>13</sup> No en todos los casos estructurales públicos ha intervenido de ésta manera, pero sí hay una tendencia marcada por tribunales inferiores –ver los casos citados en la nota anterior- en la que incursiona la Corte a través de las causas *Verbistky*, *Mendoza*, y más recientemente en el caso de la Comunidad toba del Chaco representada por el Defensor del Pueblo. Para algunos este tipo de intervención denotaría un activismo meramente simbólico sin efectos prácticos directos e inmediatos. Mi desacuerdo con esta idea se desarrolla a lo largo de este escrito, y no tiene como base la mera convicción en el derrame de efectos prácticos que tienen las declaraciones simbólicas sino, en particular, en las posibilidades concretas que se abren bajo el marco autoritativo de este tipo de intervención judicial.

Una posición ecléctica es la de Roberto Gargarella (2007) quien sostiene que no se trata ni de lo que él llama un ‘activismo indiscriminado’ ni de una ‘retracción frente a la política’ sino de una tercer manera de respuesta que respeta el ‘carácter político’ del problema y ayuda ‘a que los poderes políticos decidan de acuerdo a derecho’, sirviendo mejor a ‘los ideales de la deliberación democrática’. Aunque en parte tiendo a coincidir con Gargarella, no estoy convencida de que éste marco ideológico explique de forma completa y satisfactoria las peculiaridades de la intervención de la Corte. Como sostendré en lo que sigue, las consideraciones que entiendo relevantes para evaluar esta intervención, son –y deben ser – preponderantemente prácticas y epistémicos, antes que determinadas por la sola la voluntad de deferencia política a otros poderes.

**a) indirectas o preliminares** en relación a la satisfacción del derecho vulnerado. Consisten en exigir información, llamar a audiencias públicas, requerir planes de reforma, requerir reportes periciales, pedir rendición de cuentas, instar mesas de diálogo, etc.

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

**b) directas, pero incompletas** en relación a la satisfacción de los derechos violados. Aunque dirigidas a restablecer la vigencia de derechos son, sin embargo parciales, a veces dirigidas sólo a un grupo de afectados o a los casos más graves. – ej. la orden de que cesen los excesos que puedan considerarse tratos crueles o degradantes, de que cese la detención de enfermos y menores, de que se revisen leyes que podrían aminorar el problema, etc.

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

En ambos casos no se han sindicado los actos de individuos, ni de grupos de individuos, como perpetradores o provocadores directos y concientes del daño general a los demandantes. Ésta no inculpación,<sup>14</sup> como se verá más adelante, puede explicarse como una manera de despejar percepciones simplistas de la generación del daño, y así darle a los casos estructurales el tratamiento especial que requieren los casos con causalidades complejas.

### ***3- Los hechos y las preguntas***

En la causa *Verbitsky* la Corte establece que las “Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos” son los estándares que el sistema penitenciario bonaerense debe alcanzar,<sup>15</sup> pero no le ha dicho directamente al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires – demandado- ni qué tipo, ni qué cantidad o estilo de infraestructura, reforma legislativa, política y/o presupuestaria es necesaria para alcanzar estos estándares –que por cierto no son la panacea del detalle. Es decir, ha dado muy pocos indicadores de cómo hacerlo.

---

<sup>14</sup> Me refiero a la inculpación institucionalmente sancionada, a la que Jaime Malamud Goti trata como victimización en el segundo sentido. Esto es, cuando la víctima de un daño lo es por el acto intencional de aquel a quien *prima facie* se culpa por lo que le ocurrió. Ello presupone una noción de **agencia activa** como causa suficiente del daño. (Malamud Goti, Jaime, 2005).

<sup>15</sup> Adoptadas por el primer Congreso de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento de delincuentes celebrado en Ginebra en 1955 y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus Resoluciones 663C (XXIV) del 31 de Julio de 1957 y 2076 (LXII) del 13 de Mayo de 1977. Cristián Courtis crítica la adopción de éste estándar por ser el instrumento más antiguo del *soft law* citado por la corte. Varios de los documentos posteriores, señala, como el “Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión” las han complementado y actualizado, y constituyen estándares más modernos para interpretar las cláusulas de los tratados de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional y supralegal en nuestro país. (Courtis, Cristián, 2006:23)

Tampoco amenazó con sanciones al Estado Provincial en caso de que continúe la frustración de tales estándares, ni fijó plazos para alcanzarlos. Sólo deslizó en los *considerandos* del fallo que dado el reconocimiento del demandado –el cuál ponderó positivamente-<sup>16</sup>, el *status quo* - como situación genérica colectiva y estructural- violaría ciertos derechos, y dictó algunas medidas que aparentan atender a lo grave, urgente, o lo que constituirían las violaciones mas claras – que no se detenga más a los enfermos y menores en comisaría, que se impidan los tratos que puedan considerarse torturas –sin mucha especificación al respecto-, y que reforme algunas leyes que, de alguna manera – que tampoco especifica-, serían inconstitucionales y afectarían la situación de hacinamiento.<sup>17</sup>

El resto de las órdenes son interpelaciones generales y vagas, como encargos de formar espacios de diálogo, pedidos de informes periódicos de medidas –indeterminadas-, envío de información específica a jueces de primera instancia, programación de una supervisión periódica también general y de términos y objeto imprecisos, etc.

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

---

<sup>16</sup> El Poder Ejecutivo provincial había reconocido esta situación al declarar la emergencia físico-funcional del Sistema Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires mediante el decreto 1132/01. También lo había reconocido en audiencia ante la Corte en el 2005. La Corte afirma en su fallo que “El Poder Ejecutivo provincial expuso una serie de esfuerzos que demuestran su empeño, pero que no resuelven la situación” (considerando 31) del fallo *Verbistky*), aún más, destaca en el considerando 23) Que sin embargo, existen hechos no controvertidos en las actuaciones que ...fueron admitidos por el gobierno provincial con **encomiable sinceridad**” (la negrita es nuestra)”.

<sup>17</sup> En la resolución 7) la Corte exhorta al ejecutivo y a la legislatura provincial a adecuar la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación, y la legislación de ejecución penal y penitenciaria. Sagües advierte en tono crítico que “la Corte Suprema federal no indica claramente qué reglas precisas de la Provincia de Buenos Aires padecen el defecto que les atribuye, y dónde, especifica y puntualmente, está la colisión entre las normas del caso con la Constitución nacional o el derecho internacional.” A ello llama, siguiendo doctrina europea sobre tribunales constitucionales, una exhortación por constitucionalidad precaria, y la crítica por su falta de precisión. (Sagües, Néstor Pedro, 2006). Por su parte, Gargarella y otros comentaristas refutan interesantemente las críticas de Sagües y defienden este estilo de intervención judicial en su Blog: Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política. Una mirada igualitaria sobre el constitucionalismo, del 21 de Septiembre de 2007.

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

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

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

#### ***4. Giro hermenéutico: Un mapa teórico para buscar respuestas***

El caso *Verbitsky* puede definirse en términos de derechos subjetivos como un caso de **derechos civiles o de primera generación** – derecho al trato digno, a verse libre de torturas originadas en las condiciones de hacinamiento, a la integridad física y hasta a la vida.<sup>18</sup> Por su parte, la causa *Mendoza*, podría tenerse como un caso de derecho a la salud y a un ambiente sano, es decir, de violación de derechos de **segunda y tercera generación**.<sup>19</sup> Aún para la dogmática más progresista esta distinción de origen histórico es importante en términos de **justiciabilidad**, desde que se consiente que derechos civiles y sociales aunque exigibles todos, habilitarían funciones judiciales diferentes. Aquellos que en cambio centran el análisis en la distinción entre derechos positivos y negativos se ven obligados a asumir posiciones dogmáticas rígidas para decidir si *Verbitsky* exigen un deber de abstención del estado (cesar el trato indigno) o una actividad (mejorar las condiciones de detención), pero lo que si parece mas claro es que Mendoza seria un caso centralmente de derechos positivos. Sin embargo, ninguna de las dos distinciones parecen decisivas a la hora de determinar el sentido práctico de los derechos en estos particulares casos estructurales.

---

<sup>18</sup> Aunque las condiciones de atención médica y alimentación de los internos también son objeto de denuncia, lo cierto es que ellas se han enmarcado bajo la definición de derecho a un trato digno del interno y no, como usualmente sucedería con otros ciudadanos, en el marco de su derecho a la salud o a la alimentación. Así también como el hecho del hacinamiento y las condiciones de falta de higiene podría tenerse como condiciones ambientales degradantes, la condición de ‘interno’ se impone, y la calificación legal es de trato inhumano y/o hasta tortura.

<sup>19</sup> La deconstrucción de estos derechos siempre puede dar como resultado derechos de primera generación. Tanto el derecho a la salud como el derecho a un medio ambiente sano pueden verse como la versión sofisticada del derecho a la integridad física y/o a la vida desde perspectivas colectivas. La diferencia, a veces, parece más bien de grado.

*Verbisky*, con sentencia dictada, y *Mendoza*, aún en proceso de sustanciación,<sup>20</sup> tienen en común dos extremos particularmente relevantes. El primero es que la ***exigibilidad normativa o discursiva de los derechos esta presupuesta***, dado que la Corte ha intervenido dejando clara su jurisdicción para juzgar y tomar medidas en ambas causas sin establecer inculpaciones -ni a individuos, ni a grupos- por el sufrimiento de las víctimas. La jurisdicción manifestada a través de órdenes concretas de hacer, tiene un valor simbólico innegable tanto para la construcción de la posición de ‘víctimas’ de los demandantes, como para la argumentación sobre la justiciabilidad de los derechos en juego. El segundo extremo común es que la ***exigibilidad práctica o los términos de su vigencia son aún imprecisos***. Como ya se dijo, la intervención judicial en ambos casos ha sido ciertamente oblicua, con un carácter aparentemente preliminar o incompleto en relación a la satisfacción de los derechos de las víctimas.

La similitud del tratamiento –pese a las diferentes instancias de los procesos judiciales- incentiva a identificar otros varios puntos análogos entre estos dos casos. Por ejemplo, que las víctimas son “personas agrupables a partir del sufrimiento físico y psíquico causado por vivir en un **entorno hostil**, arbitrariamente impuesto, y el que no pueden evadir, ya sea por razones de encierro<sup>21</sup> o por su condición socioeconómica.<sup>22</sup> Tal situación vulnera la dignidad personal de aquellos así colectivizados, en un punto tal que se tiene como violación de derechos. Subsiste, sin embargo, cierta vaguedad en relación a la medida y extensión de las violaciones individuales (caso por caso), y las condiciones necesarias (políticas, económicas, sociales, y/o culturales) que permitirían el cese de esos sufrimientos.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> Tengo en claro que el hecho de que en un caso haya sentencia y en el otro no sería, para algunos, suficiente razón para descartar de plano el análisis de paralelismos que propongo. Sin embargo, no parece razonable que tal dogmatismo cercene la exploración teórica, cuando la semántica de la autoridad judicial se expresa de una manera ostensiblemente más rica. La Corte ha tomado una larga y detallada lista de medidas *ordenatorias* e *instructorias* en Mendoza que involucran múltiples pedidos de informes, planes integrales de saneamiento y audiencias públicas, las que pueden sintonizarse tanto en la práctica como en la teoría con las órdenes de Verbitsky. La semántica jurídica que irradian estas órdenes me parece valiosa y relevante, más allá de las diferentes etapas procesales en que fueron producidas.

<sup>21</sup> Para Lucas Grosman el deber de evitar los agravios sufridos en la cárcel tiene un carácter particular, es una Precondición Conceptual del Estado, ya que el agravio no existiría si no existiera el Estado. Sostiene que no se puede poner al individuo en una situación de absoluta dependencia material y luego alegarse que no hay recursos para solventar su subsistencia en condiciones mínimamente decentes. (Grosman, Lucas, 2007) Lo relevante de su análisis es que para este caso, así conceptualizado, la administración no puede alegar escasez de recursos, la que si podría alegarse -interpretando el marco de la explicación de Grosman-, en casos como Mendoza, en el que se reclamarían funciones del Estado –sanea el Riachuelo y asistir a los afectados- para las cuales en principio no había una agencia específica –aunque recientemente se creo una, el comité de cuencas- con capacidad para atenderla. Si Grosman entendiera que las secretarías de ambiente involucradas, o ahora el comité de cuenca, son las estructuras protectorias que generan el deber del estado de asistir, entonces el Estado tampoco aquí podría alegar escasez y el reclamo sería de inclusión en los beneficios de esas agencias.

<sup>22</sup> La gran mayoría de afectados por la contaminación de la cuenca Matanza-Riachuelo son personas de escasos recursos socio-económicos para quienes mudarse resulta económicamente inviable. La desvalorización de los terrenos circundantes a la cuenca por la situación ambiental muestra alguna bidireccionalidad causal entre ser pobres y recibir las consecuencias ambientales de la producción y el crecimiento urbano, la que se internaliza en las dinámicas de las políticas públicas. Los ambientalistas la refieren como “injusticia ambiental” (Bullard, Robert. D., 1996).

<sup>23</sup> No todos los casos estructurales reciben el mismo tratamiento judicial. La causa *Benghalensis* por ejemplo, citada en la nota 10, supuso una orden sencilla y directa al Estado. El caso *Badaro* citado en la misma nota, y con igual *estructuralidad* o *sistematiciad* en la violación generó, primero, una orden de reenvió a la legislatura y, luego, una orden directa dirigida los demandantes. De manera que la mera *estructuralidad* no parece la fuente de las similitudes en el tratamiento judicial que nos interesan.

Por otro lado, la hostilidad del entorno de vida en ambos casos, además de tener carácter genérico y largo tiempo de ocurrencia está determinada por procesos causales diversos y afinados –no todos ellos ostensibles-, los que se presentan como prácticas arraigadas y/o compartidas por varias generaciones de víctimas y causantes -en adelante, **causalidad compleja**.<sup>24</sup>

A los fines hermenéuticos, este es el rasgo de la analogía que nos interesa: Las causalidades complejas en cuanto prácticas arraigadas. Ellas funcionan como un sistema de valores y sentidos interconectados, y hasta podría decirse de reglas prácticas institucionales o jurisdiccionales –en adelante locales- que interaccionan entre si y con las reglas del ordenamiento jurídico legal –mas abstractas y generales. A veces las reglas locales entran en colisión con las legales, o bien la interacción entre ellas tiene como resultado situaciones ilegales.

Para teorizar desde los desafíos concretos que imponen este tipo de causalidades, en particular el desafío de desplazar prácticas arraigadas, es útil incluir en la pregunta acerca de cuál es la pretensión que contiene el derecho X, la reflexión sobre los desafíos contextuales a su efectividad.

Entre esos desafíos está, muchas veces, la necesidad de **transformar** aquellas instituciones o políticas públicas que constituyen o dan sustento a prácticas injustas arraigadas. Los derechos en juego en estos casos, más que ‘cartas de triunfo’ de X contenido económico o político, positivo o negativo contra la mayoría, funcionan como demandas de transformación estructural con un carácter adversarial particular.<sup>25</sup>

Charles Sabel y William Simon (2004) han tenido gran suceso caracterizando como ‘desestabilizador’ al efecto transformativo específico que tiende a desatrincherar y desarraigar instituciones o prácticas injustas a través del litigio público. Para los autores, los derechos que consiguen este tipo de efecto a través del litigio público son “derechos desestabilizadores.”<sup>26</sup>

La idea de desestabilización de una práctica carga a la operación hermenéutica con más preguntas que respuestas, y por ello mueve a una racionalidad legal menos formal o finalista, y más reflexiva. En lugar de imponer desde arriba un deber que cumplir – no torturar – o un objetivo material a alcanzar – tantas camas, tanta comida y cierta forma de trato –, carga la demanda

---

<sup>24</sup> La complejidad ya se reconoció como eje de la aproximación judicial. En *Verbitsky* la Corte hablo de problema “cíclico”, “complejo”, mientras que la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires sostuvo “evitar todo trato indigno a los detenidos refiere a un vastísimo universo de situaciones en continua fluctuación. A la vez, apunta a un problema crónico y de gran complejidad...” (Considerando 2) P. 83.909, Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires 19/12/2007)

<sup>25</sup> Tiendo a coincidir con algunas apreciaciones del polémico artículo del chileno Fernando Atria respecto al carácter individualista de la concepción liberal de los derechos, especialmente de concepciones como la difundida por Ronald Dworkin de los ‘derechos como cartas de triunfo’ contra las mayorías (Atria, Fernando, 2004). Como no creo que esa sea la única concepción posible de derechos y del rol del discurso de los derechos en la resolución de conflictos, me ocupo de hacer esta distinción conceptual que acerca la racionalidad legal detrás de estos derechos a lo que Gunther Teubner (2000) llama la racionalidad reflexiva.

<sup>26</sup> La frase es acuñada originalmente, de acuerdo a la cita que hacen los autores, por Roberto Mangabeira Unger en su libro *False Necessity*. Los derechos desestabilizadores “protegen el interés de los ciudadanos en penetrar las organizaciones de gran escala o prácticas sociales largamente extendidas que permanecen cerradas a los efectos desestabilizadores de los conflictos ordinarios y así sostienen ventajas y jerarquías de poder aisladas” (Mangabeira Unger, 2004). Los efectos desestabilizadores están descritos en detalle en el artículo. Vale destacar sin embargo, el efecto del velo que impide a las partes saber con anticipación cuál será el resultado, el de la deslegitimación del *status quo* que mueve a otro efecto, como la deliberación, el empoderamiento del demandante y la posibilidad de la aparición de otras partes relevantes, y la ramificación de los efectos a otras instituciones que monitorean el caso -a lo que llaman el efecto de red. (Sabel & Simon: 2004: 1073-1082)

jurídica de un criterio de evaluación de fines referencial, un criterio que nos exige, primero, reflexiona y acordar cierta idea acerca de cual es la estabilidad injusta que se pretende desestabilizar, para después, evaluar las alternativas de su desestabilización.

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

La **tecnología** de interpelación e intervención social compleja requerida puede tener metas y contenido diversos y mixtos, de orden económico, social, cultural y/o político - independientes del contenido explícito del derecho que habilita el litigio-. Tal tecnología no sólo no está disponible en los tribunales, sino que lo arraigado de la práctica injusta demuestra que tampoco es evidente para la administración pública o las legislaturas involucradas. Más aún, la producción de esta tecnología puede demandar una previa reestructuración burocrática que **desestabilice** las idiosincrasias que respaldan la práctica injusta y/o invisibilizan las opciones de transformación. En algún sentido, esto vuelve insustancial la objeción tradicional de que los jueces no tienen la ‘capacidad técnica’ que si tienen los otros poderes para intervenir en este tipo de problemas.<sup>27</sup> Ello en tanto la ‘incapacidad técnica,’ en el sentido del *expertise* apropiado para dar un remedio transformativo completo al caso de violación estructural compleja es un presupuesto del problema, es decir, es parte de lo que define - o mantiene indefinido- al problema.<sup>28</sup>

La estabilidad de las prácticas injustas descansa, en parte, en intervenciones episódicas y aisladas, generalmente absorbidas por las lógicas de prácticas densas y con nudos invisibles de resistencias. Así, la atención a lo urgente y lo vergonzante de las injusticias, incluso a través de la reforma legal, funcionan a veces como excusas para articular ‘parches institucionales’ de corta duración que impiden la crisis y, desmovilizan las demandas.

Desde esta óptica, las medidas judiciales que califico de **indirectas o preliminares** – especialmente las que piden información y requieren planes de acción- son las que en lugar de parches o intentos aislados podrían estar dirigidas a desatrincherar las instituciones y políticas, revelando sus lógicas de producción del daño y la dimensión de la violación y hacer posible reflexionar sobre ellas, repensarlas, desarraigarlas y/o recrearlas como prácticas justas.

Pero es necesario insistir en que la práctica justa que desplazaría a aquella injusta es aún **desconocida**. No está en los informes premonitorios de ningún técnico o en los cajones de ningún funcionario. De manera que si ella necesita crearse, el proceso judicial podría constituir el **campo epistémico** desde el que se haga posible iniciar esa postergada creación. No insinúo que sea la mano de los jueces la que vaya a crear una nueva práctica, sólo que el rumbo de este proceso y

---

<sup>27</sup> Esta es una objeción ampliamente difundida. Una interesante caracterización es la que brinda Carlos Rosenkrantz citando a Ackerman en relación a la falta de una ‘tecnología perfecta’ para la justicia distributiva. (Rosenkrantz, Carlos, 1999: 4-5).

<sup>28</sup> Esto presupone una toma de posición que adelanto. Decidí no discutir aquí con aquellos que tienen una visión más conspirativa de cómo se originan y se producen estos problemas y que entienden que el desafío es torcer el brazo o la voluntad de un ‘gran hermano’ violador de los derechos del colectivo de víctimas. Como se verá, mi diagnóstico en cambio resalta causalidades que se desprenden de incentivos institucionales y lagunas en los procesos políticos.

sus obstáculos deben ser parte de la conciencia judicial práctica, de la operación exegética y, así, de una estrategia remedial eficiente.

Por lo tanto, la disputa o desafío hermenéutico abierto en los casos *Verbistky* y *Mendoza* consistirá en la recreación o creación de una práctica más justa. Ergo, la pretensión que acarrear los derechos de los internos de comisarías bonaerenses y de los afectados de la cuenca del Riachuelo implican una búsqueda onto-epistémico abierta y no la conquista de parches o símbolos de papel para legitimar luchas aisladas o futuras. Deberá ser, empero, un proceso de investigación, un intento –todavía tímido- de desentrañar las resistencias de las prácticas injustas y arraigadas, protagonizadas y compartidas por actores diversos y con intereses diversos – algunos que no están presentes en la *litis* y que en general actúan de manera, *prima facie*, legítima.

Hasta aquí mi argumentación trata de caracterizar a su mejor luz la teleología de las órdenes indirectas de la Corte. La propuesta es suponer qué sus ordenes se dirigen a desatrincherar instituciones, desnudar prácticas para que puedan luego transformarse, desestabilizarse, recrearse.

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

### ***5. De porqué no hay culpables en los casos estructurales***

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

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

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

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

Como práctica institucional que realiza recortes explicativos monocausales, la inculpación entorpece de modo crítico la construcción de narrativas relevantes para pensar soluciones. No estoy haciendo ninguna revelación epistémica al señalar que para alcanzar remedios eficientes en casos con causalidades complejas es necesaria una explicación del daño que no deje fuera a hechos objetivamente relevantes, aunque moral o legalmente pudieran ser minúsculos.<sup>29</sup>

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

En segundo lugar, me permito afirmar que la autoridad jurisdiccional que no inculpa facilita en ciertas circunstancias la adhesión participativa de las partes al esquema remedial, elemento relevante para garantizar su eficacia. En efecto, la juridización de un conflicto que ‘responsabiliza’ por las consecuencias en lugar de ‘inculpar’ por las causas, a quien está dispuesto a asumir esa responsabilidad, disminuye la resistencia de los destinatarios del remedio. Ello es así porque aquellos que disputan el significado y la moralidad de sus conductas en un escenario multicausal, tienden a ver la inculpación como una manera de convertirlos en chivos expiatorios, y perciben los remedios como sanciones injustas. Si tienen algún poder o control, lo utilizarán para resistir.

En cambio, las narrativas más amplias que, pese a poner en el centro del análisis el sufrimiento de la víctima incluyen la complejidad de la producción del daño y los condicionamientos de sus causantes, contribuyen a una conciencia del daño compartido, que da razones e incentivos para la responsabilidad solidaria, y para la participación activa en las formas de remediarlo.<sup>30</sup>

Abregú y Espinoza (2004) han destacado cómo en un sistema jurídico sin herramientas de coacción directa, como es el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), es posible conseguir mayor eficacia en la realización de derechos a través de procesos de solución amistosa entre las partes –acuerdos-, antes que a través de sentencias condenatorias de los Estados. Los autores enfatizan con acierto que la presencia de la autoridad institucional del SIDH durante la definición y ejecución del acuerdo remedial es lo que garantiza los mejores resultados en términos de realización de derechos, aunque, para ellos la clave está en que esa presencia autoritativa en un proceso contradictorio asegura la ‘igualdad de armas’ entre las partes.

Ahora bien, aunque tiendo a coincidir en que ‘la igualdad de armas’ contribuye a que los acuerdos de parte sean más justos,<sup>31</sup> ella resulta insuficiente para explicar por qué se celebran y se cumplen acuerdos entre partes enfrentadas en un proceso contradictorio sin mecanismos de coacción directa. Si bien pueden postularse varias respuestas generales a ello, con los lentes de

---

<sup>29</sup> No estoy diciendo que necesariamente la Corte deba coartar, prohibir o transformar en ilícitas actividades lícitas. Sólo que todas ellas deben formar parte de una explicación causal útil y, eventualmente, de un remedio adecuado.

<sup>30</sup> La construcción de narrativas públicas de estos daños que realizan los activistas de derechos humanos, con sus mecanismos de contar ‘casos’ y divulgarlos a través de la metodología de la movilización de la vergüenza (shaming) y denuncias detalladas de situaciones de daño, es crucial en estos casos. El poder performativo de la opinión pública motivada por estas narrativas juega un rol significativo para la asunción por parte del Estado de su responsabilidad institucional de manera pública, la que es vital primero para mover al acuerdo y luego para garantizar la colaboración y el cumplimiento.

<sup>31</sup> Abrevo de los argumentos de Owen Fiss en contra de los acuerdos extrajudiciales para hacer, *contrario sensu*, esta afirmación. (Fiss, Owen, 1998)

Malamud Goti se podrían articular respuestas a casos particulares, bastante persuasivas. A la pregunta de ¿por qué los Estados se someterían activamente a esa jurisdicción?, el portador de los lentes de Malamud Goti podría responder que es porque el SIDH permite que el Estado resuelva conflictos que no puede resolver en el marco de una narrativa judicial inculpatoria local demasiado rígida y formalista. No se trata de que los tribunales locales no puedan ser tan imparciales como los de Washington –como parecen sostener Abregú y Espinoza-, sino de que los procesos contradictorios inculpatorios - como a veces se plantean los procesos penales locales, y en cierta forma los juicios de reparación civil demasiado formalistas- no alcanzan para construir una narrativa lo suficientemente rica, que cierre conflictos con ribetes políticos y multicausales.<sup>32</sup>

A la pregunta de ¿cómo partes contrincantes se convierten en ‘amigables’ colaboradores?, podría decirse que es más sencillo el diálogo y el acuerdo entre quienes no pretenden inculparse significando el relato de manera unidimensional.<sup>33</sup>

Nótese que por el contrario, ningún régimen que fuera inculpado o cuyos actores políticos centrales fueran inculcados por el SIDH, parece nunca haber cumplido una sentencia de la SIDH, ni arribado a acuerdos de este tipo.<sup>34</sup> Sin inculpación, en cambio, las partes no aparecen *prima facie* con perspectivas o intereses enfrentados, sino más bien diferentes. La presencia de la autoridad jurisdiccional más que favorecer el enfrentamiento, contribuye al acercamiento. El resultado es una narrativa no-excluyente de los hechos, sino más bien enriquecida por ambas perspectivas.

---

<sup>32</sup> En otro de sus trabajos ya clásicos, Malamud Goti defiende la necesidad de que haya juicios ‘desde adentro’ -de tribunales locales- en lugar de juicios ‘desde afuera’ -tribunales internacionales- para aquellos casos que él llama ‘juicios políticos’, en tanto ellos involucran el establecer una narrativa histórica legítima sobre ciertos hechos históricos que dividieron y dividen profundamente a una comunidad (Malamud Goti, Jaime, 2000). También es convincente esta tesis de Malamud y creo que sus razones son aplicables a los juicios que aquí se llaman estructurales y complejos, pero aún así, creo que no se contradice con lo sostenido, y que el SIDH puede, ocasionalmente, dar mejores chances remediales que los sistemas locales. En efecto, los casos que Malamud llama juicios políticos y aquellos que para mí son estructurales y complejos, tienen en principio en los tribunales locales su mejor escenario. Allí los jueces tienen menos espacio para ser cínicos respecto a las consecuencias de su intervención, y tienden a no simplificar la realidad política que les da ocasión y condición. Sin embargo, creo que cualquier autoridad jurisdiccional que se redimensione en este sentido, es decir que se vuelva más flexible, que evite la mera inculpación, y permita esquemas remediales más sensibles a las complejidades sociales y políticas, sin duda puede ser un mejor escenario para construir autoridad judicial y voluntad política en este tipo de casos.

Ahora bien, la necesidad del SIDH de fundar autoridad y obediencia sin tener herramientas de coacción ha venido funcionando, alentadoramente, como un fuerte incentivo para redimensionar sus mecanismos en esta dirección. De hecho hay quienes de manera indirecta están promoviendo este tipo de intervención menos axiomática y más sensible a las complejidades para cierto tipo de casos. Esta es mi lectura de por ejemplo, la propuesta de Víctor Abramovich, 2004.

<sup>33</sup> En el último párrafo de este trabajo me detengo en la explicación que dan Sabel & Simon, sobre como la intervención experimentalista de las Cortes produce un esquema de incentivos para la creación remedial colaborativa y para niveles de adhesión que aseguren continuidad y obediencia. Aquí solo cabe referir a mi trabajo “Intervención judicial y nuevos espacios públicos” sobre el caso de un conflicto mapuche en el sur de nuestro país, en el que se ejemplifica como los acuerdos políticos sucesivos fracasaron por años, hasta que la intervención judicial facilitó un proceso de negociación y acuerdo de singular éxito. Ver en [http://www.ceppas.org/gajat/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_view&gid=22](http://www.ceppas.org/gajat/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=22).

<sup>34</sup> El caso paradigmático es el del régimen del presidente peruano Alberto Fujimori. Cientos de casos presentados ante el SIDH fueron totalmente ignorados mientras lo que significaban tales casos eran una inculpación directa al régimen que encarnaba al Estado. No fue sino hasta que cambió la administración del país, que esos casos empezaron a encaminarse mediante una política de solución amistosa de los casos heredados de Fujimori. Ver Abregú y Espinoza: 2004.

La posibilidad de incluir al Estado demandado en éste tipo de narrativa es también lo que permite un esquema remedial que excede la mera reparación individual y enfrenta mejor las complejidades causales.<sup>35</sup> Para dejarlo mas claro, los casos complejos que interesan aquí, están compuestos por una red causal de a) conductas inmediatas (actuales) de las cuales la mayoría son conductas que no interesa condenar ni moral ni legalmente y se justifican por reglas que llamamos locales, y de b) conductas mediatas (antiguas), semillas del daño, cuya moralidad o legalidad se vuelve difícil condenar dado que el paso del tiempo complica la identificación y valoración de las evidencias de los sucesos. Así, los beneficios de la sanción institucional –la disuasión y la dignificación de la víctima- están en desventaja frente a la necesidad de encontrar una solución al problema –apartando simplificaciones narrativas-.

En conclusión, en los casos estructurales complejos como los que nos interesan aquí la neutralización de la lógica de inculpación convierte a procesos que siguen siendo contradictorios en alguna medida, en una **oportunidad epistémica y de construcción de voluntad política** bajo un paraguas autoritativo. Pero la existencia de una oportunidad no alcanza para resolver problemas que no podemos explicar.

### ***6- Del problema de explicar cuál es el problema***<sup>36</sup>

Pese a que demandados y demandantes en *Verbistky* y *Mendoza* no disputan sobre la existencia genérica de un problema que vulnera derechos y sobre la responsabilidad institucional, no hay acuerdo respecto a cómo se haría cesar el sufrimiento injusto de las víctimas.

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

La superpoblación carcelaria determina a su vez la superpoblación en las comisarías o establecimientos policiales – objeto de la demanda –. Allí se reproduce el sistema de hacinamiento y sus sucedáneos vivenciales, pero además, la precariedad de las comisarías

---

<sup>35</sup> Los ejemplos citados por Abregú y Espinoza son lo suficientemente ilustrativos al respecto. En particular ver el caso del periodista Argentino Horacio Vebitsky, quien denunciara ante el SIDH la violación a su derecho a la libertad de expresión, llegó a un acuerdo amistoso con el Gobierno que incluyó la derogación de la figura del desacato del Código Penal Argentino. El otro ejemplo es el del caso de Paulo Cristian Guardatti, en el que el acuerdo amistoso entre los familiares de Guardatti y el gobierno consistió en designar una comisión arbitral para determinar la indemnización, y la creación de una comisión *ad-hoc* para averiguar lo sucedido en el caso y emitir dictamen respecto a las medidas a ser tomadas.

<sup>36</sup> Corresponde aquí reconocer y agradecer a quienes me facilitaron información privilegiada sobre los avances del proceso de ejecución de los casos *Verbistky* y *Mendoza*, en especial sobre las características de la justicia bonaerense, y por haberlo hecho con ojo incisivo y crítico, y generosamente discutir conmigo varias de esas conclusiones: Jimena Saézn, Máximo Lanusse, Raquel Asensio, Ernesto Blanck, Sofía Bordenave, Joaquín Millón, Andrés Nápoli, Diego Morales, Silvina Ramírez, entre otros. Por otro lado, tuve oportunidades especiales desde que la Clínica Jurídica Córdoba de la que formo parte es miembro de la ‘mesa de diálogo’ en la causa *Verbistky*, y en cuanto pude invitar a mis clases de Palermo, gracias al apoyo de CLACSO y la Fundación Ford, a varios actores centrales de ambas causas.

encuentra otras fuentes: ni los policías de las comisarías están entrenados para ser guardias de personas privadas de su libertad, ni las instalaciones fueron pensadas para estos fines.<sup>37</sup>

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

Me permito resaltar el rasgo 2, dado que la Corte ya había dicho en cierta forma que con más infraestructura no alcanza porque el problema es **cíclico**, es decir, la curva ascendente del número de presos no cede.<sup>38</sup> Una ley de cupos sólo crearía la obligación infinita de construir más cárceles conforme al número de detenidos, y la inversión presupuestaria ya sea en un sistema penitenciario público o privado nunca alcanzaría a cubrir la demanda incesante de cupos.

Pero en la sustanciación del proceso de la causa *Verbistky* se atribuyó fundamentalmente a las leyes de excarcelación y prisión preventiva de la Provincia el aumento cíclico de detenidos. En sintonía con esta explicación, una de las órdenes de la Corte fue una exhortación a la legislatura provincial para que hiciera las reformas legislativas, que poco tiempo después se concretaron (ver nota 16). Estos nuevos ‘triumfos de papel’ situaron el problema nuevamente en un T2, en el que la curva no desciende - y se discute si el ascenso se detuvo o no, y en el último caso, si tal situación en la curva es permanente o aleatoria, violatoria de derechos o no -. Son los jueces que interpretan estas nuevas leyes a quien algunos acusan hoy, en éste T2, de un uso abusivo de la prisión preventiva, o de interpretaciones conservadoras de la excarcelación, o por el retardo excesivo en los expedientes –los inculpados de éste T2 no participaron, por cierto, de la sustanciación de la causa *Verbistky*, ni forman parte de la hermenéutica original del caso -.<sup>39</sup>

---

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

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

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

Pero tal acusación - que en un sentido general se dirige a la 'cultura jurídica' que domina la práctica hermenéutica-, según otros, no puede ignorar la falta de políticas públicas relativas a medidas alternativas y a equipamiento de la justicia, las que ponen a los jueces 'ideológicamente correctos' en situaciones dilemáticas, las cuáles son graves si uno considera además la política criminal y de seguridad imperante que tiende a abusar de las detenciones arbitrarias,<sup>40</sup> y el marco legislativo general que ve en la cárcel la principal herramienta de solución de conflictos. En suma, a veces, lo que la inculpación a los jueces demanda es que éstos se conviertan en los héroes o mártires de un sistema complejo, para hacer posible una aparente ruptura de prácticas injustas, sin que sea claro que éste tipo de rupturas episódicas y parciales consigan desestabilizar la práctica.<sup>41</sup> Además, una eventual inculpación pública o institucional de jueces, como se insinuó en el epígrafe 5, podría generar más resistencias desde un cuerpo clave para operar cualquier intento de transformación.

Bastan estos superficiales detalles de una discusión mucho más extendida para notar que tanto el Poder Legislativo, como el Ejecutivo y el Judicial, cumplen su rol en esta dinámica viciada, y cualquier reforma parcial es absorbida por la lógica en la que participan todos.<sup>42</sup> **Ignorar la complejidad sistémica del problema es subestimarlos, intervenir de manera antojadiza sobre ejes monocausales provee éxitos fugaces, inculpar unilateralmente puede generar resistencias decisivas.**

Las llamadas órdenes directas o incompletas suelen tener este carácter de intervenciones monocausales y por ello muchas veces fracasan. No pasó demasiado tiempo hasta que volvieron a haber enfermos y menores detenidos en comisarías después de que las órdenes de la Corte de que cesen esas detenciones se hubieran cumplido -según algunos, incluso antes de que saliera la sentencia. Un año después, hasta había menores que solicitaban -por *habeas corpus*- quedarse en las celdas hacinadas de las comisarías junto a mayores detenidos, para no ser trasladados a instituciones de menores en lugares alejados de sus residencias habituales. Es que en general las órdenes directas en casos estructurales como éstos, planteadas de manera aislada y sin una evaluación de su rol sistémico y sus interdependencias con otras dinámicas causales, tienden a ser **episodios de no-ruptura**, absorbidos por las lógicas generales de la práctica arraigada.<sup>43</sup>

---

con en la que solo se oyó a un reducido grupo de la sociedad civil y del gobierno y en el que otra vez no participaron los jueces "inculpados."

<sup>40</sup> "El principal problema que tiene la Provincia de Buenos Aires es la Policía" dijo Eugenio Zafaroni, juez de la Corte, en entrevista publicada el 16 de Febrero en la Revista DEBATE. [www.revistadebate.com](http://www.revistadebate.com).

<sup>41</sup> En provincias como Neuquén y Río Negro, algunos jueces como el Dr. Lozada, decidieron excepcionalmente la liberación de algunos presos frente a la inercia administrativa ante las denuncias por las condiciones de detención. No tengo datos respecto a si esto consiguió o no modificar la situación a futuro.

<sup>42</sup> La Corte de Buenos Aires (2007, Considerando 2) señala que el problema "trasciende, de un lado, a las concretas personas por las que originariamente se promovió la pretensión, proyectándose a todos quienes estén alojados en cárceles y comisarías de la Provincia de Buenos Aires, y, del otro, a los órganos del sistema judicial, pues comprende actividades privativas de los restantes poderes públicos."

<sup>43</sup> El problema del sistema de justicia de menores, y en especial el uso discrecional de las medidas tutelares como medio de privación ilegítima de la libertad de la infancia ha sido ampliamente denunciado por organizaciones como la Fundación Sur. Ver detalles sobre la situación normativa de la Provincia de Buenos Aires en el artículo de Ernesto Blanck, 2007. Ello es indicio suficiente de que el desborde no solo se da en las cárceles sino también en los institutos de menores y de allí decanta en las comisarías. Sin embargo, la Corte de la Provincia de Buenos Aires (2007, Resuelvo 1) dio por concluido el trámite respecto a esta orden de la Corte Nacional, entendiendo que ya no hay ni menores ni enfermos en comisarías. El problema está solucionado para la Corte dado que un informe de la Comisión Provincial de la Memoria así lo confirmaría y que tales detenciones están prohibidas por su propia orden. Desde tribunales algunos funcionarios

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

Otros consideran que tales propuestas en conjunto son inviables en el marco de la inseguridad social que existe hoy en la Provincia de Buenos Aires y de las demandas ciudadanas por una justicia más represiva.<sup>44</sup> Perspectivas radicalmente enfrentadas a la ideología que inspira a estos reformistas coalicionarían con los propósitos de las reformas procesales y administrativas que se piden. Se convertirían entonces en más ‘triumfos de papel,’ los que en un T2 jamás se implementarían sin peligro de estallido social o mártir político de por medio. Y aún así, no sabemos si tendrían los resultados exitosos esperados.

Más aún - y disculpas por tanto escepticismo-, aunque se bajara la curva del número de detenidos, se controlara el cupo de alojamiento de los internos en cárceles y comisarías, y se invirtiera en infraestructura y servicios, todavía queda el problema de la idiosincrasia carcelaria y de las fuerzas de seguridad civil. Durante generaciones se forjó una práctica que encubre, favorece y mantiene una administración de recursos penitenciarios y policiales dirigida al castigo de los internos y el maltrato de los detenidos, no a su resocialización o custodia. Tal idiosincrasia mantiene estrecha dependencia con las lógicas castrenses en las que fueron entrenados guardias y policías,<sup>45</sup> cuyos abusos a veces hasta parecen legitimados por el clamor popular y la coordinación política. A su vez, ellos mismos son víctimas de un sistema jerárquico internamente represivo y arbitrario, con condiciones laborales pésimas, y segregados de la posibilidad de realizar reclamos colectivos o formar sindicatos.<sup>46</sup>

En síntesis, esta *melange* causal,<sup>47</sup> con fuentes que tienen cierta autonomía pero que con el paso del tiempo han generado relaciones de interdependencias sistémicas entre ellas, involucra, en un sentido concreto, a todos los actores del sistema - desde los abogados defensores y sus estrategias de defensa que legitiman un sin número de supuestos de la cadena causal, hasta el titular de la cartera de Justicia y su diseño de política criminal y de seguridad, pasando incluso por profesores

---

afirman que todavía hay, y dejaron trascender que algunos están en lo que se llama Centros Transitorios, que técnicamente -a los fines del caso- son comisarías, y que no es la primera vez que la Corte de Buenos Aires trata el tema. Ya en el 2001 habían manifestado su preocupación por una acordada y hasta el 2005, y aun después, las denuncias en diarios locales se repitieron.

<sup>44</sup> La escasez e inseguridad articulan dialécticas funestas, estimulando culturas reaccionarias. La propuesta ecléctica del recientemente electo gobernador tiende a incluir procedimientos penales abreviados (*juicios express*), lo que probablemente reduciría el número de encausados en las cárceles, pero seguramente mantendría los números brutos de internos, o tal vez hasta los aumente, en detrimento de algún logro cuantitativo que se hubiera alcanzado con las reformas a las leyes de excarcelación y prisión preventiva.

<sup>45</sup> “...a mediados de los 50’, el plan CONINTES (Conmoción Interna del Estado) puso a la policía y al Servicio Penitenciario a cargo de las fuerzas armadas. Se logró militarizar el aparato de seguridad civil y enfocar su acción hacia la represión interna...Al mismo tiempo, los policías y penitenciarios dejaban de ser trabajadores de la administración pública y se convertían en una especie de soldados. Años después, muchos políticos –herederos de éstas instituciones- supieron aprovechar las ventajas de tener a su disposición un ‘brazo armado’ incondicional ...”(Calero, V. 2007)

<sup>46</sup> Algunos hablan, simplemente, de la corrupción en la policía, y que ella nunca permitiría que los recursos económicos mejoren el trato de los reclusos, abultando los bolsillos de comisarios y penitenciarios.

<sup>47</sup> La imputación de causas hechas hasta aquí es totalmente imprecisa, por cierto, dado que no existe una producción de datos globales, confiables, útiles y diseccionados para alcanzar un diagnóstico de base operativo. El análisis más completo, que está muy lejos del necesario, puede verse en el trabajo citado del CELS, 2005. Si existiese algo más o mejor en los registros oficiales, no se ha transparentado hasta ahora.

universitarios que enseñan sobre las funciones profesionales en tales contextos -defensa penal, trabajo social, medicina, psicología, etc.

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

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

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

A través de cada una de las distintas propuestas, no sólo se promueve una narrativa que explica las fuentes de los problemas y sus remedios, sino también un modelo o paradigma de cárcel alternativo al existente, aunque no necesariamente un modelo de ruptura de las lógicas que generan las violaciones, un modelo que intenta imponerse por sobre ‘el otro’ que es objeto de crítica. Contrariamente a lo que suele creerse, esta lucha ideológica enturbia las bases epistémicas sobre la que se desarrolla la práctica hermenéutica de los derechos, y genera resistencias barrocas a la implementación de medidas.<sup>48</sup>

Si el proceso judicial en causas estructurales fuera visto como un episodio de democratización de las políticas públicas, empoderando a voces que no han sido oídas, sería entonces legítimamente capturado por ésta lógica del debate ideológico. Los jueces deberían verse satisfechos con haber promovido una discusión en éstos términos acerca de la política públicas relacionadas con el hacinamiento –al margen del hecho empírico de que las víctimas dejen o no de sufrir. Pero éste no es el rol institucional que en este trabajo se atribuye a la intervención hermenéutica de las Cortes en estos casos, por ello resulta relevante insistir en el **alerta epistémica** que se resalta.

En tanto disfrazadas de concepciones neutralmente jurídicas o pragmáticas, con pretensiones de imperativo legal, las visiones ideológicas que dominan la discusión del problema en la arena pública -las que tienen un paradigma o una crítica paradigmática en mente- construyen *adversarialidades* inmovilizantes dentro del debate judicial. Ellas tienden a plantear

---

<sup>48</sup> Estas luchas ideológicas son el producto de una “esfera pública burguesa” en términos Habermasianos, con todos los problemas de accesibilidad y de publicidad que cuestionan entre otros Nancy Fraser (1997, Cap.II), los que se tornan particularmente relevantes en términos epistémicos, y en un marco de pretensiones pragmáticas de búsqueda de soluciones.

confrontaciones más eufemísticas que racionalizables e implementables a nivel práctico, volviendo el diálogo entre adversarios un juego de suma cero, que sin herramientas de coacción parece no llevar a ningún lado. Como asevera Bourdieu respecto a las luchas en epistemología social en general, “A pesar de su oposición sobre el valor del ‘paradigma’[...] conservadores y ‘radicales,’ adversarios cómplices, acuerdan de hecho en lo esencial: **por el punto de vista unilateral** que toman necesariamente sobre el campo científico, eligiendo, al menos inconscientemente, uno u otro de los campos antagonistas, no pueden percibir que el control o la censura no es ejercido por tal o cual de las instancias sino **por la relación objetiva entre adversarios cómplices** que, por su antagonismo mismo, delimitan el campo de la discusión legítima, excluyendo como absurdo o ecléctico, o simplemente impensable, toda tentativa de tomar una posición no prevista...” (el énfasis es propio. Bourdieu, P., 1999: 108).<sup>49</sup>

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

Para el defensor de un **punto de vista unilateral** no importa aseverar que en éste modelo de sistema NO hay solución para las condiciones de detención, porque la lucha es por imponer el punto de vista, el modelo, aún más allá de alcanzar una solución.<sup>51</sup> Sólo desnudando las complicidades implícitas entre supuestos ‘adversarios,’ tal vez, se pueda andar el camino de la realización de derechos por senderos más eficientes.

Igual relato podría hacerse respecto al ‘problema’ en la causa *Mendoza*. Más allá de los 60 demandados formales, hay otros cientos de actores que contaminaron y contaminan de diferentes maneras la cuenca del Riachuelo. Otros tantísimos actores participan de dinámicas que están comprometidas con los miles de diversos hechos contaminantes, y otras miles de personas indeterminadas sufren la contaminación de cientos de maneras. Ello por supuesto sin contar las generaciones de participantes de las prácticas arraigadas, a veces también víctimas, de otras generaciones, que ya no están.

---

<sup>49</sup> No creo que Bourdieu pretenda que las tentativas no previstas no respondan a su vez a alguna otra ideología, su pretensión de mínima, entiendo, es la de dismantlar los puntos de disputa establecidos por las relaciones objetivas a los fines de que la discusión epistémica se enriquezca estructuralmente.

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

[http://www2.lavoz.com.ar/08/02/22/secciones/opinion/nota.asp?nota\\_id=164584](http://www2.lavoz.com.ar/08/02/22/secciones/opinion/nota.asp?nota_id=164584)

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

Cuando las disputas epistémicas se dirimen sólo en un juego adversarial entre las partes formales del proceso judicial, se está lejos de encontrar la mejor solución para problemas estructurales que involucran prácticas arraigadas, enraizadas de manera compleja en núcleos comunales y transcomunales. El futuro, por las mismas razones que vengo enunciando, es sin duda un T2 en el que se busca inculpar con alguna explicación arbitraria a aquellos destinatarios más visibles, que se defienden y resisten. Sucede, como se viene insistiendo, que los problemas estructurales siempre, y paradigmáticamente, involucran más dinámicas, más intereses y más resistencias *prima facie* legítimas, que las que pueden representarse en un proceso judicial de carácter adversarial típico y tendiente a la inculpación. Ignorarlos en el análisis hermenéutico da como resultado pobres narrativas del problema desde las cuales se hace improbable generar un remedio adecuado.

Concretamente, el juego adversarial en *Mendoza* involucra por un lado a las distintas administraciones políticas demandadas –Nacional, Provincial y Municipales o departamentales- que tratan de evitar la inculpación defendiendo aquel punto de vista según el cual resultan ‘inocentes.’ Incluso usando la estrategia de inculpar a la institución en abstracto -auto-inculpación-, o de inculpar a empresas aisladas, como artilugio *ad-hoc* para simplificar el problema proponiendo una resignificación unilateral, una ‘explicación monocausal,’ en la cuál se exculpa a los actuales funcionarios, y se deposita el resentimiento social contra algún régimen anterior, o contra las empresas y su desprecio capitalista por el medio ambiente.<sup>52</sup>

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

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

Todos ellos se enfrentan a distintos acusadores, quienes a su turno, eligen los puntos de vista que contribuyen al juego de relaciones objetivas adversariales que conviene a sus fines. Las víctimas tenderán simplificar relaciones causales para generar la obligación de reparar de alguien, y las organizaciones de la sociedad civil, por su parte, reivindicarán narrativas paradigmáticas del problema que ellos defienden. En síntesis, se sobre-simplifican las explicaciones a los fines de las

---

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

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

calificaciones jurídicas disponibles y de condenas que les permitan ejecutar una eventual sentencia. De ésta manera, algo espuria, se delimitan el campo de discusión legítima, censurando tentativas de explicación y solución no previstas en esas relaciones objetivas.

### 7 – Entonces... ¿Cuáles son los desafíos de la Corte?

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

La puja por el sentido práctico de los derechos en juego suscita desacuerdos acerca de la las causalidades que los vulneran e indeterminación en cuanto a las posibles soluciones. El juego político –definido por disputas ideológicas- por largo tiempo amparó y consolidó el sufrimiento de las víctimas, oscureciendo cualquier horizonte de solución. Como campo epistémico previo a la confrontación judicial, el juego político ha fracasado de forma sistémica en la neutralización de los problemas en cuestión y es parte de la lógica desde la que no se puede explicar ni solucionar. Los demandantes simplificaran en que se debe a la desigualdad de armas –entre víctimas y victimarios sin voluntad política-, los demandados inculparan a terceros –empresas, gobierno, regimenes anteriores.

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

Esta es entonces la respuesta a la pregunta formulada en el parágrafo 3. El **horizonte** de la Corte es la búsqueda de un nuevo campo epistémico en el que se logre determinar cuáles son los extremos del problema y las alternativas remediales. Y como se viene repitiendo, aunque no es la

---

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

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

Corte, seguramente, quien decidirá cuál es ese problema y su remedio, ella deberá facilitar las nuevas formas de buscarlo.

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

## 8 – Giro político: *Verbistky y Mendoza como los costos marginales de una República Democrática*

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

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

La interpelación por planes de acción remediales, ceñidos a problemas estructurales, tiende a cumplir este rol imperativo. Requerir un ‘plan de saneamiento’ al Gobierno en la causa *Mendoza*, es el tipo de medidas que mueven a aprender el problema de manera sistémica; mientras que, pedir informes periódicos de ‘medidas’ –cualquiera que pretenda hacer el gobierno- para mejorar la situación del hacinamiento en la causa *Verbistky* (considerando 6), tiende a legitimar la lógica del ‘parche’, desligando a la administración de compromisos sistémicos que generen responsabilidad a largo plazo –a menos, por supuesto, que esta sea la antesala para permitir el monitoreo y crítica desde una perspectiva sistémica de esas medidas-.

Si un juez pide un plan remedial, es fácil para la administración comprometerse a largo plazo con una planificación ideal e implausible, ya que no tendrá que hacerse cargo de los costos de

incumplir ese plan en el futuro. Si a la Corte sólo la motivara el éxito simbólico o coyuntural de dictar una sentencia exhortativa, ella quedaría satisfecha con una promesa de este tipo. Igual satisfacción abarcaría a demandantes motivados, por ejemplo, por concretar algún proyecto específico sobre temas parciales que se encuentre contemplado en el plan. Esta es la versión más hipócrita del activismo judicial y del litigio público, la que tiende a denostar, como bien suele resaltarse, la autoridad del derecho (Rosenkrantz, C. 1999: 6), y con ello, la autoridad de las Cortes. Pero esta versión hipócrita y hasta cínica del uso de la jurisdicción -sin compromiso con la ejecución-, está lejos del comportamiento de los tribunales argentinos en los casos complejos que venimos analizando.

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

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

---

<sup>56</sup> Diría que la excepción en el caso de la Corte Suprema es la causa *Benghalensis* donde si se dictó este tipo de ordenes y así, proliferaron un sin número de causas individuales en jurisdicciones inferiores, en las que se trata de ejecutar para algunos -cuál litigio por el 'corralito'-, lo que debió ser una política general. El célebre caso norteamericano "*Brown v. Board of Education*" de los 60's, fue también una orden de éste tipo y corrió similar suerte. La segregación en la educación sigue siendo, casi medio siglo después, un asunto sin resolver para los norteamericanos. Ver estrategias de implementación en Liebman, James (1990).

<sup>57</sup> "Lorenzetti tuvo casi siempre la iniciativa y realizó la mayor cantidad de preguntas. 'Si el plan de saneamiento durara 15 años, la estructura institucional que reúne a los municipios y a los tres gobiernos (el Nacional, el bonaerense y el porteño) debería durar ese período. ¿Qué grado de fortaleza tienen los convenios?', lanzó al principio de la Audiencia. Picolotti contestó: 'Hay convenios marco y específicos que lo garantizan.' El juez volvió a preguntar: 'Insisto: el problema es jurídico. ¿Hay estructura para sostener el sistema 15 años?'. 'Yo creo que sí. Estoy convencida. El marco institucional es lo suficientemente sólido', respondió. Pero el presidente de la Corte parecía lejos de estar convencido y, en lo que duró el resto de la audiencia, volvió a interrogarla cuatro veces más sobre el mismo tema. Las preguntas se dirigieron luego al presupuesto del plan. Picolotti explicó que la Autoridad de Cuenca -el ente que reunirá a los gobiernos de la ciudad, la provincia de Buenos Aires y la Nación- no tendrá fondos propios y serán los distintos miembros del ente los que brinden el dinero. La pregunta de Lorenzetti no se hizo esperar: '¿Cómo se sostendría, por ejemplo, si una de las partes decide un año no pasar presupuesto?'. 'Si la Acumar manejara el dinero, ese problema tampoco se podría solucionar', evadió Picolotti. Lorenzetti seguía sin estar conforme y se lo hizo saber. 'El problema es que en el plan no está previsto el desacuerdo político a mediano plazo', sentenció. A

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

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

Cuando los participantes del juego adversarial son los ‘representantes legales’ de las víctimas - organizaciones especialistas en temas legales, como sucede en *Verbistky*-, la misma perspectiva de la víctima y la de sus intereses y otros intereses que escapan a la calificación jurídica dominante, crucial a los fines cognitivos, resulta apartada –o expropiada, como les gusta decir a los activistas- de la discusión. De igual manera, cuando los representantes del Estado están sumergidos en el juego adversarial de la política, censuran visiones estatales que son críticas para la determinación epistémica; por ejemplo, la de los mismos expertos del Estado. El caso paradigmático se advierte en los organismos con competencias altamente técnicas.

Reacuérdesse el sorpresivo reporte de los expertos de la UBA, en el que se criticó profusamente el Plan presentado por la Secretaria de Medio Ambiente de la Nación ante los estrados de la Corte. Varios de estos expertos trabajaron con anterioridad o trabajaban todavía en la misma Secretaría y, sin embargo, sus opiniones y perspectivas estaban lejos de verse reflejadas en el Plan presentado. ¿Cómo se explica tal contradicción, siendo las visiones en disputa partes del mismo organismo?

Ocurre que la dirección política es la que decide las prioridades, enuncia los problemas y establece los focos de atención - los que, en general, previamente estableció la prensa o la opinión pública, o el impulso de huir de la inculpación institucional. Los expertos obedecen; trabajan sobre ese campo impuesto, con las reglas así establecidas. Esta obediencia, la mayor parte de las veces es una subyugación epistémica que sistemática y sintomáticamente se da en las oficinas de la administración pública.<sup>58</sup>

---

este cuestionamiento por la falta de un marco jurídico adecuado del plan, le siguieron otros por la falta de previsión en distintos aspectos del proyecto oficial” Agustín Cronenbold, Redacción de la Nación Síntesis Digital Noticias en <http://www.scba.gov.ar/prensa/Noticias/06-07-07/Cuestiono.htm>

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

Sabel & Simon refieren a una reacción similar de los actores en procesos experimentales. Ellos dicen que el inicio de un proceso experimental usualmente envuelve una descentralización dramática dentro de las instituciones, en tanto los trabajadores de rango inferior consiguen una creciente discreción para lidiar con las contingencias con las que están más familiarizados (Sabel & Simon, 2004: 1078, 1079). Luhman, desde otra óptica, explica algo de esto señalando que “En el sistema político, por ejemplo, hay una tensión inherente entre función social (la formulación y la ejecución de decisiones vinculantes) y operación (la conservación de los recursos de poder y la promoción de la legitimación) que puede reconciliarse internamente sólo mediante procesos de reflexividad política (centrándose en qué trata la política e

Un valor central para nuestra cultura democrática es el de ser gobernados por los representantes elegidos por el pueblo, y no por los expertos o profesionales de la técnica. Sin embargo, como práctica objetiva en sociedades complejas, esta forma de gobierno tiene sus costos. Aquellas cuestiones que están desde el principio excluidas de la agenda política - entre ellas, las que exigen largo plazo como vimos en a), y las que responden a fallas de los procesos políticos<sup>59</sup>) son segregadas de forma **sistémica** y constituyen al aparato de censura epistémica que se ejerce sobre aquellos actores en condiciones de advertirlas y atenderlas -los técnicos. No es demasiado temerario pensar que ésta subyugación epistémica de los expertos - y también de otros operadores críticos del sistema- al ‘olfato’ político, tan intestina a los organismos técnicos del Estado, es caldo de cultivo de problemas estructurales y su ocasión para la consolidación.

A su mejor luz, puede advertirse que el requerimiento judicial de un reporte de expertos sobre el plan de gobierno vino a **subvertir la jerarquía** hacia adentro de la Secretaría, obligando a la coordinación a revisar y justificar su aproximación al problema frente a los argumentos de sus propios expertos - quienes en tanto representantes de la UBA ante la Corte, actuaban desde una subyugación epistémica diferente, la que deben al campo de su especialidad o a la academia-; y, además, **descentralizó** la función de planificación, al exponer el esquema de justificación del gobierno no sólo a la crítica académica sino además a las crítica de las Organizaciones No Gubernamentales en la audiencia pública.

Esta es una aserción relevante para varias otras discusiones usuales en la teoría política y jurídica, como ya lo adelanté antes. Mientras los teóricos de estas disciplinas remarcan la superioridad técnica y tecnológica de la administración frente a los jueces para resolver este tipo problemas estructurales y complejos - y así justifican pragmáticamente la deferencia debida a los poderes políticos<sup>60</sup> -, la realidad reclama una respuesta más aguda a estas cuestiones. Es plausible sostener que frente las exigencias de cierto tipo de daños graves y arraigados, amparados por la censura epistémica que impone el campo político, que se vierten de arriba hacia abajo, la necesidad no es de ‘deferencia política’, sino al menos de cautela epistémica, y de ser necesario, de reversión de las jerarquías o descentralización en la toma de decisiones específicas.<sup>61</sup>

---

imponiendo límites a lo que puede hacerse en nombre de la toma de decisiones y la conservación del poder). (1982: 229).

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

<sup>60</sup> Este argumento usualmente se sostiene junto a otro que señala que se trata de ‘casos políticos’ en los cuáles la competencia exclusiva corresponde a los poderes mayoritarios, a los órganos políticos. Ello sin advertir un punto en que se presentaría una contradicción si se sostuvieran los dos argumentos a la vez. O decide la administración porque los que deciden son los ‘políticos,’ o decide la administración porque tienen mejores expertos, lo que hace pensar que la visión de son los ‘expertos’ debería tener cierta preeminencia.

<sup>61</sup> Este tipo de intervención judicial no es tan atípica como puede parecer a primera vista. Esta prevista tanto en los casos de concursos y quiebras como en materia de leyes antimonopólicas. Sabel & Simon resaltan las similitudes de estos casos con los de instituciones públicas que escapan al control de los procesos políticos. Explican que, cuando ciertos actores privados consiguen ser inmunes a la competencia del mercado es cuando deben intervenir las leyes *antitrust* o antimonopolio. En contraste, las instituciones del estado tienden a ser monopolios, cuyo principal mecanismo de responsabilidad son los procesos electorales y políticos. Cuando hay instituciones que se han sustraído a esos procesos, las normas de

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

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

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

El primer gran logro de la Corte en el caso Riachuelo fue precisamente instar a la estructuración del Comité de Cuenca, el cual, pese a responder a una regulación expresa, fue mutando su formalización de acuerdo a los planteos de la sociedad civil y los expertos de la UBA, y ha ido evolucionando hacia una mayor descentralización conforme a las críticas y expectativas de la Corte y los monitores cuya voz se privilegió en las audiencias públicas.<sup>62</sup>

Por otro lado, las lógicas amparadas por formas institucionales rígidas son muchas veces la columna vertebral del problema. Si lo que mueve a flexibilizar esas columnas es sólo aquella cuestión que penetra el discurso político, entonces los problemas que son el resultado de las

---

derecho público juegan un rol análogo a las leyes *antitrust* al penetrar esas instituciones. Similar analogía se hace con la intervención judicial en los procesos de Quiebras y Concursos. Los jueces obligan a transparentar la información de la empresa concursada, y crean organismos que controlan y monitorean, y en los que se descentralizan las decisiones empresariales. (2004: 1059-1062)

<sup>62</sup>“La víspera de la audiencia, el presidente Néstor Kirchner había firmado el decreto para designar representantes del Poder Ejecutivo Nacional ante la Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo, que se sumarán a los dos representantes de la Ciudad de Buenos Aires y los dos bonaerenses. El organismo, presidido por la Secretaria de Ambiente, Romina Picolotti, se reunirá por primera vez el 17 de julio [2007]. La demora en esa convocatoria le bajó el tono a la embestida del gobierno porteño, que había pedido informar aparte ante la Corte y hasta exigió que se declare inconstitucional la conformación del Comité de Cuenca” (Un día de explicaciones a la Corte. Página 12, Sociedad, 05/07/07. <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-87624-2007-07-05.html>).“En la Corte no causó una buena impresión el modo en que quedó conformada la Autoridad de Cuenca, creada por ley, debido a que quedó integrada por autoridades gubernamentales, pero los 14 municipios que integran la cuenca hídrica tienen una representación secundaria, lo que obliga a formular convenios para implementar cada medida. Esto explica porque Carmen Argibay pidió precisiones sobre cómo harán para que los municipios cumplan los compromisos. Los jueces supremos observan con ojo crítico ‘que todo el plan quede centralizado y dependa de la voluntad de una persona’. Sería deseable, advierten, que si la limpieza del Riachuelo demanda unos 15 años –como prevén en la secretaría ambiental– haya un control permanente sobre su desarrollo independiente del gobierno de turno. ‘No vemos mecanismos claros de control social, alguien debe controlar a los gobernantes’, dijo un ministro del tribunal”(Falta pasar mucho agua bajo el puente, Pagina 12. Sociedad. 21/02/2007 <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-80694-2007-02-21.html>).

censuras epistémicas que describí en a) y b), encuentran en la rigidez institucional los **muros** de un laberinto sin salida.

En otras palabras, las formas que distribuyen competencias determinan lo que es atendible por el Estado y lo que no lo es, y así supone una delimitación cognitiva explícita, ocasión y condición de la persistencia del problema. Bourdieu llama *Illusio* a la creencia en una forma de razonamiento específico -el formalismo del derecho, por ejemplo-, que supone la aceptación del mismo como forma necesaria para tomar parte del juego (Bourdieu, Pierre, 2000). Este reconocimiento tácito de los valores que se encuentran en disputa en el juego, y el dominio de sus reglas es también parte de la **conciencia práctica** de los actores de las formas burocráticas, de sus guardianes, en definitiva, de los grandes **censores epistémicos**. Se trata de una conciencia práctica sobre la necesidad de cierto esquema de formas, en el cuál se ha consolidado la situación problemática.

Veamos un ejemplo. Cuando el demandante en la causa *Verbistky* se sentó en la mesa de diálogo, tal cuál lo ordenó la Corte, junto al responsable del Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y las organizaciones que presentaron *amicus curiae*, las conversaciones fueron llevando a invitar a más organismos –ministerios, agencias y secretarías- del estado provincial a la mesa.<sup>63</sup> El entramado burocrático que de manera relevante puede atender algún extremo del problema penitenciario y policial es tan vasto, que el demandante previó la posibilidad de excusas inmovilizantes del tipo: ‘eso no me toca a mí, sino a la Secretaria X’; y por eso abonó que vinieran a la mesa todos los jefes, de los jefes, de todos los organismos posibles. De ésta manera el diálogo se entabló entre más representantes del Estado que de la Sociedad Civil sin que ello ayudara a que avancen substancialmente las acciones.

En principio siempre faltaban piezas en el rompecabezas burocrático del sistema penitenciario para excluir efectivamente a la temida excusa de la mesa; luego, no se reparó en que era precisamente la rigidez, o la vaguedad de las competencias de estos funcionarios –producto de las definiciones de lo atendible-, lo que venía propiciando la desatención del problema de una manera sistémica. La aceptación tácita de las razones que distribuyen así las competencias son, en parte, los muros de una conversación a ninguna parte.

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

El intento de alejarse de terrenos inculpatorios de una parte, y el de no consentir fáciles escapatorias del adversario, de la otra, limitó las confianzas mutuas y resumió los proyectos en aspiraciones a ‘triumfos de papel,’ disparadores de eventuales T2 en los que se inculparían a quienes no estaban en la mesa.<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> El CELS llegó a proponer un reglamento según el cuál la mesa estaría integrada formalmente por “representantes del Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (en adelante PBA), el Ministerio de Seguridad de la PBA, de la Secretaría de Derechos Humanos de la PBA, de la Procuración General ante la SCBA, el CELS y las organizaciones que presentaron Amicus”. De estas últimas solo dos acudían regularmente. (Lineamientos para el funcionamiento de la mesa de diálogo. Documento-propuesta presentado por el CELS a miembros de la mesa en el 2007. Inédito). A la mesa usualmente acudían representantes de variadas dependencias.

<sup>64</sup> No sólo se barajo acordar sobre una ley de cupos, y casos particulares y extremadamente específicos, sino que hasta se llegó a conversar sobre la posibilidad de presentar *habeas corpus* con la anuencia de

Respetar ciertas formas en estos casos, no es otra cosa que respetar las articulaciones de censura epistémica que dieron ocasión y condición al problema.

Los otros ejemplos ya se mencionaron indirectamente más arriba. La inquisición de Lorenzetti en la causa *Mendoza* por garantías de estabilidad del plan, y la funcionaria respondiendo con la ley de presupuesto y su formulación anual, sitúa el punto de disputa aparente en las formas. Por alguna razón –del juego– que hace a la conciencia práctica de la burocracia, nunca ha resultado un problema la afectación del presupuesto del 2028 con bonos de la deuda pública, o del presupuesto de las próximas generaciones con empréstitos para obra pública, mientras sí es una cuestión infranqueable la afectación del presupuesto por 10 o 14 años para reparar o frenar un problema estructural como la contaminación del Riachuelo.

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

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

Hasta aquí se definieron los derechos en juego en casos complejos como derechos a la transformación, pero no a cualquier transformación, sino a una transformación que desestabilice prácticas injustas, una transformación sistémica. El debate hermenéutico acerca del sentido de los derechos será entonces acerca de cómo alcanzar esta transformación. Pero no hay una receta escondida en algún cajón o laboratorio para alcanzarla, sino más bien alternativas de búsqueda cercenadas por las lógicas preconstituidas alrededor de cajones y laboratorios - muchas de ellas, como se vio, bajo el amparo de prácticas legítimas y vitales para las democracias republicanas (las formas burocráticas, la periodicidad de mandatos, la coordinación política de agencias). Por ello la hermenéutica en éstos casos, debe además cambiar la **metáfora** que domina la idea de búsqueda de sentido y, como propone Richard Rorty (2000) al pensar en el “progreso”, en lugar de pensar en un acercamiento a algo distinto a nosotros mismos, en un descubrimiento de lo verdadero y lo correcto que es preexistente y está en algún lado - metáfora de cierre, de cajones y laboratorios-, deberíamos pensar en términos de auto creación, de hacernos mayores y mejores - metáfora de expansión. En lugar de oponer lo ilusorio a lo real, sería mejor oponer el pasado al futuro.

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

Permítanme unir los dos universos teóricos de la siguiente manera. Si como se viene sosteniendo, la Corte tiene que superar censuras epistémicas para desestabilizar prácticas injustas y arraigadas

---

defensores públicos para sacar a las mujeres embarazadas detenidas, a quienes la Corte -que tampoco escapa a las inculpaciones- había olvidado en sus órdenes directas. Los protagonistas de este T2 serían los jueces a quienes se dirigirían los *habeas corpus*. En tanto, jamás se accedió a información sistémica relevante pese a la insistencia de la demandante. La excusa impenetrable fue el supuesto peligro para la ‘gobernabilidad.’

- como alternativa crucial para cumplir su rol republicano sin cinismo-, lo que los experimentalistas sugieren es que se promueva un **sistema de decisiones** construido por las partes relevantes, el cual discipline el accionar estatal para tratar el asunto volviéndolo reflexivo respecto a sus resultados, concentrado en expandir su idoneidad cognitiva, y sin más restricción que las que surjan de la comparación del pasado con el futuro.

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

“La idea de que la obediencia a unas restricciones previas explícitas es superior a crear las propias restricciones a medida que uno avanza es, por supuesto, la que prevalece en la filosofía moral y en la filosofía de la ciencia. A los rigorismos kantianos de la ética les encanta señalar horrores morales e inferir de ellos la necesidad de unos criterios absolutos e incuestionables acerca de lo que está bien y de lo que está mal [inculpar, según la terminología de este trabajo]. Sus oponentes - los utilitaristas como Mill y los pragmatistas como Dewey- dicen que el progreso moral **no es una cuestión de obediencia mayor a criterios previos sino más bien de redescubrir la situación a la que se aplican los criterios.**” (El énfasis es propio. Rorty, R., 2000: 13).

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

Concretamente, y a los fines de identificar y denunciar las metáforas aludidas, algunos tribunales al intervenir en casos estructurales han incurrido en lo que me interesa calificar aquí como **‘falacia legalista.’**<sup>65</sup> Se trata de encontrar alguna norma incumplida, ordenar que se cumpla, y hallar en ello, solo en ello, el rol jurisdiccional en casos complejos. El presupuesto es que todo lo malo viene de violar la ley. La esperanza latente es que las razones del derecho –encarnadas en la norma- se impongan y cambien las lógicas de la práctica que violan los derechos subjetivos. Claro que eso no pasa, como no pasó que la adecuación de las leyes de excarcelación y prisión preventiva a la normativa constitucional en el Caso *Verbistky* modificara substancialmente la situación de los detenidos ante los jueces locales, como parece no haber pasado que los menores abandonaran para siempre las comisarías –pese a la orden de que se cumpla con la normativa que indicaba que no deberían estar detenidos ahí-, como no pasará que con la creación del Comité de la Cuenca Matanza-Riachuelo conforme a la normativa legal, se modifique automáticamente la forma de administrar el problema y sus recurrencias.<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> Esto no coincide exactamente con lo que Binder (2004) llama ‘fetichismo normativo’ o Botero Bernal (2004) ‘síndrome normativo’, pero tiene obvios parentescos con ambos conceptos que refieren a la reforma legal como respuesta a problemas y la excesiva confianza en su auto operatividad.

<sup>66</sup> Tal vez el caso más interesante que conozco en este sentido es el del fallo de los Hospitales de Mar del Plata citado más arriba (nota 10). Después de que los jueces de la Cámara tuvieron una extraordinaria actuación a través de órdenes indirectas en la formación de un nuevo campo epistémico, de descentralización del debate, de restructuración de sistemas de decisión gubernamental y no gubernamental, decidieron cerrar el proceso, y así poner punto final a lo que habían iniciado, dictando una

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

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

Ello es por un lado la aceptación de las censuras dominantes que enmarcan los problemas ‘sin solución’, y que son la ocasión de las selecciones legales-, y por otro, en tanto recorte monocausal de problemas sistémicos sólo sirve a los fines inculpatorios, significando el conflicto en formas tales que generan resistencias legítimas de parte de quienes se ven como chivos expiatorios –los desobedientes-. Finalmente, es una de las formas cínicas de huir del rol republicano de las Cortes en detrimento de la autoridad del derecho y de los tribunales.

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

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

Excede el espacio y objetivos de éste trabajo el acercar algo de la riqueza, detalle y potencialidad de la propuesta experimentalista.<sup>67</sup> Sólo voy a intentar aquí alejar algunos malos entendidos recurrentes para incentivar a una lectura más profunda de esta propuesta, y tratar de derivar algunas conclusiones relevantes para los casos en análisis.

En primer lugar empieza a ser corriente sostener que abogar por el experimentalismo como salida remedial de casos complejos es abogar porque las Cortes sean las que establezcan cuáles son los objetivos a corto, mediano y largo plazo que debe cumplir el Gobierno y cuáles son los medios para alcanzarlo; como si las cortes fueran traductores de las normas jurídicas desde su lenguaje abstracto y principista, a un lenguaje concreto y operativo en clave de planificación. Si bien intuyo que este tipo de malentendido en nuestro país es sintomático del dogmatismo legal de los

---

orden general y axiomática de que se cumpla con la norma provincial de descentralización de los Hospitales Públicos. Y así cerraron las alternativas y el problema continuó y continuara. Ver en particular el comentario al hecho por Jimena Saénz, 2006.

<sup>67</sup> Conviene recomendar el artículo de Sabel & Simon (2004) como uno de los trabajos más asertivos para incursionar en el tema del litigio experimental, y en español, la descripción y comentarios de ese trabajo, realizados por Paola Bergallo (2005).

juristas, y de la forma de activismo que caracteriza a nuestra sociedad civil organizada, no es el lugar para detenerme a explicar esta intuición.

En todo caso lo que interesa señalar es que una disciplina de objetivos y medios no es una disciplina experimentalista si no viene acompañada de un mecanismo específico de revisión y evaluación periódica, y si estos elementos no son el producto de una negociación entre las partes relevantes, en lugar de una imposición generada por la Corte.

- **Revisión y reevaluación permanente**

Esto es crucial para pensar los próximos pasos en la causa *Mendoza*. El esquema remedial de éste caso, compuesto centralmente por ordenes indirectas, instó a diseñar y movilizar procesos de largo plazo y a reflexionar sobre sus garantías de continuidad. Ello hizo que la administración deliberara internamente sobre sus presupuestos cognitivos al plantearse planes operacionales, los transparentara, y luego expusiera la justificación epistémica del plan frente a las críticas de la sociedad civil y de los expertos de la UBA. Instó además a que se desplazaran las formas existentes por un Comité de Cuenca al que además se sigue instando a descentralizarse. Las audiencias públicas proporcionaron transparencia al proceso, y así se fertilizó la responsabilidad pública de los compromisos institucionales. Para algunos esto es suficiente, en cuanto democratizó la discusión de la política pública y ayudó a poner en marcha a la administración. Para otros, es hora de que la Corte tome el toro por las astas y le diga a la administración pública que tiene que hacer – y de ser posible cuando y cómo.

Para la perspectiva que se desarrolló en este trabajo, en cambio, se han sentado algunas bases para iniciar el cambio en la forma de buscar soluciones, para buscar desde donde buscar el nuevo esquema de regulación para la transformación. En este mismo orden de ideas, para un experimentalista, tal regulación sólo desestabilizará las prácticas injustas si genera **elementos para la evaluación periódica**, y se consensúa una disciplina remedial reflexiva. En otras palabras, la Corte debe apuntar a un campo epistémico en el que se negocie y acuerde una regulación del problema con elementos reflexivos -de re-evaluación periódica-. Alentar que los términos del proceso contradictorio entre partes procesales defina la disputa epistémica por mucho más tiempo sería un error que pronto tendría que pagar con su propia autoridad - o viéndose obligada a dictar una sentencia que va a ser fuertemente resistida, o permitiendo que el efecto desmovilizador de su intervención funcione como otro parche episódico que desaparecerá en la próxima administración.

En esta línea de preocupación entiendo que está el reclamo del abogado de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales, quien en una de las audiencias públicas demandó **“una línea de base de la situación actual...con indicadores de monitoreo que permitan realizar un seguimiento de los avances y medir resultados alcanzados.”**<sup>68</sup> Andrés Nápoli exigió, a diferencia de las demandas axiomáticas que acostumbramos los abogados, abanderados de las narrativas inculpatorias-, **condiciones mínimas** para la creación de un campo epistémico del problema, para hacer posible la definición del problema, y para que así pueda monitorearse la evolución, y evaluarse las medidas que se apliquen. En otras palabras, para que la descripción del presente sirva de base de comparación con la descripción del futuro. Acordar esa línea de base entre las partes relevantes será el desafío más importante de éste caso, la forma en que será posible una tracción sistémica autorregulada.

- **Partes**

---

<sup>68</sup> Ver presentación de Andres Napoli del 4 de julio del 2007 en: <http://www.farn.org.ar/participacion/riachuelo/documentos.html>

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

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

En suma, lo que insinúo es que hay cierta transitividad en la idea de ‘portadores de interés,’ la que incluye no sólo a los que tienen un interés –fundamentalmente las víctimas - sino a los que son de interés –fundamentalmente los expertos-. Mas aun, desde mi perspectiva la propuesta experimentalista tiende a concentrar las negociaciones entre estos dos actores en desmedro de las partes procesales – las que usualmente describen el interés desde perspectivas legales, y sugieren soluciones desde paradigmas políticos abstractos-. La interacción entre los portadores de interés puede generar una redescipción del problema que supere el conflicto motorizando la acción colaborativa. Ellos podrían entrar en el proceso de negociación por su propia voluntad o ser llamados por otros *stakeholders* o por la Corte. Quién tiene interés y quién es de interés es también una cuestión que se va resolviendo en las negociaciones. El problema es que además, en tercer lugar, todavía hay un malentendido rondando respecto al carácter de tales negociaciones.

- ‘*Negotiation*’

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

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

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

Creo que las *negociation* de los experimentalistas son conversaciones que tienden a establecer ejes de investigaciones conjuntas y colaborativas, y en las cuáles en principio no hay acuerdo acerca de lo que se persigue; pero en las que, por distintas razones, conviene a las partes –tal vez porque los jueces se lo imponen- alcanzar un acuerdo acerca de que considerarán, o como determinarán, que es un resultado satisfactorio.

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

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

Más allá de los vastos ejemplos concretos que contradicen este prejuicio, hay una razón importante para dudar de su pertinencia en estos casos en particular. Tal es, que el esquema remedial de la Corte podría dirigirse a instar la creación de un interés común y legítimo en alcanzar cierto tipo de acuerdos. En efecto, como se viene sosteniendo, sin inculpación por las causas, sin herramientas de coacción, sin disenso acerca de lo injusto de la situación, con atribución de responsabilidad institucional por las consecuencias, y con exigencias de tratamiento sistémico y no meramente episódico, no parece haber razones legítimas para confrontar –salvo que se confronte en contra de esos mismos presupuestos–, y en cambio, sí para conversar sobre acuerdos.

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

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

Sin embargo, desde el marco teórico que se viene proponiendo, hay algunas razones explicativas del fracaso que vale destacar. En principio, en la mesa no hubo más *stakeholders* que las partes procesales. Ellos, como ya se dijo, representaron el esquema de censura del sistema penitenciario o de las posiciones ideológicas que denuncian monocausalidades o diagnósticos paradigmáticos unilaterales. No hubo en la orden judicial incentivos para el co-gobierno del problema o para la gestión colaborativa que descentralizara o que venciera las censuras epistémicas. Así, el diálogo devino en negociaciones –bargaining– sobre proyectos parciales cuya significación inculpatoria tiende a salvaguardar a los participantes de la mesa – y en todo caso inculpar a los que no están ahí. Estas restricciones impidieron que se disponga o transparente información sistémica relevante bajo la excusa de arriesgar la ‘governabilidad.’

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

El problema no parece ser el torcer la mano de un Estado reticente que defiende su derecho a causar daño. Por el contrario, los demandados han consentido los términos relevantes de las demandas en todo momento, y no parecen indolentes al respecto. Insistir en coaccionarlos para que ‘dejen de dañar’ presupone visualizar el conflicto como una mera cuestión de doblegar la dejadez o apatía de los funcionarios. Si tanto sufrimiento para las víctimas fuera causado sólo por

la pereza administrativa, ¿como es que generación tras generación, sólo los perezosos coinciden en las mismas oficinas de la administración?. Esta visualización del problema parece algo maniquea y sin más horizontes que la coacción, en la que se pone a duelo arbitrario a jueces y funcionarios.

Por el contrario el desafío de este caso - al igual que en *Mendoza*-, debe ser determinar ¿qué y cómo?, sortear lo que en el epígrafe 5) llamamos el problema de explicar cuál es el problema, dejando de lado visualizaciones del escenario signadas por la ansiedad inculpatória. Éste debería ser el cometido con que la Corte interpele a la mesa de diálogo: organizar el proceso remedial para incentivar a que la administración del conflicto se descentralice en los 'portadores de interés', los que movilicen cooperativamente el proceso, trascendiendo las falsas adversarialidades y expandiendo las alternativas de solución.

### ***Bibliografía***

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

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

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

**Abregú, Martín**. (2007) "Derechos Humanos para todos: De la lucha contra el autoritarismo a la construcción de una democracia inclusiva. Revista Puente @ Europa, del Observatorio para las relaciones de la Unión Europea con América Latina. Universita di Bologna. Nro. 1. 2007. 28-42. [http://www.ba.unibo.it/NR/rdonlyres/588D11DB-CEFF-40C9-9E6B-C20ED9721621/82546/PuenteEuropaN1A5Abregu\\_es.pdf](http://www.ba.unibo.it/NR/rdonlyres/588D11DB-CEFF-40C9-9E6B-C20ED9721621/82546/PuenteEuropaN1A5Abregu_es.pdf).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**Böhmer, Martín**, (1998) "Sobre la inexistencia del Derecho de Interés Público en la Argentina" en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 3, N° 1, Abril, 1998

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### **Links consultados**

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

Centro de Estudios Legales y Sociales [www.cels.org.ar](http://www.cels.org.ar)

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

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

Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política

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

[www.clarin.com](http://www.clarin.com)

[www.pagina12.com.ar](http://www.pagina12.com.ar)

[www.perfil.com.ar](http://www.perfil.com.ar)

[www.criticadigital.com.ar](http://www.criticadigital.com.ar)

[www.lanacion.com.ar](http://www.lanacion.com.ar)