

# Litigio y cambio social en Argentina y Colombia

**Mariela Puga**





**LITIGIO Y CAMBIO SOCIAL EN  
ARGENTINA Y COLOMBIA**

La Colección Becas de Investigación es el resultado de una iniciativa dirigida a la difusión de los trabajos que los investigadores de América Latina y el Caribe realizan con el apoyo del Programa Regional de Becas de CLACSO.

Este libro presenta la investigación que la autora realizó en el marco del concurso de proyectos para investigadores de consolidación académica sobre organizado por el Programa Regional de Becas de CLACSO con el apoyo de la Agencia Sueca de Desarrollo Internacional, Asdi. Los contenidos de este libro han sido seleccionados y evaluados en un proceso de revisión por pares.

**Puga, Mariela**

**Litigio y cambio social en Argentina y Colombia. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : CLACSO, 2012.**

**E-Book. - (Becas de investigación)**

**ISBN 978-987-1543-91-5**

**1. Derecho. 2. Sociología. I. Título**

**CDD 340**

**Otros descriptores asignados por la Biblioteca Virtual de CLACSO:**

**Litigio Público / Política / Derecho / Neoliberalismo / Estado Benefactor / Neo-constitucionalismo / Desplazamiento Forzado / Cambio social / Argentina / Colombia**

Colección Becas de Investigación

**LITIGIO Y CAMBIO SOCIAL EN  
ARGENTINA Y COLOMBIA**

**Mariela Puga**



Consejo Latinoamericano  
de Ciencias Sociales



Conselho Latino-americano  
de Ciências Sociais

**Editor Responsable** Emir Sader - Secretario Ejecutivo de CLACSO

**Coordinador Académico** Pablo Gentili - Secretario Ejecutivo Adjunto de CLACSO

**Colección Becas de Investigación**

**Directora de la Colección** Bettina Levy - Coordinadora del Programa Regional de Becas

**Asistentes del Programa** Natalia Gianatelli - Magdalena Rauch

**Revisión técnica de textos** Ernesto Funes

**Área de Producción Editorial y Contenidos Web de CLACSO**

**Responsable editorial** Lucas Sablich

**Director de arte** Marcelo Giardino

**Arte de tapa** Marcelo Giardino

**Primera edición**

*Litigio y cambio social en Argentina y Colombia*

(Buenos Aires: CLACSO, marzo de 2012)

ISBN 978-987-1543-91-5

© Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales

Queda hecho el depósito que establece la Ley 11723.

**CLACSO**

**Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - Conselho Latino-americano de Ciências Sociais**

Estados Unidos 1168 | C1023AAB Ciudad de Buenos Aires | Argentina

Tel [54 11] 4811 6588 | Fax [54 11] 4812 8459 | <clacso@clacso.edu.ar> | <www.clacso.org>

Patrocinado por la Agencia Sueca de Desarrollo Internacional



No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

Este libro está disponible en texto completo en la Red de Bibliotecas Virtuales de CLACSO <www.biblioteca.clacso.edu.ar>

La responsabilidad por las opiniones expresadas en los libros, artículos, estudios y otras colaboraciones incumbe exclusivamente a los autores firmantes, y su publicación no necesariamente refleja los puntos de vista de la Secretaría Ejecutiva de CLACSO.

# ÍNDICE

Prólogo		9
Introducción		11
PRIMERA PARTE: El debate teórico		21
SEGUNDA PARTE: Tres casos de Argentina y Colombia		71
Bibliografía		135





## PRÓLOGO

Este libro presenta la investigación realizada durante el año 2008 por Mariela Puga en el marco del Concurso CLACSO-Asdi sobre “Actualidad del pensamiento crítico de América Latina y el Caribe” para investigadores de consolidación académica. El resultado final de esta investigación fue actualizado y preparado para su publicación en el año 2011.

Esta iniciativa forma parte de un conjunto de actividades que el Programa Regional de Becas de CLACSO viene desarrollando con el objeto de fortalecer la producción académica latinoamericana y caribeña y promover la reflexión crítica sobre los grandes desafíos que enfrentan las sociedades de la región. En este sentido, este concurso forma parte de una serie de iniciativas desarrolladas para estimular un pensamiento social latinoamericano y caribeño capaz de capturar la singularidad histórica de las sociedades de la región y -en continuidad con una vasta tradición de trabajo intelectual, científico y académico- proyectar y estudiar la viabilidad de alternativas. En particular, esta convocatoria buscó dar cuenta de la capacidad actual de las ciencias sociales latinoamericanas para pensar la singularidad histórica de la región, recuperar y profundizar la tradición crítica del pensamiento latinoamericano y aportar nuevas categorías teóricas para pensar los problemas y desafíos actuales.

Queremos destacar que esta actividad no hubiera sido posible sin la confianza y el apoyo brindado por la Agencia Sueca de Desarrollo Internacional (Asdi), que auspició la organización de este concurso. Asimismo, dejamos constancia del valioso aporte realizado por los académicos que formaron parte de los Jurados que asumieron la tarea de evaluar y seleccionar los trabajos presentados: Norma Giarracca (Instituto de Investigaciones Gino Germani de la Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Argentina), Fernando Martínez Heredia (Universidad de La Habana, Cuba) y Hugo Zemelman Merino (El Colegio de México). Agradecemos también a los directores de los Centros Miembros de CLACSO que respaldaron las presentaciones y facilitaron la tarea de los investigadores en sus respectivas instituciones.

Muy especialmente agradecemos a los investigadores ganadores del concurso por el aporte que hicieron al programa. En orden alfabético sus nombres son: Henrique José Domciano Amorim, Pablo Nicolás Barbetta, Alejandra De Gatica, Mariela Puga, Alexander Ruiz Silva y Yuri Fernando Torrez Rubin de Celis.

Programa Regional de Becas  
Buenos Aires, febrero de 2012

# INTRODUCCIÓN

Mariela Puga \*

La reforma constitucional colombiana de 1991, y argentina de 1994, son el resultado de la concertación entre dos proyectos políticos antagónicos: el de un estado de derecho neoliberal y el de un estado benefactor o “providencia”. Éste último, impulsado por pluralidades de izquierda interesadas en la concertación institucional.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> En Argentina la concertación se inicia con el “Pacto de Olivos”, en el que el presidente Carlos Menem, líder de la última reforma neoliberal, acuerda con el jefe de la oposición y ex-presidente, Raúl Alfonsín, un socialdemócrata, en lo que se llamó el “Núcleo de coincidencias básicas de la reforma Constitucional.” A través de este acuerdo se habilitó la reelección presidencial que permitió la profundización de las reformas neoliberales, pero al mismo tiempo el ingreso al plexo constitucional de una serie de instituciones dirigidas

---

\* Abogada de la Universidad Nacional de Córdoba, Master en Derecho de la Universidad de Columbia (NY., USA), y de la Universidad de Palermo (UP) (Bs. As. Argentina). Profesora Titular, por concurso, de la Cátedra de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Políticas, Universidad Nacional de Entre Ríos, y de la Cátedra de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Católica de Córdoba. Actual Directora Ejecutiva de la Fundación Fondo de Mujeres del Sur, y Ex Directora de la Clínica Jurídica de la Universidad Nacional de Tucumán, de la Clínica CEDHA-INECIP, y coordinadora de la Clínica de Interés Público. Córdoba, y de la Clínica Jurídica de la UP. Ex asesora de la Subsecretaría de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, y de la Cámara de Diputados de la Nación. Ex Becaria del Fulbright, AAUW, de la SECyT, y de la Agencia Nacional de Investigaciones Científicas.

El proyecto neoliberal aspiraba al desarrollo económico a través del fortalecimiento del mercado, en tanto la aspiración de la izquierda reformista fue la inclusión social de los marginados.<sup>2</sup> Los concertadores coincidieron, no obstante, en lo que podría llamarse una confianza “institucionalista.” Es decir, creían en la necesidad de nuevas instituciones constitucionales que corrigieran y organizan el desarrollo económico, social y político, en el sentido de sus aspiraciones.<sup>3</sup>

a ampliar la participación democrática, moderar el presidencialismo, y responder a las reivindicaciones de algunos movimientos locales (indígenas, mujeres, ambientalistas, socialistas, etc.), y en especial, al movimiento internacional de Derechos Humanos.

En el caso de Colombia, fue el llamado “Acuerdo de la Casa de Nariño” entre el presidente de la República Barco, y Misael Pastrana, del partido opositor Conservador, el que inició un proceso de acuerdo para la reforma, poniendo en marcha audiencias públicas sobre las necesidades de revisión constitucional y eventos de diálogos convocados por los partidos políticos en el Congreso Nacional. En paralelo, se daba un proceso de negociación para alcanzar la paz con grupos guerrilleros. Pese a que el acuerdo fue declarado inconstitucional, impulsó, igualmente, una dinámica que continuó hasta la reforma constitucional de 1991. Esta se concreta, finalmente, como resultado de una consulta popular promovida por una movilización estudiantil (conocida como la Séptima Papeleta), en la que la mayoría consultada se inclinó a favor de la reforma constitucional. Ello ocurrió ya bajo la presidencia de Cesar Gaviria Trujillo, e incluyó a concertadores diversos, entre ellos, grupos de guerrilleros desmovilizados como el M-19, algunas fuerzas políticas de izquierda concentradas en la Unión Patriótica, y representantes indígenas. Al igual que en Argentina, la reforma fue la puerta de entrada a la profundización del modelo neoliberal, y a la vez el aval de un plexo constitucional que respondía en profundidad y detalle a las reivindicaciones legales de grupos concertadores de izquierda y del movimiento internacional de Derechos Humanos.

En el campo jurídico, ambas constituciones se reconocen como modelos del “neo-constitucionalismo”, en el sentido de acentuar la función constitucional de protección de derechos (fundamentalmente constitucionalizando tratados de derechos humanos), mas allá de la tradicional función de organización del poder del Estado.

2 Hasta ahora, ambas reformas han funcionado como hitos de legitimación política tanto del *status quo* económico y político, como del discurso de los nuevos derechos. En tanto, sus pretensiones prácticas de re-ingeniería institucional y previsibilidad jurídica vienen recorriendo un camino errático. El sistema híper-presidencialista parece permanecer intacto y hasta profundizarse en ambos países, la exclusión social no deja de ser un factor creciente, así como la baja institucionalidad y la falta de seguridad jurídica. En ambos casos, el modelo se asemeja tímidamente al de “Democracia de Baja Intensidad” que denuncia Boaventura de Sousa Santos en Latinoamérica (2003).

3 La coincidencia responde, en buena medida, a la influencia de los llamados programas de Derecho y Desarrollo en el campo jurídico latinoamericano, sobre todo en Colombia, y a la ascendencia del pensamiento neo-institucionalista, sobre todo en la Argentina. Tres textos son particularmente reveladores de los términos y alcances de estas influencias: *No sólo del mercado vive la Democracia*. de Mauricio García Villegas (2004), “Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en América Latina: El Regreso de los Programas de Derecho y Desarrollo” de Cesar Rodríguez Garavito (2006), y la primera parte de: “Algunas Sugerencias para escapar del silencio de las aulas” de Martín Böhmer (1997). El Estado, el derecho, o la reforma institucional, aparecen como una herramienta, en un sentido es-

Con ese temperamento, también coincidieron en la necesidad de fortalecer el poder judicial como el canal institucional del conflicto social. En Colombia se concertó a favor de una justicia constitucional centralizada, de la que se esperaba un rol político crucial; y en Argentina, a favor de una justicia relegitimada desde el Consejo de la Magistratura, de la que se esperaba más independencia y permeabilidad a los reclamos de inclusión.

La declaración de una multiplicidad de nuevos derechos, en ambos casos, amplió las posibilidades de control de constitucionalidad de los jueces, reforzando la posición institucional de las cortes frente a los otros poderes.<sup>4</sup> De esta manera, fue en los escenarios judiciales donde se disputaron las expectativas bifrontes de, por un lado, asegurar los derechos de propiedad, contratos, y el intercambio libre de bienes, y, por el otro, de movilizar el ideario igualitarista o inclusio-nista del Estado Benefactor.<sup>5</sup>

Este primer ciclo reformista judicializado estará marcado por una creciente interpenetración discursiva, práctica, y agencial, entre el campo de la lucha política, y el del derecho constitucional y adminis-

trictamente instrumental, para contener los comportamientos indeseados y promover los esperados. El rescate institucional de las teorías de desarrollo económico que arribaron a Latinoamérica con el movimiento de Derecho y Desarrollo tuvo, en general, una clara orientación liberal y capitalista, incluso entre sus seguidores de la izquierda. Para críticos como Giarraca, el proyecto socialdemócrata tal vez se enmarcaría en los “viejos modelos emancipadores en América Latina,” ubicados en el viejo modelo capitalista/moderno/colonial, pero seguramente no serían parte de los “nuevos” modelos emancipadores: las opciones *descoloniales* de un mundo a distancia del Estado, y de insubordinación creativa, como el que ella ejemplifica con los *zapatistas* de México (Giarraca, 2008).

4 El proyecto de Estado de Derecho Neoliberal suele contar con el soporte de una teoría formalista de la división de poderes del Estado, la que sostiene una estricta división de funciones entre ellos, y así limita la judiciabilidad de los derechos sociales. De manera que la vasta declaración de derechos sociales y económicos no fue vista, para los concertadores neoliberales, como una amenaza real *para ese proyecto*.

Los *inclusionistas*, en cambio, esperaban un fuerte activismo judicial a partir del reconocimiento de los nuevos derechos constitucionales, ya sea desde un ideal “elitista,” que veía a los jueces como los encargados de la reingeniería social impulsada por la constitución, o desde uno “procesualista,” que apostaba a una función judicial de “intermediario” o de “árbitro” de un diálogo intra-poderes sobre esa ingeniería social. En cualquier caso, la esperanza se asentaba en un poder judicial re-situado y re-legitimado, que compensaría las renuncias republicanas que se negociaron en la reforma en materia de reelección presidencial en Argentina, y de justicia militar en Colombia.

5 Roberto Gargarella (2008) denuncia las inconsistencias de modelos dentro de las constituciones latinoamericanas, calificando de “injertos” constitucionales a algunos procesos reformistas. Por su parte García Villegas y Saffón, advierten sobre la manera en que concertaciones constitucionales de este tipo, conducen a un clima de tensiones y conflictos entre las cortes y los poderes políticos. (García Villegas y Saffón, 2005).

trativo.<sup>6</sup> El litigio público se convierte progresivamente en el escenario privilegiado de este proceso.

## EL ESQUEMA CONSTITUCIONAL DE LA INCLUSIÓN (A LA DEFENSIVA)

El esquema constitucional que propuso la izquierda reformista en ambos países, se compone de tres pilares estratégicos:

- I. La declaración de una gran cantidad de nuevos derechos (o el reconocimiento de nuevas identidades jurídicas con derechos especiales), entre los cuales las mayores expectativas se depositan en los derechos de segunda y tercer generación;<sup>7</sup>
- II. La flexibilización y ampliación de los mecanismos de acceso a la justicia;<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Los científicos sociales suele atribuir estas circunstancias a una excesiva “juridización del mundo social”. Santos comenta tres de las críticas que usualmente se realizan al modelo regulador del Estado-providencia: 1) Lleva a la “colonización” de la sociedad por parte de la regulación jurídica, la que así “destruye la dinámica orgánica y los patrones internos de la auto-producción y auto-reproducción de las diferentes esferas sociales”; 2) Lleva además a la “materialización” del derecho, lo que “sobre-socializa” el derecho dejándolo prisionero de la política o de los subsistemas regulados, “politizándose” y sometiendo a una tensión excesiva la auto-producción de sus elementos; 3) Lleva a la ineficacia del derecho por las discrepancias entre la lógica interna de la auto-producción y los patrones del derecho en relación a las otras esferas de la vida social reguladas. Sin embargo, Santos descrece de estas críticas, ya que entiende que ellas responden a un programa de procesualización y re-autonomización del derecho, el que se basa equivocadamente en el mito de la autonomía del derecho en el Estado liberal. Este reduce el derecho a un derecho del Estado, y convierte su supuesta autonomía en una mera especificidad operacional, que en los hechos no logra funcionar por razones políticas, las razones del Estado (Santos, 2003:179-183).

<sup>7</sup> Se consagraron tanto derechos políticos que pretendían ampliar la participación democrática (iniciativa popular, revocatoria, referéndum), como derechos de segunda y tercera generación que pretendían ampliar la inclusión social y/o neutralizar los mecanismos de exclusión u opresión (sociales, culturales, económicas, y ambientales). Muchos de ellos vinieron dentro del amplio repertorio de tratados internacionales de derechos humanos que fueron incluidos como parte del cuerpo constitucional. Tal expansión de derechos representó, por un lado, la legitimación oficial de las reivindicaciones históricas de algunas pluralidades de izquierda (en especial del movimiento internacional de Derechos Humanos), y por otro lado, impuso complejos desafíos al marco teórico liberal de la “cultura jurídica dominante.” Desarticuló el ideal formalista de un sistema legal coherente y minimalista de igualdad formal, generalidad de la ley, y democracia estrictamente representativa. La exigibilidad judicial de los derechos económicos, sociales y culturales y los de tercera generación, impuso repensar la subjetividad jurídica, la definición de “caso judicial” y, por supuesto, los alcances estructurales y/o sistémicos de la intervención judicial.

<sup>8</sup> Ambas constituciones innovaron significativamente en relación a las reglas de acceso a la justicia. A través de la Convención Americana de Derechos Humanos se incluyó en los plexos constitucionales el *derecho a la jurisdicción*, el cual en cada país se garantizó a través de nuevas formas procesales, que tendieron a informalizar los procesos, y remover obstáculos para que la voz de las víctimas sean escuchadas por los jueces.

III. La re-legitimación de las cortes, en cuanto caja de resonancia para el reclamo de los derechos.<sup>9</sup> Estos pilares son la expresión jurídica del liberalismo igualitario que inspiró a los principales juristas responsables de la tecnología reformista.<sup>10</sup>

Pero en los hechos, fueron las aspiraciones neoliberales las que avanzaron a paso firme sobre la configuración económica, social y política en ambos países. De la mano de un presidencialismo acentuado y respaldado por parlamentos *notariales*<sup>11</sup>, pusieron al proyecto de la izquierda institucionalista a la defensiva. Este último libró sus batallas en los tri-

En particular, vale señalar la innovación colombiana que posibilita iniciar acciones de tutelas sin abogado, de demandar (en ambos países) en nombre de una clase (colectivo), de no tener que probar un daño individual, propio y directo, de poder pedir la inconstitucionalidad de una ley que afecta a grandes sectores de la población, etc. Ver: Maurino; Sigal; Nino, 2005.

Estas modificaciones se asentaron en la pérdida de confianza en los presupuestos de “neutralidad” y función “igualadora” de partes, que el liberalismo jurídico clásico atribuyó a los procesos judiciales. Se asumió, por el contrario, la falta de neutralidad del procedimiento frente a sujetos desaventajados, y las censuras del individualismo en la construcción de la subjetividad jurídica. Las nuevas alternativas de reclamo judicial se dirigen a reducir las ventajas que por lo general tienen los poseedores de capital social, cultural y económico en el sistema judicial, frente a los no poseedores de tales ventajas. (Ver Galanter, Mac en García Villegas, 2001). La aspiración central parece ser asegurar la inclusión social como un tránsito institucionalizado.

<sup>9</sup> Los mecanismos para concentrar el control de constitucionalidad en la Corte Constitucional Colombiana, unificando la jurisprudencia, y la creación del Consejo de la Magistratura en Argentina, son las reformas que dieron base a esta aspiración.

Conviene mencionar aquí que cuando se habla de la Corte Colombiana, nos referimos a la llamada Corte Constitucional de Colombia, la que tiene como competencia única el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes, acciones o situaciones. En tanto, al referir a la Corte Argentina, nos referimos a la Cortes Suprema de Justicia, la que tiene funciones ordinarias para resolver diferentes casos y eventualmente, también, juzgar la constitucionalidad de leyes, acciones o situaciones de hecho. Cuando referimos sólo a “cortes”, en plural y con minúsculas, incluimos en ese concepto la idea de cualquier órgano jurisdiccional, tanto una Corte (suprema o constitucional) como cualquier tribunal de justicia, o jueces individuales inferiores.

Los tres pilares estratégicos mencionados no han sido las únicas reformas promovidas por la izquierda, pero sí las que más trascendencia práctica han tenido hasta ahora.

<sup>10</sup> En Argentina, uno de los teóricos inspiradores de éste esquema fue el ex –asesor del presidente Alfonsín, Carlos Nino, y el grupo de jóvenes intelectuales que trabajaron con él en el llamado “Consejo para la Consolidación de la Democracia”. Nino se doctoró en Oxford, y fue reconocido mundialmente por su defensa del ideal de la democracia deliberativa y el constructivismo ético. En Colombia, un rol similar cumpliría otro asesor presidencial, Manuel Cepeda Espinosa, luego conjuer de la Corte Constitucional. Ambos, comprometidos con el liberalismo político y el llamado Estado Social de Derecho.

<sup>11</sup> La expresión “parlamentos notariales”, que se ha vulgarizado recientemente en el debate político, refiere a parlamentos que sistemáticamente refrendan o ejecutan decisiones presidenciales, exhibiendo una limitada iniciativa política.

bunales, y a través del litigio público intentó frenar el devastador avance de las nuevas políticas de mercado o de administración de la violencia.<sup>12</sup>

Se reclamó también ante los tribunales de justicia las fallas crecientes de las instituciones sociales básicas en educación, salud, previsión social, ambiente, vivienda, etc. Varios de esos litigios constituyen un punto de inflexión para el proyecto político inclusionista, y en particular, para sus potencialidades defensivas frente a las esquirlas de las políticas neoliberales.

Este trabajo se sitúa en ese punto de inflexión, y en particular, en el examen de las oportunidades de transformación que (si es que alguna) generan la intervención de las cortes.

### **LAS TRAMPAS DEL LITIGIO**

El litigio público no sólo es el escenario de las confrontaciones entre las visiones políticas antagónicas de los concertadores constitucionales, sino también el campo de batalla entre visiones adversarias acerca del derecho, que conviven en el campo jurídico. En efecto, por un lado la tradición jurídica liberal, encarnada en una dogmática formalista, produce aún el discurso más eficiente para triunfar en una disputa judicial. Pretender que hay sólo una interpretación correcta, y que la función judicial es y debe ser políticamente *neutral* en la interpretación-aplicación de las normas, asumiendo conceptos, teorías y presupuestos jurídico-políticos de tipo formalista, es el camino más llano para alcanzar sentencias favorables. Los reclamos judiciales que aluden a lo que dice literalmente la ley, o a la voluntad del legislador o constituyente, son siempre los que tienen más posibilidades de persuadir en una juez.

Si bien el campo judicial latinoamericano ha sido preponderantemente formalista, el tipo de litigio que se hace posible a partir de las reformas constitucionales, especialmente el llamado “estructural” o “colectivo”, desafía una de las pretensiones más preciadas del formalismo: la de excluir del debate legal cualquier consideración política que no esté dirigida a limitar la competencia de los jueces.<sup>13</sup> En efecto, la inmensa lista de nuevos derechos pone constantemente en *jaque lógico* la legitimidad de instituciones políticas y sociales, acusando directamente a sus titulares.

---

12 Los casos paradigmáticos en este sentido son aquellos que en Argentina se dirigen a impugnar las leyes de flexibilización laboral, y que en Colombia impugnan ejecuciones de créditos hipotecarios o reclaman por los derechos de las víctimas del conflicto armado.

13 Invocando la existencia de “cuestiones políticas no justiciables”, las cortes formalistas tradicionalmente se negaban a someter las instituciones públicas al escrutinio del derecho. Desde las reformas constitucionales del llamado neo-constitucionalismo, tal barrera formal empezó a quedar atrás.



Los abogados y juristas que se apartan de la visión formalista,<sup>14</sup> perciben el discurso legal como un discurso político más, a las disputas interpretativas como disputas altamente valorativas, a su práctica como una práctica argumentativa, y a los derechos como artefactos estratégicos de un proyecto político (por ejemplo, el inclusivo), sin trascendencias a-contextuales.<sup>15</sup> Por ello no encuentran objeción en disputar en términos de eficacia o ineficacia de políticas públicas, de evidencias estadísticas, y de argumentos ideológicos. Sin embargo, tal concepción y aproximación a la disputa jurídica, constituye para los formalistas una amenaza a las pretensiones de autonomía del campo jurídico y del discurso legal, de donde, según sostienen, deviene el valor social del derecho.

El predominio formalista se advierte, no obstante, en el hecho de que la gran mayoría de los actores del campo jurídico suelen valerse de las armas del formalismo para disputar el significado *correcto* de las normas constitucionales en el litigio público.<sup>16</sup> Es decir, todo jurista que quiera ganar un caso o fundar una sentencia, reivindica ante el juez la pureza y trascendencia del discurso legal, su corrección conceptual, y sobre todo su alienación política, absorbiendo así el poder social que supone el dominio de un discurso con gran legitimidad social.

En las últimas dos décadas, el uso político o estratégico de la tecnología jurídica formalista por parte de los activistas legales de izquierda impulsó los casos judiciales más importantes a favor del proyecto inclusivo. Sin embargo, además de un mecanismo de apropiación de poder social por parte de los juristas involucrados en ella, la misma estrategia puede constituir una trampa para las causas que se embandera.

---

14 En general se trata de los defensores de posiciones realistas, críticas o que se fundan en perspectivas de una sociología jurídica crítica. También se incluyen los iniciadores de teorías posmodernas del derecho.

15 La inestabilidad e indeterminación de los derechos es un asunto que no está del todo dirimido entre los no-formalistas. Sostenida por los críticos (en especial ver Mark Tushnet, en García Villegas, 2001: (113-158), no es bienvenida por algunos proyectos no-formalistas, especialmente aquellos con pretensiones universalistas.

16 En ésta línea se sitúan las defensas dogmáticas de la “exigibilidad de los derechos económico-sociales” de juristas defensores del modelo inclusionista, como Abramovich y Courtis (2002). Esta operación de uso estratégico del formalismo en el campo jurídico, bien podría encuadrarse en lo que Emir Sader llama “repliegue del pensamiento crítico.” Según este autor “El pensamiento crítico se había replegado a una posición defensiva, especialmente a lo largo de la década del noventa, cuando el amplio consenso ideológico establecido asumió la iniciativa también en el terreno del pensamiento, redefiniendo los términos de los debates” (Sader, 2008:15). En este sentido, resulta sugerente que las metáforas inspiradoras de estas estrategias dogmáticas se expresen en frases como, “ni un paso atrás”, o supongan redescubrir el principio legal *de progresividad*, como principio de “no-regresividad.”

En este trabajo voy a plantear que este *uso estratégico* del discurso formalista conduce, muchas veces, a que el litigio público opere una mutación demasiado profunda en la representación de los conflictos sociales y de sus agentes, la que debilita la fuerza práctica del derecho y sus potencialidades para el cambio social. El peligro es que las aspiraciones de la izquierda queden atrapadas en un proyecto institucionalista, “de juristas”, antes que en uno realmente inclusionista o emancipador.

El desafío entonces, es escapar a la trampa práctica que impone el formalismo legal y su oferta engañosa de realización formal de los derechos, intentando desnudar algunas de las limitaciones que éste impone a la transformación social.

### **OBJETIVOS Y PLAN METODOLÓGICO**

Articulado el desafío en estos términos, lo que sigue es una exploración acerca de los retos y alternativas que aparecen en el campo judicial latinoamericano para concretar las transformaciones que exige el proyecto constitucional inclusionista. La meta final, no obstante, es bastante humilde: ayudar a entender mejor algunos casos, para aprender de experiencias aún embrionarias.

El análisis tendrá dos partes, una teórica, y otra de análisis de casos. En la primera, más densa y extensa, se ensaya una aproximación a las especulaciones que enmarcan el debate teórico sobre este tema. Para ello se hará pie en una pregunta genérica que moviliza respuestas de juristas y científicos sociales: si el derecho latinoamericano y sus cortes constitucionales pueden, o no, promover el cambio social pretendido por la izquierda concertadora. En otros términos, si es posible alcanzar la inclusión social a través de un tránsito institucionalizado.

Este camino inicial se recorrerá de la mano del pensamiento y propuesta de algunos autores latinoamericanos contemporáneos, pero en particular del colombiano Mauricio García Villegas y del argentino Alberto Binder. Ellos han prestado especial atención a los rasgos salientes del escenario legal latinoamericano, y lo han hecho desde una perspectiva sociojurídica que reconoce la influencia de dos científicos sociales críticos de particular relevancia en nuestro tiempo: Boaventura de Sousa Santos y Pierre Bourdieu.

Desde este marco teórico inicial, me aproximaré a las propuestas en danza acerca de la mejor manera de evaluar la intervención judicial en el campo social, y en particular, a aquellas referidas a las intervenciones en Colombia y Argentina. El plan es presentar una categorización inteligible, con fines analíticos, de los criterios con los que usualmente se evalúa el impacto del litigio en el conflicto público.

En la segunda parte la indagación virará hacia una observación crítica de tres casos judiciales concretos. Dos de ellos se litigan ante la

Corte Suprema Argentina, y el último, transcurre ante los estrados de la Corte Constitucional Colombiana.

Los casos argentinos se refieren al hacinamiento en las cárceles de la provincia de Buenos Aires de cientos de miles de personas, y a la contaminación extrema de una cuenca hídrica que recorre varios centros urbanos y asentamientos informales, afectando finalmente a millones de personas. Ambos casos refieren esencialmente al *hábitat* que alberga a una gran porción de los pobres en Argentina: la cárcel, y las áreas contaminadas.

El caso de la Corte Constitucional Colombiana se refiere a la situación de desplazamiento forzado de millones de personas a raíz del conflicto armado en Colombia. Alude, en principio, a los costos que impone a los civiles la guerra interna como estrategia dominante de la lucha política en Colombia.

La investigación sobre estos casos se asienta en el análisis de documentos legales, extralegales, trabajos de investigación, comentarios científicos, artículos de prensa, y algunas entrevistas informales, y otras vía *e-mail* a protagonistas de los respectivos litigios, y/o actores relacionados o con interés en las causas.

La investigación se desarrolló y terminó mientras las intervenciones judiciales aún estaban en curso. Ello me permitió participar activamente en discusiones y eventos directamente relacionados con las articulaciones de los casos, pero a la vez limita las conclusiones a un periodo particular de cada caso.

Así, en Bogotá pude estar presente en una de las reuniones entre expertos que componía la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado,<sup>17</sup> mientras que en Argentina tuve un contacto fluido y permanente con participantes de la mesa de diálogo en el caso de las cárceles, y con abogados que participaban en la causa sobre contaminación. Incluso tuve la oportunidad de presentar un proyecto de reglamento en la mesa de diálogo del caso de las cárceles y de publicar, hace algunos meses atrás, un trabajo con algunas opiniones preliminares sobre los casos argentinos.<sup>18</sup> Recibí así una multiplicidad de comentarios y críticas, que fueron de gran utilidad para mejorar mi perspectiva al respecto. Al mismo tiempo, es importante remarcar que aún falta mucho por andar en estos casos, y que diferentes variaciones y redirecciones aún son posibles (afortunadamente).

---

17 Se trató de un seminario cerrado en la Universidad de los Andes organizado por la Comisión de Seguimiento que se realizó el 28 de Agosto de 2008, donde se discutió acerca de la continuidad del Estado de Cosas Inconstitucional declarado en la sentencia T025 de la Corte Constitucional Colombiana.

18 Ver Puga, 2008.

Finalmente, me parece relevante señalar que los tres procesos judiciales que se analizarán representan con gran nitidez lo que Bourdieu llama la “puesta en escena paradigmática de la lucha simbólica que tiene lugar en el mundo social”(Bourdieu, 2000:196). En el escenario judicial, esa lucha trasciende el antagonismo entre neoliberales y reformistas de izquierda, y se reconfigura, en buena parte, por la mediatización discursiva (y a veces excluyente) de los profesionales del derecho, motorizados por la competencia propia del campo jurídico, que los tiene disputando por *decir el derecho*.

### LA HIPÓTESIS

La hipótesis que recorre la primera parte de este trabajo, y que intentaré corroborar en la segunda, es que la disputa judicial monopolizada por los técnicos del campo jurídico promueve la exclusión de los actores sociales del conflicto, al excluir su versión del mismo y de sí mismos. De manera tal que el pretendido tránsito institucionalizado hacia la inclusión social, suele derivar en oscuros pasadizos judiciales, sin salidas alentadoras para los agentes afectados.

Para refrenar ese peligroso engranaje del *proceso*, es necesario valorar en su justa medida tanto las supuestas ventajas simbólicas de la escenificación institucional, como las posibilidades prácticas del aparato judicial frente al conflicto concreto judicializado. La propuesta es repensar la función judicial no ya como la de un *mecanismo* para cambiar el mundo a través del derecho, ni tampoco como la de un *amplificador de mensajes* cuya retórica fortalece a uno de los bandos en la lucha política (o fortalece la propia posición del mensajero). En todo caso, pensar en ella como un *mero circuito* dentro de un *sistema de relaciones de comunicación* más amplio, complejo, y a veces, paradójico.<sup>19</sup>

---

19 Esta idea es en parte una reinterpretación para el campo judicial, de la iniciativa crítica de Roberto Vidal López en su libro sobre derecho del desplazamiento forzado. El estudio histórico-diacrónico que hace el autor, sugiere de manera particularmente persuasiva para mí, la forma en que el derecho en apariencia más progresista, puede comunicar y concretar las aspiraciones más conservadoras y desmovilizantes (Vidal López, 2007), y viceversa.

Por otro lado, vale mencionar que desde visiones más abstractas y generales, ya mucho se ha dicho sobre la *función paradójica* del derecho, es decir, su carácter a la vez conservador y transformador del orden establecido. Ver al respecto, Cárcova, Carlos María, 2006.

# Primera Parte

## EL DEBATE TEÓRICO

### EL DERECHO LATINOAMERICANO Y EL CAMBIO SOCIAL

Hay diversas formas de evaluar los impactos de las intervenciones judiciales que se analizarán en la segunda parte de éste trabajo. Una manera de aproximarse a ellas es haciéndose una pregunta genérica respecto de la relación del campo del derecho con otros campos sociales. Esa pregunta podría ser la de si el derecho tiene la función de ir por delante o por detrás de los cambios sociales.<sup>20</sup> O en otras palabras, si las normas jurídicas instauran y/o guían hacia nuevas regularidades sociales, o sólo rubrican *a posteriori* regularidades que ya fueron instauradas a instancia de una dinámica social autónoma.

En el primer caso, si las normas jurídicas siempre van por detrás, no existiría fuerza performativa alguna en las reformas constitucionales de Colombia y Argentina. Ni el proyecto neoliberal, ni el

---

20 En el marco de la filosofía jurídica, o de lo que puede verse como la versión más teórica de la ciencia jurídica, un debate similar al que voy a plantear aquí se da en rededor de la idea de: "Funciones del Derecho." Dos de sus articuladores mas afamados han sido Joseph Raz y Norberto Bobbio. Las miradas sociológicas y críticas han confrontado con ellos y contribuido mucho a este debate, a partir, sobre todo, de los aportes de Foucault y Althusser (Ver Cárcova, 2006). No obstante, he preferido no enmarcar la cuestión que me interesa en los términos de ese debate, para no comprometerme con los extremos de una disputa que si bien es más rica que la que intento plantear aquí, tiene un nivel de abstracción y pretensiones de generalidad que largamente exceden los objetivos de este trabajo.

inclusivo, tendrían alguna *chance* de cambiar nada que no cambie por razones independientes a la mera autoridad del derecho. En el segundo caso, es decir, si la respuesta es que el derecho puede ir por delante, el desafío de la reforma constitucional podría verse cómo una mera cuestión de instancia o de implementación práctica del mandato jurídico. En este sentido, la instancia judicial se transformaría en un momento clave, aunque tal vez meramente técnico de esa implementación transformadora.

Aquellos que sostienen la primer hipótesis, por lo general lo hacen desde una perspectiva que Pierre Bourdieu identificaría como “instrumentalista,” en el sentido de ver al derecho como un mero reflejo o instrumento al servicio de los dominadores en los campos sociales y políticos. Esto no quiere decir que el derecho no tenga ninguna fuerza performativa en la práctica, sólo que esa fuerza tiene un solo sentido: el de la dominación y el resguardo de los intereses dominantes. Por lo tanto, la idea de reforma jurídica nunca sería practicable en un sentido contra-dominante, o de transformación de las prácticas regulares que favorecen a los dominadores.

Algunos teóricos latinoamericanos, especialmente los de inspiración marxista, suelen reflexionar desde esta perspectiva. Un ejemplo paradigmático puede verse en el trabajo del chileno Fernando Atria (2001 y 2004), quien señala la imposibilidad *cuasi* esencial del derecho para “atar” a la política, y remarca la funcionalidad que tienen sus formas (ej. “derechos individuales”) para avanzar en los proyectos liberales y capitalistas que imperan en Latinoamérica. Su particular visión lo lleva a rechazar proyectos constitucionales como el de la izquierda reformista de Argentina, Colombia y Chile, tanto en lo referido a incluir derechos económicos y sociales en las constituciones, como en lo que hace a la pretensión de que las cortes puedan enfrentar en nombre de esos derechos al poder político que responde al poder económico.

Atria se asienta en un ejemplo con gran fuerza persuasiva: la dictadura pinochetista. Refiere así, transversalmente, a las desventuradas aquiescencias de otras cortes latinoamericanas, y a la inocuidad de sus constituciones liberales frente a las desmesuras de los gobiernos autoritarios. Su crítica intenta mostrar que las formas jurídicas no sólo son funcionales al sostenimiento del *status quo*, sino esencialmente incapaces de oponerse a las fuerzas políticas que lo sostienen. (Ver en particular Atria, 2004).

En el extremo opuesto al de Atria, estarán aquellos que sostengan una autonomía “absoluta” de la forma jurídica en relación a los otros campos sociales. A ellos Bourdieu los calificaría de “formalistas”<sup>21</sup>

---

21 Se imponen una aclaración. El “formalismo” que postula Bourdieu no es exactamente igual al “formalismo” al que se refiere en general la filosofía jurídica y la dogmática legal.

o internalistas, en oposición a los “instrumentalistas” o externalistas como Atria.

Desde el lente formalista, las lógicas de producción del campo del derecho no estarían determinadas por los intereses políticos o los intereses sociales dominantes, sino por principios propios de producción y validación. Dígase, principios de justicia formal (y sus derivados: de razonabilidad, de coherencia, debido proceso, etc.), los que se auto-generan y auto-administran en el campo. Es decir, principios neutrales frente a las luchas políticas y sociales que operan fuera del campo legal.

Las reformas jurídicas, al ser el reflejo de, y al estar atadas a esa lógica propia de producción y reproducción, podrían confrontar eventualmente con las pretensiones políticas y los intereses sociales dominantes. Ergo, la lucha por la implementación normativa reformista, o en otras palabras, la *lucha por el derecho*, podría bien, ser una lucha contra-dominante, y las cortes activistas, sus principales *Quijotes*.

Pocos autores latinoamericanos se ubican en este extremo formalista,<sup>22</sup> y los más cercanos son los interpretes más radicales de

---

Mientras la categoría de Bourdieu pone el acento en la pretensión relacional del campo jurídico respecto de otros campos, la categoría de “formalismo” en la filosofía jurídica usualmente refiere a cierta concepción interpretativa respecto de la estructura del orden jurídico. Para los juristas, el formalismo presupone la creencia en que el derecho sólo esta compuesto por normas promulgadas por órganos legislativos (no por costumbres, opiniones judiciales, o valoraciones sociales o individuales), y que se trata de un sistema completo (o sea, que no tiene lagunas), consistente (no presenta contradicciones), y preciso (sus normas no son vagas ni ambiguas) (Nino, 1998: 36-37). Entre una y otra concepción de formalismo hay conexiones claras y presupuestos compartidos, pero no se implican mutuamente.

Por otra parte, el *positivismo jurídico* (una de las teorías dominantes del derecho) postula tradicionalmente (desde Ihering a Kelsen) que “la especificidad del derecho consiste en su carácter instrumental, en la autonomía de una estructura respecto de cualquier fin específico” (Cárcova, 2006: 142). Paradójicamente, este postulado del positivismo jurídico es el que más se asemeja a lo que Bourdieu llama una pretensión “formalista” y, sin embargo, entre los teóricos del derecho se describe como el carácter “instrumental” del derecho (justo el término que Bourdieu usa para identificar la categoría opuesta del formalismo).

---

22 Las críticas a las premisas formalistas tanto en el sentido de Bourdieu como de la Filosofía Jurídica tradicional han venido de distintos ángulos. Los filósofos realistas norteamericanos de comienzos del siglo, con su escepticismo ante las normas, y en particular el movimiento de los *Critical Legal Studies* de la década del ochenta, extendieron y potenciaron las líneas de críticas sobre las tradicionales visiones formalistas y sus implicancias en la ciencia jurídica.

En tanto, las teorías sociales y la epistemología críticas europeas post-marxistas, de autores como Althusser, Gramsci y Foucault, y en particular los llamados post-estructuralistas, sentaron las bases para críticas profundas a diversos postulados formalistas, en particular el rescate de las relaciones de las formas jurídicas con la historia, la ideología y el poder político.

En el ámbito de la ciencia jurídica local el ataque anti-formalista vino tanto de visiones positivistas o ius-naturalistas como las de Carlos Nino, como de visiones estrictamente

doctrinas liberales norteamericanas como la de Owen Fiss<sup>23</sup> o Ronald Dworkin. En su versión maniquea, este extremo teórico podría representarse con la frase: *luchar por el derecho (o por las formas jurídicas) es luchar por la justicia*.<sup>24</sup>

La mayoría de los juristas de la región se situarían, en cambio, en posiciones no tan extremas, aunque más próximas a la orilla del formalismo que a la del instrumentalismo. El argentino Carlos Rosenkrantz (2006), por ejemplo, parece considerar al derecho como un instrumento privilegiado para el cambio social sistémico, ordenado desde sus razones específicas. En particular, su defensa de la existencia de razones autónomas para obedecer al derecho, bien podría ligarse a la convicción acerca de la autonomía del campo jurídico como tal, y su capacidad para producir un discurso legítimo diferente a otros discursos sociales. Una preocupación dominante en su trabajo académico (y en el de varios otros), es la de evitar el descrédito del derecho para así conservar su carácter de discurso autoritativo. Tal descrédito devendría de incluir en los sistemas jurídicos normas que no se cumplen o no van a cumplirse (Rosenkrantz, 2003).

Así, a diferencia de aquellos que pretenden blandir el derecho cual espada para salir a luchar contra las fuerzas políticas opresivas, Rosenkrantz trata esas fuerzas con particular circunspección, y prefiere resguardar la legitimidad y autoridad del derecho respecto de guerras perdidas, o de la penetración de lógicas ajenas al campo, las que debilitarían el discurso legal.

Singularmente, sus conclusiones coinciden con las de Fernando Atria, aunque recorre caminos diferentes. Comparte con el chileno el carácter improbable y riesgoso de la empresa reformista, y llega a las mismas conclusiones: no incluir en el texto constitucional derechos económicos y sociales, ni pretender que sean las cortes quienes reviertan las situaciones de opresión en la sociedad blandiendo derechos. Pero mientras lo que más preocupa al chileno es que el derecho se siga usando para la dominación, para expropiar a la política de la lucha por el cambio social, lo que preocupa al argentino, en cambio, es que la auto-

---

críticas (asentadas en la epistemología althusseriana y foucaultiana) como las de Enrique Marí, Carlos María Cárcova y Alicia Ruíz, entre otros.

Incluso desde la crítica literaria, será Stanley Fish quien realice una impugnación particularmente interesante a la idea de neutralidad de los principios legales (Fish, 1999), y con ello de buena parte de la racionalidad en la que se fundan las posiciones más formalistas.

<sup>23</sup> Ver en particular: Fiss, 1979.

<sup>24</sup> Un ejemplo de esta versión son los argumentos sostenidos recientemente por Lucas Grossman en "Elogio a las Formas", donde señala, entre otras cosas, que "La imparcialidad de las formas no sólo se refiere al sujeto que reclama, sino también al mérito sustantivo de su posición" (Grosman, 2009).



nomía del campo se pervierta con intereses ajenos, y que así se debilite la autoridad jurídica.<sup>25</sup>

Tan cerca y tan lejos de la posición formalista se sitúa otro argentino, Roberto Gargarella (2008), quien critica las reformas recientes, pero desde una perspectiva que podríamos llamar “organicista”. El plantea que ningún cambio insular, parcial, o a través de injertos, es factible. Lo que se necesita para que la autonomía del derecho pueda ser contra-dominante son reformas en el sentido general del diseño constitucional. El problema de las reformas en Argentina y Colombia para Gargarella, no sería el de haber incluido derechos económicos y sociales, y confiar en las cortes para su implementación, sino en haber hecho *sólo* eso. Para que las cosas cambien de verdad, se requieren nuevos sentidos constitucionales que apunten a la estructura básica de la sociedad, a la manera en que se distribuyen los bienes sociales. En otras palabras, si no se cambia el sentido general del cuerpo constitucional nada cambiará. Es un reclamo por reformas normativas más profundas, en el cual queda expuesta la confianza formalista que mueve la pluma del jurista.<sup>26</sup>

Tanto la visión instrumentalista de Atria, como las más formalistas de Rosenkrantz y Gargarella (o en otros términos, externalistas e internalistas), llevadas a los extremos, tenderían a reducir el fenómeno complejo de la relación del derecho y el cambio social, a un esquema simple y horizontal. Desconocerían aquello que Bourdieu llama la “autonomía relativa” del campo jurídico, idea que reconoce al derecho como un proceso transversalizado por múltiples relaciones.

De tal manera, la visión puramente externalista estaría desconociendo o trivializando la existencia de un universo social relativamente independiente a las fuerzas externas, el universo de los juristas y los operadores del derecho. Desdeñaría el hecho de que en el interior de

---

25 Muchos teóricos latinoamericanos involucrados en este debate, pero con particular ahínco los cercanos al formalismo jurídico, comparten la preocupación por la falta de fuerza práctica del derecho, y el descrédito al que se expone el discurso jurídico a través de reformas que no se implementan. El jurista e historiador colombiano Andrés Botero Bernal, por ejemplo, ha sabido bautizar el fenómeno que preocupa a muchos, como el del “síndrome normativo”, caracterizándolo como una tendencia típica en el campo jurídico latinoamericano a producir normas y reformas que no hay intención de cumplir (Botero Bernal, 2003).

26 La prosa de Gargarella no resulta del todo clara siempre, y a veces, puede parecer que el suyo es en realidad un *instrumentalismo* radical, que de manera circular está diciendo que el derecho no puede hacer nada si no cambia el mundo político, el que luego cambiará “todo el derecho.” Aquí prefiero interpretar su posición como la de un formalismo organicista, que asume que las razones autónomas del derecho pueden imponerse si éstas se presentan de una manera unidireccional y consistente (conforme, claro, cierto marco de racionalidad construido por la teoría de modelos constitucionales que el autor propone).

este universo se produce y se ejerce la autoridad jurídica como producto del funcionamiento de un campo con una lógica específica (y en eso, al menos, parcialmente independiente de las lógicas de otros campos). Ello explicaría porqué Atria tendería a mirar con cierto maniqueísmo lo que ocurre dentro del campo, desmereciendo las determinaciones internas, y sólo reconociendo el impacto de las externas.

Las posiciones instrumentalistas más extremas suelen encontrar problemas para explicar algunas funcionalidades del derecho durante los períodos autoritarios. Por ejemplo, la insistencia de los abogados en presentar *habeas corpus* en periodos de dictadura a favor de personas desaparecidas, y en especial, el surgimiento y desarrollo de un movimiento de resistencia encarnado en términos de “derechos” humanos.<sup>27</sup> Tampoco se explica acabadamente (a menos que se acuda al recurso de la falsa conciencia), la creciente lucha de la izquierda latinoamericana por reformas legales, la confianza en el discurso de los Derechos Humanos y en las Cortes Constitucionales como formas deseadas para canalizar los conflictos de las clases marginales. Finalmente, el instrumentalismo de Atria carece de herramientas explicativas suficientes para hacer inteligible los desplazamientos y reconfiguraciones discursivas de, por ejemplo, la burocracia colombiana y argentina en los últimos años, impactadas por el reformismo de izquierda.

Por su parte, los internalistas tienden a reducir la idea del derecho a la idea de *sistema*, el que se transforma según sus propias leyes (o leyes de las tradiciones jurídicas). En esa tendencia se “confunde las estructuras propiamente simbólicas (el derecho propiamente dicho) y las instituciones sociales que las producen.” Al hacerlo, los científicos jurídicos se ignoran a sí mismos en el proceso de transformación del derecho, y no perciben el orden de las relaciones objetivas entre los agentes y las instituciones “en competencia por el monopolio del derecho a decir qué es el derecho.” (Bourdieu, 200:159).

Lo que se ignora, en definitiva, es el principio de transformación del derecho, principio que está en el campo jurídico mismo, en las luchas ligadas a los intereses asociados a las distintas posiciones en el campo (intereses propios, no necesariamente ligados a las disputas políticas de otros campos).<sup>28</sup> En general, desde las

---

27 Ver este desarrollo en Keck; Sicking, 1998. Ver también en particular, las apreciaciones de Cárcova y Ruíz respecto al papel del derecho ya en la transición democrática, en cuanto proceso de “resignificación de prácticas, normas e instituciones, desplazando la cultura del autoritarismo y reconstruyendo (o construyendo) un imaginario democrático” (Ruíz y Cárcova, citados en Cárcova, 1996:107)

28 En éste sentido podría rastrearse, tal vez, la notable y decisiva influencia del pensamiento filosófico-jurídico de Carlos Nino en la reforma constitucional argentina, y la de Manuel Cepeda Espinosa en la reforma constitucional de Colombia. Ambos juristas intentaron desplazar el pensamiento tradicional y formalista (en el sentido de la filosofía

versiones internalistas, la respuesta a las preguntas de porqué el derecho no puede cambiar el mundo, se resumen en alusiones generales y mistificantes de “lo político,” como eso “otro” frente al derecho, y con lo cual se mantiene una relación de distancia, y a veces, confrontación.

Si bien los autores mencionados hasta aquí, como ya insinué, no son pasibles de ser calificados ni de instrumentalistas ni de formalistas en su versión extrema, la distinción que propone Bourdieu resulta particularmente útil para identificar las limitaciones de sus análisis. En particular, para comprender porqué no podrían responder satisfactoriamente a las preguntas que aquí nos interesan.

Desde la distinción de Bourdieu se explica porqué algunos juristas latinoamericanos rechazan el esquema constitucional propuesto por la izquierda reformista (en especial la inclusión de nuevos derechos y las altas expectativas en cortes activistas), sin estar necesariamente comprometidos con el proyecto político neoliberal, y en cambio sí, tal vez, con las disputas técnicas y los posicionamiento dentro del campo jurídico. Por otro lado, se explica también porqué defensores del proyecto neoliberal sostienen retóricamente y respetan formalmente las articulaciones constitucionales propuestas por la izquierda, sin estar dispuestos, sin embargo, a conceder a las reglas constitucionales ningún significado práctico en la toma de decisiones de políticas públicas.

### UN EJEMPLO

Un ejemplo ayudará a ver mejor la utilidad del marco teórico de Bourdieu para el análisis de la ciencia jurídica latinoamericana, incluso en relación a aquellas producciones más complejas y de tinte postmoderno.

El trabajo del colombiano Mauricio García Villegas puede verse como una invitación a interpretar el esquema constitucional inclusio-nista colombiano, cual sistema simbólico que se involucra en la lucha cultural y política, emitiendo mensajes emancipadores a través de la Corte Constitucional. El autor colombiano critica la ingenuidad de los reformistas que piensan que la implementación de un derecho emancipador es sólo una instancia técnica, y que creen en el mecanicismo o instrumentalidad del derecho, y así, de la función judicial. En cambio, él propone ver a la función judicial como una instancia de producción simbólica de un mensaje con fuerte contenido político.

---

jurídica, ver nota 20), e imponer una tecnología constitucional a partir de ciertos postulados de filosofía jurídica. Tal desplazamiento no fue producto de una evolución natural o auto-determinada en el sistema jurídico, sino de las disputas internas, de nuevos posicionamientos en el campo, que además determinaron nuevos posicionamientos en el aparato institucional de producción del derecho, tanto en Argentina como en Colombia.

Hay en esta visión una clara inclinación por evitar, como propone Santos (2003:186), la sumisión de la racionalidad moral-práctica del derecho a la racionalidad cognitiva-instrumental, que al fin, es la que ha dominado el proyecto modernizador del Derecho.

Sin embargo, también tiende a instaurar un ordenamiento binario que sitúa de un lado a los “ingenuos,” que creen que el problema es que las órdenes de las cortes no se cumplen o aplican, y del otro lado a los que “no” son ingenuos, los que entenderían que el contenido del mandato jurídico no es algo a implementar, sino un mensaje moral dirigido al campo político. Este último es visto como el único escenario legítimo para producir cualquier transformación de la realidad.

Ello lo habilita, en última instancia, a valorar el carácter emancipador del discurso jurídico y de los “triumfos” judiciales, sin que sean relevantes a estos fines, las evidencias directas de transformación estructural efectiva, o la pervivencia regular del *status quo*, a la que aluden los *ingenuos*. Esta aproximación teórica domina buena parte de la empresa institucionalista de izquierda en distintas partes del mundo.

El análisis de Bourdieu resulta útil para notar que el colombiano, pese a rechazar la ingenuidad instrumental (que asume que el derecho es una estructura independiente de cualquier fin específico), presupone sin embargo una fuerte autonomía del campo jurídico en buena parte de su análisis. En efecto, ello puede advertirse en la forma en la que en ese análisis se ignora a sí mismo y a la competencia jurídica en la que el autor participa. Desde su perspectiva, la transformación social no ocurrirá gracias al derecho y sus lógicas de transformación interna, sino conforme a la manera en que las fuerzas políticas utilicen los mensajes del derecho. Es decir que, pase lo que pase dentro del campo jurídico-judicial, lo relevante, ocurre en el mundo político. La incidencia y tendencia política dentro del campo jurídico, de los juristas y demás operadores del campo, es un dato que se soslaya por completo.

García Villegas aclara que muchas leyes y reformas no tienen otra finalidad que la legitimación de los actores políticos que las promueven, y en cierta forma, parece sugerir que está bien que así sea. Al resaltar el uso simbólico que los actores del campo político hacen del derecho, disimula, en cierta forma, el poder social que el mismo derecho y sus operadores adquieren con ellas, en cuanto discurso que se pretende neutral y técnico, y que se define en una competencia reglada y formal.

Tratando de traducir la propuesta más específica que Villegas aventura, diría que lo que está sosteniendo es que el derecho reformista inclusivo es como un contrato no ejecutable, como lo es la obligación del “débito conyugal” en el contrato matrimonial, o como lo son las llamadas “obligaciones naturales” en los contratos civiles. Así, el deber estatal de proveer a los más necesitados de salud, educación, vivienda,

etc., son obligaciones que el Estado contrae con la población a raíz de una concertación ineludible para la convivencia armónica de proyectos políticos antagónicos. Pero ello no significa que un juez deba pretender hacer que se cumplan esos compromisos usando la fuerza institucional coactiva, o pretendiendo que el mandato del derecho se implemente automática o *instrumentalmente* (es decir, de manera independiente a otros fines específicos).

La particularidad de la propuesta de Villegas, ya con Saffón (2005), es que a diferencia de lo que suele sostenerse respecto al débito conyugal y las obligaciones naturales, ellos aplauden que un juez dicte una sentencia que obligue a *proveer de servicios de salud a alguien*, como si estuviera obligando a cumplir con el “débito conyugal” a alguien. Sin embargo, incitan a ser conscientes de que el asunto se arreglará en el campo político (como en el ámbito de la pareja se arregla el asunto del débito conyugal), y que en el escenario judicial no se podrá hacer otra cosa para interferir en esas relaciones, más que activar una caja de resonancia de las obligaciones contraídas.

Tal vez su confianza radique en que con el tiempo, y con muchas otras decisiones en similar sentido, la obligación del débito conyugal, como la de proveer a la salud, empezaran a ser centrales en la pareja y en el gobierno, y cuestiones críticas a la hora de tomar la decisión de casarse o de gobernar. Pero eso será un asunto de otras parejas, y de otros conflictos públicos, no de los que están ante un juez ahora. Con la misma circunspección con la que un profesor de derecho de familia explica en clase la imposibilidad de que el derecho al débito conyugal se imponga coactivamente en las relaciones de familia, Villegas y Saffón proponen entender la función judicial inclusiva como la de un sistema emisor de mensajes simbólicos que no fracasan porque el juez no consiga imponerlos en el caso concreto. Así, los autores menosprecian la significación concreta que para la pareja tiene el hecho de que un juez interfiera y transforme sus problemas de relación en una “obligación jurídica”, reificada por el discurso legal en el hecho de la relación sexual.

Desde el marco que proporciona Boudieu, se puede notar que la circunspección a la política de Villegas y Saffón soslaya al mismo tiempo la influencia de los juristas, sus relaciones objetivas y las lógicas de producción del campo jurídico, como así también, el impacto simbólico de una sentencia sobre sus destinatarios inmediatos.

En cierta forma, estas perspectivas nos hacen creer que son las lógicas del campo político las que reinan y deben reinar, determinando los acuerdos sobre las normas, y luchando por su legitimidad después.

Así, el campo del derecho, y en particular el campo judicial, aparecería como una vía técnica e inocua a ser transitada por el mensaje emancipador, que toma al caso y sus actores como una excusa para vestirse de institucionalidad.

Las lógicas de transformación y producción interna del derecho quedan perfectamente disimuladas, al igual que la influencia de las disputas de intereses entre los operadores del derecho por posiciones en el campo. En particular, queda fuera del análisis la manera en que esas posiciones se traducen en poder social para ciertos agentes del campo jurídico, los que triunfan en la lucha por “decir el derecho,” y que muchas veces excluyen la versión que del conflicto tienen sus actores sociales. Finalmente, la supuesta fuerza política del discurso jurídico, es encapsulada en mensajes dogmáticos y formalistas, producto en buena parte de las discusiones escolásticas<sup>29</sup> que reinan en el debate interno del campo.

En definitiva, la perspectiva de la autonomía relativa del campo jurídico de Bourdieu nos permite deconstruir y denunciar la pregunta acerca de si el Derecho va por delante o por detrás del cambio social. Deja ver que las respuestas posibles a esa pregunta en no pocas ocasiones presumen algún principio de transformación del Derecho (externalista o internalista), que ignora la acción de los operadores concretos del campo jurídico y las lógicas de disputa y producción del discurso legal. En fin, el problema está en lo que la pregunta presupone y oculta.

### **LA DEBILIDAD DEL DERECHO LATINOAMERICANO**

Una evaluación compartida por juristas y sociólogos jurídicos en América Latina es que nuestro derecho estatal es “débil,” o en otros términos, tiene una eficacia instrumental precaria (comparándolo en general con la cultura jurídica anglosajona o germana).

Ello no significa que su valor social o poder simbólico en las sociedades latinoamericanas sea insignificante. Sólo significa, en principio, que los niveles de obediencia formal al mandato práctico de las reglas jurídicas son bajos, tanto en el plano de la *constituency*,<sup>30</sup> como en el plano de los poderes del Estado. Ello suele implicar la debilidad práctica de las cortes frente a las administraciones políticas, así como la vulnerabilidad de las instituciones republicanas frente a las perversidades del sistema político.

---

<sup>29</sup> Me refiero a las discusiones escolásticas en el sentido en que lo hace Bourdieu (1999).

<sup>30</sup> El significado de ésta palabra inglesa remite a un cuerpo cohesionado de personas, una representación abstracta de los votantes, o más bien, de aquellos frente a los cuales las autoridades tienen responsabilidad política. Para el caso, son los destinatarios de la ley, pero en cuanto representados y titulares de la autoridad soberana que la produce.

Una preocupación como ésta (que podría llamarse “autoritativa” o “performativa”) es vista en general como un problema para el progreso de cualquier proyecto institucionalista de cambio o desarrollo social.

Jeffrey Sachs (1998) inspiró en el neoliberalismo de los años noventa la convicción sobre la necesidad de fortalecer el Estado de Derecho para avanzar en el proyecto capitalista global. Sólo habrá libre mercado, instó, con instituciones sólidas y con leyes que se cumplan. Por su parte, los proyectos reformistas de la izquierda, sobre todos los neoinstitucionalistas en contextos formalistas, dependen vitalmente del respeto a la ley, y en particular de la autoridad de las cortes, para imponer las reformas inclusivas ambicionadas.

Carlos Nino,<sup>31</sup> en su libro “Un país al margen de la ley” (1992) atribuye la debilidad de la ley argentina a alguna vaga idiosincrasia anómica<sup>32</sup> de su *constituency*. Sin más detalle, intenta evidenciar que los argentinos usualmente no comprenden el valor de la ley.<sup>33</sup>

En cambio, Alberto Binder,<sup>34</sup> bajo el marco teórico de Pierre Bourdieu, y por otro lado, Mauricio García Villegas, en la línea conceptual de Boaventura de Sousa Santos, postulan un esquema explicativo diferente de la *anomia legal latinoamericana*, en términos históricos y sociopolíticos. De la mano de estas explicaciones más complejas, se encamina el resto del análisis teórico de este trabajo.

Vale notar antes, que mientras el apartado anterior empezó con la pregunta de si el derecho puede ir por delante o por detrás de los cam-

---

31 Carlos Nino se presenta en varios trabajos como un no-formalista, pero en el sentido referido por la ciencia jurídica, al criticar a la dogmática legal en su pretensión de coherencia, completitud y autosuficiencia (Ver nota 20). Sin embargo, su análisis en el libro *Un país al margen de la ley* (1992), con pretensiones empiristas o sociológicas, denota una inclinación a ver el asunto del derecho como un asunto autónomo e independiente de lo social, ese otro mundo en el que se dirime su obediencia o implementación. La desobediencia aparece así como un sinsentido social, caracterizando ciertos casos de *anomia boba*. En este sentido, desde el marco conceptual de Bourdieu, Nino podría ser tenido como un formalista.

32 Usa el término de Durkheim y Merton, pero para describir el apartamiento de reglas jurídicas.

33 Cárcova le da algún contenido más contextual y sustantivo a la denuncia de Nino, relacionando el incumplimiento de la ley en la Argentina, tanto con razones estructurales (como las demandas sociales que devienen del llamado *capitalismo desorganizado*, o de las pretensiones autoritarias de los gobiernos militares) como con responsabilidades de agentes estatales paradigmáticos (en particular la Corte Suprema de los años noventa, y su teoría voluntarista o *shmittiana*). (Ver Cárcova, 1996-111). Varios autores argentinos han participado de esta explicación limitada a una etapa política determinada, entre ellos Cristián Courtis y Victor Abramovich.

34 Ver: Binder, 2007.

bios sociales, para así desenmascarar los presupuestos de esa pregunta planteada en abstracto, la cuestión ahora está contextualmente acotada, aunque resulte todavía algo vaga: nos preguntamos si el derecho latinoamericano, pese a su debilidad, podría hacer posible, de alguna manera, el proyecto constitucional inclusionista.

### **BINDER Y LA DEBILIDAD SELECTIVA DE LA LEY**

Alberto Binder caracteriza la debilidad de la ley en Latinoamérica como selectiva, arbitraria, e irregular. A diferencia de Nino, que la expone como una insensatez social (1992), o de Atria, que recalca en el hecho de que el derecho se doblega frente a la política (2001), o del organicismo constitucional de Gargarella que observa un “rechazo” de injertos (2008), Binder identifica la fuente de la debilidad de la ley en la “cultura jurídica dominante”(2007). El suyo es un análisis desde la ciencia del Derecho, que tiene por objeto de examen a la ciencia jurídica.<sup>35</sup>

El concepto de “cultura jurídica” desde el que examina la cuestión, engloba tanto al consenso subjetivo entre juristas, como a la colusión objetiva y predispuesta de los operadores del campo del derecho. Se trata de aquello a lo que Bourdieu califica como el *habitus* (o sistema de disposiciones), eso que hace que los operadores legales jueguen el juego dentro del campo jurídico de la manera en que lo hacen. Binder alude a ello, a veces, como al *ethos* de los operadores del derecho (tales como los jueces, abogados, etc.), cuya práctica está inspirada en una ideología profesional que caracteriza como formalista,<sup>36</sup> conceptualista,<sup>37</sup> y

---

35 Es Pierre Bourdieu quien propone esta distinción. La ciencia del derecho estudia, entre otras cosas, a la ciencia jurídica, ya sea en su funcionamiento o en su relación con otras ciencias y otros campos. En tanto, la ciencia jurídica es la que construye el discurso jurídico (Bourdieu, 2000). En nuestros países se conoce a ésta última como *dogmática jurídica*, un campo con pretensiones científicas, determinado por lógicas deductivas y técnicas acotadas de interpretación de la ley.

36 El formalismo al que refiere Bourdieu es el que ve al derecho como autosuficiente, independiente de otros campos. Lo que preocupa a este autor es la ignorancia de los principios de producción y transformación del derecho. Para Santos, por otro lado, el formalismo del derecho deviene de la “la cientifización del derecho permitida por el derecho romano.” Explica que “[l]os Pandectistas transformaron el derecho romano en una estructura formal y jerarquizada de reglas jurídicas que obedecía a un rígido sistema lógico. La combinación compleja de autoridad, racionalidad y ética, característica del derecho romano de los Glosadores, fue así alterada y reducida a un formalismo técnico-racional, supuestamente neutro en relación a la ética y sólo preocupado por la perfección técnica, la coherencia lógica, la “completitud” y previsibilidad totales” (Santos, 2003:138). Lo que preocupa a Santos del formalismo es su vínculo con un modelo racionalista-mecanicista, y el abandono de los compromisos éticos como parte de los principios de producción del derecho.

37 Acerca del dominio del conceptualismo en la educación jurídica latinoamericana, ver en particular el trabajo de Bullard y Mc Lean, 2002.



ritualista, y que encuentra su raíz histórica en la legalidad indiana, y el autoritarismo de sumisión formal.

Más allá de la explicación histórica, el propósito del autor es resaltar la relación entre el *habitus* legal y el problema de la falta de fuerza práctica del derecho latinoamericano. Por ello, fenómenos como el llamado “síndrome normativo” (la tendencia a una producción inflacionaria de normas sin impacto en la práctica, Botero Bernal, 2003) preocuparían a Binder, no por su inspiración política o demagógica, sino por su vinculación con los elementos de la ideología jurídica dominante.

El advierte que en el campo jurídico lo que está en juego no es sólo la disputa por el monopolio del derecho a *decir el derecho*, esa disputa interpretativa por el sentido de la norma de la que ya advierte Bourdieu, sino además la lucha por la fuerza del derecho mismo para imponer ciertas prácticas y desplazar otras. En sus palabras, está en juego la “capacidad de regular efectivamente el conjunto de relaciones sociales que se dice regular.” (Binder, 2007:21)

Pero la tradición del pensamiento jurídico latinoamericano tiende a desvincular el asunto del sentido de la ley, del problema específico de su fuerza normativa (capacidad para provocar prácticas concretas), manteniendo el primer debate libre de las exigencias y desafíos del segundo. Esta separación permite y promueve la ineficacia de la ley.

El monopolio profesional sobre el “juego de decir el derecho” es el que licencia a los juristas para aislar su actividad de producción legal de esta manera, sin responsabilidad social por ello.<sup>38</sup> En efecto, el debate jurídico se vale de un lenguaje conceptualista y *encriptado* que encubre sus propios presupuestos, y que lo impermeabiliza frente a las críticas.

El discurso jurídico proyecta además una función paradójica del derecho. Mientras su racionalidad interna se basa en buena parte en el presupuesto de la generalidad de la ley, en los hechos, la ley se aplica de manera irregular y arbitraria.

El conceptualismo jurídico al que alude Binder, además de ser funcional a la pretensión de autonomía del campo, cumple el rol específico de instituir los problemas jurídicos relevantes sin consideración de los intereses concretos en juego. Cuanto más aislado esté del con-

---

38 Sobre la actitud *cínica* de la corporación legal y su vinculación con la dogmática formalista ver la última parte del trabajo de Martín Böhmer (1985) en el que refiere a profesores y profesionales del derecho. La versión más extendida y sistémica de esta crítica al cinismo legal proviene del movimiento del realismo jurídico norteamericano de la década del treinta, y de los seguidores del movimiento de los *Critical Legal Studies* (CLS) de las décadas del setenta y ochenta, entre los que destacan Duncan Kennedy, Robert Gordon y Mark Tushnet.

texto y de las lógicas del conflicto, el debate conceptual enfrenta a sus operadores en una disputa por decir el derecho que no es más que una disputa por usar ciertos conceptos en lugar de otros.<sup>39</sup>

Las demandas al servicio formal de justicia, junto a aquellos conflictos que interpelan al derecho, ven reducido su impacto en los modos de producción y contenido del discurso jurídico en la medida en que el debate conceptual se impone por encima de las razones particulares y locales. Surge así, según entiendo a Binder, el imperativo de hacer más permeable el proceso de producción del derecho a esas demandas y conflictos, como estrategia para desestabilizar la cultura de la debilidad de la ley.

Mediante la apelación a la neutralidad legal, o la absolutez de ciertos valores del campo jurídico, los juristas *expropián* el conflicto (o el sentido del conflicto) a los *clientes* del sistema jurídico. Esta expropiación es altamente reductible al jurista. Como señala Binder, ganar la batalla por el “sentido del derecho” puede significar dos cosas. A veces es el avance de reivindicaciones no reconocidas por la sociedad; pero otras veces, esos mismos triunfos no son sino otra forma de concreción formalista que

[...] permite al jurista posicionarse en muchos sectores sociales de un modo ficticio y superficial, pero facilitando una ganancia para el cuerpo de profesionales que manejan la “forma jurídica” y, de ese modo, procurándole competencia para un conjunto de problemas respecto de los cuales no debería tener esa competencia. Para que esta acción pueda expandirse sin afectar a intereses generalmente más poderosos, la formalización jurídica de los problemas sociales tiene una válvula de escape en cuanto garantiza una aplicación selectiva de la ley (Binder 2007:17).

El argumento de Binder muestra que las disputas dentro del campo jurídico también involucran la conquista de poder social a través de la generación de nuevas “formas” jurídicas. Se trata del poder de la representación social legítima de ciertos conflictos, poder que es posible alcanzar negociando con, digamos, “billetes no ejecutables.” Es decir, reivindicando formas del derecho cuya fuerza práctica no es parte de la negociación.<sup>40</sup>

39 Como señala Binder “[...] si los distintos sentidos normativos posibles de la norma no se ven afectados en lo más mínimo por su efectividad, el juego puede reproducirse sin molestarse por tomar nota de lo que un sentido normativo determinado significa para cada grupo social” (2007:15).

40 El chileno Fernando Atria realiza una interesante crítica a los juristas Courtis y Abramovich, que desnuda este mismo aspecto señalado por Binder, al acusarlos de preferir la

Esta última caracterización podría aplicarse a las reformas constitucionales que aquí nos ocupan. Si la declaración de derechos de segunda y tercera generación fuera la expresión de “nuevos formalismos” que permiten ganancias y competencias a cierta porción del cuerpo profesional, no serían ellas ninguna amenaza para el *status quo* injusto. Las aspiraciones de las reformas no tendrían ninguna posibilidad de concreción, en cuanto producto de la ideología formalista que negocia poder social con “billetes no ejecutables.”

Pero el asunto no es tan sencillo. El autor argentino cree que la cultura jurídica dominante puede ser desplazada por una contracultura de la fortaleza de la ley. En ese sentido, su propuesta consiste justamente en reformas institucionales. En efecto, luego de realizar un pormenorizado análisis desde la ciencia del derecho (la que toma como objeto a la ciencia jurídica), concluye proponiendo una salida propia de la ciencia jurídica: reformas legales. No se trata sino de otro creyente en las instituciones, como lo fueron los concertadores antagónicos de 1991 y 1994.

Lo distintivo de su propuesta, sin embargo, es que las reformas que él sugiere pretenden forjar un componente contracultural generado por, y generador de, nuevas disposiciones subjetivas en el campo jurídico. Tales disposiciones instituirían nuevas prácticas, y combatirían la cultura jurídica de debilidad de la ley.

A diferencia de un institucionalista clásico que propondría diseños ideales completos, que producirán *per se* nueva *illusio*,<sup>41</sup> o nuevo *habitus*, su propuesta, a la luz (o sombra) de nuestra interpretación, es generar más instancias o circuitos de *reflexividad* jurídico-institucional sobre el conflicto social. En lo que sigue insistiré en esta interpretación de su propuesta.

Entiendo aquí que Binder espera desafiar la *illusio* de la neutralidad profesional, transparentando y dando mayor relevancia a los intereses en juego al momento de la producción normativa. Y es importante este punto, en tanto el cambio cultural no devendría sólo de formas jurídicas que actúan mecánicamente como dispositivos de transformación del campo, sino más bien, de formas que funcionan como nuevos micro-circuitos de producción jurídica, más abiertos a los diversos intereses en conflicto.

Binder propone explícitamente instituciones que abran la posibilidad de conciliación y mediación (en lugar de la estricta adjudicación y sus

---

forma por sobre la sustancia (Atria, 2004).

41 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, 2000).

pretensiones de práctica neutral),<sup>42</sup> que permitan la participación directa de los sujetos del conflicto en la lógica de producción del campo jurídico, la simplificación de los procesos, la modernización de la organización judicial, audiencias públicas, juicio oral, etc. En definitiva, formas que promuevan la informalidad con el fin de dar prioridad a los intereses reales.<sup>43</sup>

Es probable que algunos componentes reformistas que amplían el acceso a la justicia en las constituciones reformadas de Argentina y Colombia, como la acción de tutela (que no requiere la representación de un abogado), o el amparo colectivo en Argentina (que no exige probar la vulneración de un derecho subjetivo para demandar), pudieran valorarse como el tipo de reformas judiciales que Binder calificaría de reglas aptas para incentivar una contracultura. Una confianza de esta estirpe, podría leerse en los términos de Bourdieu como una confianza en la capacidad generadora del propio *habitus*, el que, es importante aclarar, no es lo que vulgarmente se conoce como hábito o costumbre, cual reproducción estrictamente mecánica de conductas. Por el contrario, el *habitus* funciona en *relación al campo social* y produce y genera prácticas diferentes según lo que acontece en el campo: “[...] el *habitus* se revela sólo [...] en la *relación* con una situación determinada [...] Debemos pensarlo como un resorte que precisa de un disparador: dependiendo de los estímulos y de la estructura del campo, el mismo *habitus* generará resultados distintos, incluso opuestos ” (Bourdieu, 2005 (1992):197-198) <sup>44</sup>

La confianza de Binder en el tipo de instituciones que propone podría asentarse en la expectativa de que ellas generarán situaciones e

---

42 En este sentido resulta consistente y sintomático que, por ejemplo, un prestigioso crítico de éste tipo de acuerdos extrajudiciales como es Owen Fiss (1998), sea a la vez un defensor persistente de la autonomía del derecho, de las formas jurídicas y del valor de justicia que existe en ellas.

43 La informalización de la Justicia, de acuerdo a Boaventura de Sousa Santos, es uno de los fenómenos más importantes de la oscilación anti-formalista en del dominio de la sociología del derecho, que viene a cuestionar directamente a las formas jurídicas y judiciales en las que se apoyó el Estado de bienestar, además de un cuestionamiento al monopolio de la producción estatal del derecho. Sin embargo sus estudios lo llevan a sostener que los intentos de justicia informal tienden a reconvertirse o duplicar a la justicia formal, en fin, a re-formalizarse. Ello porque al fin y al cabo esos intentos de informalización son producto del propio Estado, el que encontró los medios de articularse con los poderes sociales informales (Santos, 2001).

44 Bourdieu menciona enseguida un ejemplo singular. Rescata que ciertos clérigos que conoció, cuya raíz era claramente la de campos religiosos aristocráticos, en los que se solía besarles los añillos, ahora en un suburbio comunista, se comportan como obispos radicales, muy activos en la defensa de los oprimidos. “El mismo *habitus* aristocrático de altanería, distancia y separación de los “mediocres”, de los inferiores”, de los vulgares, es decir de la clase media y de los pequeñoburgueses, por tanto de lo banal, lo trivial y el lugar común, puede producir conductas diametralmente opuestas debido a la transformación de la situación en la que operan” (Bourdieu:2005:198).

incentivos para producir nuevas relaciones y prácticas del campo que desafíen la cultura ritualista, conceptualista y formalista del derecho.

Similares argumentos podrían justificar la declaración de ciertos derechos subjetivos que promueven la reivindicación de intereses hasta ahora desatendidas por la cultura jurídica tradicional. Me refiero a los derechos económicos, sociales, y culturales. Ellos podrían también leerse en clave de estímulos contraculturales, siempre y cuando no se pierda de vista el riesgo de que esas mismas formas, operadas por profesionales de una cultura formalista y conceptualista, pueden también reproducir las mismas relaciones y prácticas, incrementando el marco formalista.<sup>45</sup>

Recapitulando, aunque la perspectiva de Binder tiene anclaje en el marco teórico propuesto por Pierre Bourdieu, en el sentido en que su análisis crítico se plantea desde fuera del campo jurídico, su propuesta es, en cierto sentido, una propuesta de la ciencia jurídica, y susceptible de sufrir las mismas críticas que dan base a su análisis. Es decir, las instituciones (formas) legales que propone pueden ser defendidas ellas mismas en los términos formalistas, conceptualistas y ritualistas de la cultura jurídica dominante.

Tal peligro impone la necesidad de una mirada suspicaz sobre la manera en que las reformas o instituciones que se proponen funcionan efectivamente en relación a esa cultura dominante, y a la aspiración de “inclusión” social. A su mejor luz, la propuesta de Binder tendría sentido y potencialidad en la medida en que las nuevas formas jurídicas consigan que los intereses particulares de cada conflicto interpelen efectivamente a las formas del derecho, o en otros términos, determinen una producción local y reflexiva del derecho latinoamericano que escape a las trampas formalistas.

### **GARCÍA VILLEGAS Y LA INEFICACIA INSTRUMENTAL**

El colombiano Mauricio García Villegas explica la disfuncionalidad del derecho latinoamericano en base a las nociones de “ineficacia instrumental”, “autoritarismo” y “pluralismo jurídico” (2001b). Estos son los rasgos sobresalientes de una cultura jurídica que, en un sentido más amplio que

---

45 En este sentido es interesante notar cómo algunas trampas del formalismo son hábilmente detectadas por los mismos actores del juego formalista. Por ejemplo, Curtis y Abramovich (2002) se involucran en una discusión conceptual destinada a sostener la necesidad de reconocer el aspecto negativo de los derechos sociales (o la existencia de un deber de no interferencia en su goce), con el objeto de igualarlos al menos simbólicamente a los derechos civiles y políticos. Ello provoca a Lucas Grosman, a acusarlos de estar obsesionados con las etiquetas, y de que su empresa corre el riesgo de que los tribunales terminen sosteniendo que *“el deber de no interferencia es el único aspecto de los derechos sociales susceptibles de justiciabilidad”* (Grosman, 2008: 21)

el de Binder, es agenciada no sólo por los operadores profesionales del derecho, sino por todos aquellos que participan en relaciones jurídicas.

La ineficacia instrumental parece un problema similar al de la debilidad de la ley del que habla Binder, aunque lo que interesa a Villegas no es el disvalor de la ineficacia o su carácter selectivo, sino su funcionalidad política. Ello lo lleva a conclusiones paradójicas, en las que a veces pareciera revalorizar tal ineficacia. Para García Villegas, “la producción del derecho obedece ante todo a propósitos de legitimación política y, por otro [lado], su carácter racional y universalista necesariamente está llamado a diferir de una realidad social marcada por la heterogeneidad e hibridez cultural, económica y social” (2001b: 4).

Hay entonces dos fuentes de esta ineficacia instrumental. Por un lado, el propósito meramente político de su producción o sanción, es decir, legitimar al productor de la norma, que no tiene intención de aplicarla. Por otro lado, la naturaleza “racional universalista” del derecho, la que Villegas, a diferencia de Binder, parece asumir como inevitable.

Para entender mejor en qué sentido Villegas parece valorar el hecho de la ineficacia instrumental, es necesario notar la manera en que el autor resalta la conexión entre la funcionalidad política de la producción del derecho, y lo que llama una “percepción social ambivalente” del derecho en América Latina. Esta última es una disposición cultural que observa en los destinatarios de las normas jurídicas, y que consiste en percibir al derecho oficial de manera ambigua, dígame, a veces como un instrumento de dominación de clase, y a veces cómo fórmula retórica de redención social. El derecho “evoca resistencia tanto como inspira esperanza” (2001b: 1), afirma. Es esa esperanza la que parece valorar especialmente.

Así, a las disposiciones subjetivas de los operadores profesionales del campo jurídico que señala Binder (formalismo-conceptualismo-ritualismo), podríamos sumar ahora la disposición cultural ambivalente frente al derecho de otros agentes del campo (funcionarios y ciudadanos destinatarios de la ley). Estos últimos no siempre son productores profesionales de derecho oficial, pero sin embargo participan en su producción, o actúan el derecho en forma creativa a través de sus prácticas.

Los relatos históricos tanto de Binder como de Villegas rescatan similares elementos de nuestra raíz colonial latinoamericana, y así explican la debilidad de la ley. Pero en lo que hace al presente, Binder y Villegas eligen análisis que corren por carriles distintos. El primero insta a atender lo que sucede dentro del campo de los operadores profesionales del derecho, mientras el segundo reclama mirar la motivación detrás de los productores políticos de las normas. Es decir, el “efecto simbólico” del derecho para los actores oficiales, y en especial en rela-

ción a sus destinatarios, esa *constituency* heterogénea de desobedientes y esperanzados.

Hasta aquí, aunque el énfasis recae en cuestiones diferentes, no necesariamente se contradicen. Para Binder la ineficacia es la *válvula de escape selectiva del formalismo*, la manifestación de una cultura reconcentrada en sí misma. Para Villegas es el resultado de la mera búsqueda de legitimación *de los productores políticos* del derecho. En otras palabras, mientras el argentino racionaliza la instancia de producción jurídica como un evento dominado por profesionales técnicos desembarazados de la fuerza práctica de las reglas jurídicas, Villegas lo representa como un evento dominado por agentes políticos y las metas de auto-legitimación coyuntural.

En cierto sentido la explicación de Villegas parece arrojar luz sobre la instancia de sanción de normas, en tanto la de Binder hace más inteligible las relaciones judiciales y ante las cortes, en las cuales los profesionales jurídicos tienen una marcada preponderancia.

En cualquier caso, el marco que nos proporcionan ambos análisis ayuda a reflexionar sobre los problemas de implementación de las reformas en las constituciones de Colombia y Argentina. Ellas podrían verse, por un instante, como el resultado de la ambición política de concertadores ávidos de legitimación social, y también de la operación discursiva de juristas formalistas. En fin, una alianza motivada por la lucha política, y posibilitada por la lógica de competencia dentro del campo jurídico, basada, en ambos casos, en el des-compromiso con la fuerza práctica de las reformas.

La visión de Villiegas podría usarse para llevar el análisis aún más lejos, y observar una *performance* del uso meramente autolegitimante del derecho en la actuación de los jueces y operadores profesionales. Las sentencias judiciales reformistas serían entonces otros hitos políticos de creación jurídica con fines de autolegitimación, en la que son ahora los jueces quienes concertan con partes aparentemente antagónicas, bajo la premisa de aceptar la retórica esperanzadora sin compromiso práctico.

Pero esto no es en lo que está pensando Villegas. Ni las cortes ni los activistas legales parecen estar inscriptos, para él, en la categoría de actores políticos que usan el valor simbólico del derecho con fines de auto-legitimación política. Para advertir mejor esta exclusión de los agentes jurídicos profesionales del grupo de los “productores abusivos o auto-interesados del derecho”, es necesario profundizar el análisis de la perspectiva del colombiano.

El sistema jurídico, desde su óptica, es un mecanismo destinado a la legitimación de las políticas públicas antes que una herramienta de implementación instrumental de dichas políticas. Esta comunicación legitimadora de un derecho progresista, o que respalda preten-

siones emancipadoras, resulta para él particularmente valiosa. Tal vez porque confía en que esa comunicación favorecerá a mediano o largo plazo, un fortalecimiento institucional no contingente. Ello explicaría por qué la reproducción de ese mensaje a través de cortes activistas sería también encomiable.

Como se señalara al principio, Villegas explica el fracaso de los anteriores proyectos reformistas de América Latina<sup>46</sup> por adolecer de lo que llama un “instrumentalismo ingenuo.” Es decir, los acusa de no haber contabilizado la resistencia que la cultura jurídica de América Latina opone a las normas oficiales. Y con ello, de haber situado el problema en un lugar equivocado, es decir, en la ineficacia instrumental del derecho oficial. Tal ingenuidad les impidió advertir la aspiración sustantiva que hay en una ley oficial reformista, la que no es otra que transmitir un mensaje que legitima el control social a través del derecho (García Villegas: 1989).

El derecho para Villegas es “una función portadora de un poder que se ejerce estratégicamente en relación con otras instancias”. En ciertos momentos “la regulación imperativa cede el paso a la confrontación de fuerzas, sin que ello se traduzca en un cambio en el contenido y el sentido impositivo del discurso jurídico.” (1989:43) Cuando se produce la confrontación de fuerzas, es cuando, paradójicamente, su enfoque del valor simbólico del derecho lo lleva a validar la realización meramente formal de las normas, que Binder critica. En otros términos, explica la *selectividad* legal como instancias de claudicación práctica, pero de triunfo simbólico, del derecho frente a otras fuerzas.

Insisto, el autor hace una cuasi apología del uso simbólico del discurso jurídico, que desplaza la lucha por la fuerza práctica del Derecho hacia fuera del campo jurídico. Su circunspección respecto al llamado *juego del poder*, demuestra que la ineficacia instrumental no significa para él una disfunción del derecho a zanjar de manera prioritaria. Por eso va a disentir con las conclusiones de autores como Carlos Rosenkrantz, quien pese a compartir la circunspección respecto al juego del poder, se inclina a defender la fuerza práctica del derecho, evitando el activismo de los jueces en áreas donde las fuerzas políticas son monopólicas, o el derecho no puede ganar.

En cambio para Villegas y Saffón (2005:10) el activismo judicial colombiano parece estar anclado justamente en esa retórica, antes que en su poder instrumental. Luego de descartar las críticas al activismo judicial basadas en su ineficacia instrumental, declaran:

---

46 Se refiere a las reformas del llamado movimiento *law and development*.



Las constituciones y la protección judicial de los derechos sociales que ellas implican, constituyen un mecanismo importante para promover el cambio social; sin embargo, la eficacia de ese mecanismo es, si se la considera individualmente, sólo parcial. Para ser más efectiva, la estrategia legal debe ser parte de una estrategia política más amplia dirigida a la transformación social a través de la materialización de los derechos sociales (García Villegas y Saffón 2005: 10).<sup>47</sup>

En fin, las críticas que rechazan Villegas y Saffón no darían cuenta de que es en esa lucha más amplia donde se realizarán los cambios, aunque siempre bajo la bandera de los derechos sociales.

### AMALGAMA DE PROPUESTAS

Parece innecesario leer las propuestas de Binder y Villegas en alguno de los sentidos en que ellas podrían parecer antagónicas. Por ejemplo, si viéramos en Binder a un instrumentalista ingenuo, o si identificáramos en García Villegas a un formalista socialmente irresponsable.

A los fines de este trabajo, sus preocupaciones y propuestas pueden leerse como proposiciones complementarias. Es decir, como un reclamo único en el que se amalgaman la demanda por una *contracultura de los operadores jurídicos* que incremente la permeabilidad del campo y de sus lógicas de producción de sentido, con la propuesta de comprender y usar la retórica del discurso legal en la instancia de implementación, como si ella fuera un arma performativa de *la lucha política por el cambio social*. Pero en particular, lo que voy a rescatar es la propuesta de valorar tal retórica cuando surge de las disposiciones y reglas del triunfo de la contracultura reivindicada por Binder, en lugar de cuando ella surge del rito formalista y conceptualista de una cultura de la debilidad de la ley.<sup>48</sup>

---

47 El texto original dice: "Constitutions and the judicial protection of social rights they entail, constitute an important mechanism to promote social change; nonetheless, the effectiveness of this mechanism is, if individually considered, only partial. In order to be more effective, the legal strategy must be part of a wider political strategy aiming at social transformation through the materialization of social rights" (la traducción es propia). Los autores califican su posición de constructivista, la que reclama, para que el cambio social sea posible, un fuerte compromiso de diverso actores sociales con la constitución.

48 En orden a defender las posibilidades de esta amalgama de perspectivas, debe señalarse que nada autoriza a pensar que Villegas reniegue de la fuerza práctica del derecho, aun cuando considere que la ineficacia del derecho *aspiracional* no sea una criterio de evaluación decisivo. Nada autoriza a pensar tampoco que Binder no reconociera al derecho como un "sistema simbólico", a la manera de sistema estructurado y estructurante de comunicación y conocimiento de Bourdieu. De hecho, la preocupación que aquí se le adscribe a Binder por la permeabilidad del derecho al conflicto sustantivo, bien puede ser

## PREVALENCIA Y EXCLUSIVIDAD DEL DERECHO. EL PLURALISMO JURÍDICO

La falta de exclusividad o prevalencia del derecho oficial sobre cualquier otro orden regulativo podría verse como la causa, o consecuencia, de la debilidad del derecho oficial. En el caso particular, como un factor inhabilitante para generar cambios sociales a través del derecho.

Pero éste no es un asunto del todo claro, y dependerá en buena medida de si vemos al derecho como un sistema normativo con un rol instrumental, o cognitivo-instrumental, o si en cambio lo vemos como un sistema simbólico, con un rol más bien comunicacional o de construcción de sentido social. En éste último caso, la existencia de otros órdenes jurídicos no necesariamente debilitarían al derecho oficial, como se verá en el análisis que sigue.

García Villegas (2001b) empieza mencionando al pluralismo jurídico<sup>49</sup> como uno de los rasgos de la disfuncionalidad del derecho latinoamericano, pero al igual que sucede con la ineficacia instrumental de la ley, a lo largo de su ensayo encuentra una manera de valorarlo positivamente. Distingue tres formas de aproximarse al pluralismo jurídico, y en una de ellas parece notar la potencialidad, en el marco de la tradición latinoamericana, para fortalecer la eficacia del derecho oficial, en lugar de debilitarlo.

La más popularizada de estas aproximaciones es la que llama la "dimensión sociológica" del pluralismo jurídico. Ella postula la existencia de una pluralidad de sistemas jurídicos en el seno de una unidad de análisis (temporo-espacial) que está en competencia con el derecho oficial. En esa competencia, la fuerza práctica del derecho se debilita al ver cuestionada su prevalencia, ya que un mismo caso resulta regulado por varias reglas cuyos mandatos prácticos no coinciden. Parece claro, desde esta aproximación, que la función regulativa instrumental del derecho oficial resultaría socavada por el pluralismo jurídico.

---

tenida como una preocupación por la potencia *gnoseológica* del derecho, que al impactar en sus lógicas de producción, incrementaría su poder simbólico. Y como todo sistema simbólico, el jurídico puede cumplir una función política, la que claro, no se reduce a una función de comunicación de un mensaje esperanzador. Bourdieu lo explica en términos constructivistas: "El poder simbólico como poder de construir el dato a través del enunciado, de hacer ver y creer, de confirmar o transformar la visión del mundo y, mediante eso, la acción sobre el mundo, por consiguiente el mundo, [es un] poder cuasimágico que permite obtener el equivalente de lo que se obtiene por la fuerza (física o económica), gracias al efecto específico de la movilización" (Bourdieu, 2001: 98).

---

49 Es importante destacar que aceptar la coexistencia de sistemas "jurídicos" ya es una toma de posición en un debate que no está cerrado en la ciencia jurídica. La mayor parte de la doctrina legal (formalista) prefiere señalar que los órdenes regulativos no oficiales no son "jurídicos," o no son derecho, y pensar en cambio, en que las regulaciones sociales alternativas son hechos de resistencia o desobediencia justificada o injustificada a la ley.

La otra dimensión del pluralismo es la dimensión institucional (interna). La motoriza el mismo Estado al intervenir de manera selectiva o mixta. El autor menciona el “abandono”, la “libertad” y el “agobio” como formas de intervención del Estado que forjan órdenes jurídicos que se desarrollan en los márgenes del derecho oficial. Esto podría incluir lo que Binder llama la aplicación selectiva de la ley, la que admite dimensiones de juridicidad en las que no se aplica el derecho oficial, mientras éste último se sigue proclamando general.<sup>50</sup> En esta dimensión “institucional” del pluralismo jurídico, Villegas incluye también prácticas institucionales que llama “fronterizas”, como aquéllas que ampararon el surgimiento del paramilitarismo en Colombia, y que se asemejan bastante a las prácticas de aplicación selectiva que suele denunciar Binder.

Curiosamente, aunque la fuerza práctica del derecho oficial pueda verse mermada por las particularidades de este tipo de intervención, éste siempre parece ser un resultado buscado, o al menos previsible para el propio Estado y sus agentes. De hecho, varios de los ejemplos que provee el autor colombiano parecen implicar una producción selectiva del derecho antes que una mera cuestión de aplicación selectiva. Las reglas dotadas de excepciones que menciona Villegas en esta categoría, introducen la selectividad de manera expresa. Estas reglas de excepción están, según el autor, altamente difundidas en nuestra región.<sup>51</sup>

Por último refiere a la “dimensión cultural” del pluralismo jurídico. Ella, señala, es particularmente relevante en el clima de la hibridez cultural de América Latina. La gran fluidez de significados y prácticas sociales que se reproducen en los discursos sociales y políticos de la región, sitúan al derecho en el lugar de un discurso regulativo más, entre varios otros. Ello impone descartar la visión del derecho de Weber como un sistema normativo, independiente y racional; y, en cambio, adoptar la perspectiva de Santos caracterizándolo como un sistema cultural, en el cual diferentes actores desde diferentes *posiciones discursivas* interactúan en un proceso constructivo (1995:473). Esta aproximación, que podríamos caracterizar de “posmoderna”, es la preferida por Villegas.<sup>52</sup>

---

50 El caso típico usualmente denunciado es el de la impunidad de los llamados “crímenes de guante blanco.”

51 Y por cierto este tipo de reglas pueden encontrarse en la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales, aunque encubiertas por categorías formales. Las feministas han denunciado ésta selectividad en relación a las reglas de separación entre el espacio doméstico y el espacio público, como un tipo de selectividad o abandono del Estado en relación a las situaciones que generan opresión en las mujeres.

52 “En realidad, el Estado nunca tuvo el monopolio del derecho. Por un lado, los mecanismos del sistema mundial, actuando en un plano supraestatal, desarrollaron sus propias leyes sistémicas... Por otro lado, ...subsistieron o surgieron diferentes formas de derecho

En ésta línea argumental, Santos señala que

[el] derecho oficial actúa, tanto en el momento de su producción como en el de su aplicación, a través de un proceso de *negociación* con los derechos de los restantes contextos sociales. Esta negociación, o subyugación negociada, explica también que el derecho oficial no sea el único y se constituya en tantos modos de juridicidad como interacciones con los derechos no oficiales en que se envuelva (Santos; 2001:295) (el énfasis es propio de la autora).

El autor portugués entiende también que: “Se trata de una negociación autoritaria, dado que es hecha a partir de un centro de poder hegemónico, pero su eficacia reside precisamente en tener que negociar con los derechos emergentes de las relaciones sociales en que se traducen los diferentes contextos sociales”(2001:295). En este último sentido el derecho oficial pueden verse como fuertemente contextual, ya que todos los contextos producen juridicidades.<sup>53</sup>

Dos cuestiones son relevantes aquí. Por un lado la perspectiva de la pluralidad de órdenes jurídicos como pluralidad de prácticas y de sentidos. Tales juridicidades, en lugar de socavar la exclusividad del derecho oficial, lo constituyen a través de un proceso de negociación que se da tanto en la instancia de producción como de aplicación legal.

Por otro lado, hay implícita, creo, una re-caracterización de la idea de *eficacia legal* como resultado de la negociación con diferentes contextos.<sup>54</sup> Lo

---

infraestatal, órdenes jurídicos locales, con o sin base territorial, rigiendo determinadas categorías de relaciones sociales e interactuando, de múltiples formas, con el derecho estatal” (Santos, 2003:194).

---

53 Para Santos: “Un contexto es una plataforma de encuentro de especialidades y de temporalidades concretas, que se constituyen en una red de relaciones dotadas de un tipo específico de ínter subjetividad: tal especificidad está inscrita en cada uno de los elementos estructurales del contexto: unidad de practica social, forma institucional, mecanismo de poder, forma de derecho y modo de racionalidad” (2001: 292-4). Este autor distingue fundamentalmente cuatro contextos: el contexto doméstico, el de producción, el de la ciudadanía y el mundial. El contexto de la ciudadanía tiene como forma de derecho el derecho oficial estatal, que tiene la prerrogativa de interferir en los derechos nacidos de los restantes contextos.

---

54 Las ideas de Santos parecen emparentarse con la esperanza de Binder de que al transparentar los intereses del conflicto social en el debate profesionalizado del campo jurídico, es decir, al exponer las razones de los operadores profesionales a las razones del conflicto sustantivo, se podría superar la debilidad práctica de la ley. En otras palabras, tener que negociar con otras juridicidades, obligaría a reconocer el sentido y carácter de *razones jurídicas* de aquellas que no tienen una fuente oficial. Sin embargo, también parece claro que en ningún caso Santos caracterizaría su propia visión del derecho como un “sistema reflexivo o autopoietico o autoreproductivo” a la manera de Gunther Teubner (2005).

interesante de una re-caracterización como ésta, es que se contrapone a la noción de eficacia como imposición mecánica y autoritaria de un mandato de significado único y exclusivo, expresado por el derecho oficial. Tanto en Santos como García Villegas, la eficacia legal oficial parece depender más de la permeabilidad de sentido del derecho oficial (o de su ineficacia instrumental), que de la fuerza práctica hegemónica de un sentido único.

Santos explica que “[e]l Estado moderno, al asumir el monopolio de la producción del derecho neutralizó el significado y declaró la irrelevancia de todas las producciones no estatales de derecho” (2001:298). Entonces, la manera de desafiar el monopolio es abandonar la obsesión por la exclusividad del derecho y, tal vez, renunciar al fetichismo jurídico como estandarte de la transformación social.

En este marco proposicional se entiende mejor porqué tanto Villegas como Santos critican la pretensión de imponer un contenido normativo único, lo que haría depender las posibilidades de transformación social del monopolio estatal en la producción del derecho.

Villegas rescata además la noción de *inter legalidad*<sup>55</sup> de Santos, remarcando por su parte que “la multiplicidad de significados legales en interacción y competencia no es sino otro aspecto de la existencia de sistemas de valores y sentidos interconectados que caracterizan a las sociedades semiperiféricas y de manera particular a las latinoamericanas.” Es así que la intersección entre redes de legalidad y “el respeto por algunas fronteras jurídicas acarrea la violación de otras” (2001:297).

Ello nos obliga siempre a transgredir en algún sentido. Pero tales transgresiones tienen, para Santos, un importante impacto político en cuanto empujan no sólo a la negociación mencionada, sino que suponen hacer un juicio político acerca de tal trasgresión. Así, para este particular marco de análisis, la trasgresión del derecho oficial no sería objeto de preocupación, sino mas bien una instancia necesaria en los procesos de producción del derecho, que siempre es necesariamente político, para hacer posible su eficacia.

---

55 “El análisis del pluralismo jurídico nos revela que, en cuanto sujetos de derecho, vivimos en diferentes comunidades jurídicas organizadas en redes de legalidad, ora paralelas, ora sobrepuestas; ora complementarias, ora antagónicas [...] las configuraciones de sentido jurídico que ponemos en acción en los diferentes contextos de nuestra práctica social son frecuentemente complejas mixturas, concepciones jurídicas discrepantes y de normas de generación diferente, unas nuevas, otras viejas, unas emergentes, otras de declinación, unas nativas, otras importadas, unas testimoniales y otras impuestas.[...] vivimos en un tiempo de porosidades y, por tanto, también de porosidad jurídica de un derecho poroso constituido por múltiples redes de juridicidad que nos fuerzan a constantes transiciones y transgresiones. La vida socio-jurídica de fin de siglo es, así, constituida por la intersección de diferentes líneas de fronteras jurídicas, fronteras porosas y, como tal, simultáneamente abiertas y cerradas. A esta intersección la llamo interlegalidad, la dimensión fenomenológica del pluralismo jurídico [...] Las redes de legalidad son [...] también redes de subjetividad [...]” (Santos, 2001:296).

Desde este marco se puede rescatar la propuesta de Villegas, no como rendición al cinismo legal de los formalistas, sino como una particular revalorización del hecho de la ineficacia como *oportunidad* para negociar el derecho oficial con las jurisdicciones locales, y así reconfigurarse como juicio político potenciando su eficacia transformativa.

En este sentido, otra vez podemos encontrar puntos en común entre Villegas y Binder. Puede decirse que la preocupación por la eficacia del derecho les es común, aunque las estrategias y los agentes a los que confían su articulación son diferentes (aunque no excluyentes). Ello, tal vez, porque Binder está proponiendo reformas internas a un derecho *protectorio*<sup>56</sup> que sufre de cierta debilidad selectiva, y pensando centralmente en la etapa de interpretación judicial. Su búsqueda es por un derecho más incluyente, que amplíe su performatividad y generalización. En tanto Villegas estaría desarrollando el marco teórico para respaldar un derecho *aspiracional* que pretende transformar la realidad social, aunque de una manera no necesariamente sistemática o general.

El esquema constitucional de la izquierda en Argentina y Colombia podría verse alternativamente como ese derecho *protectorio* pero selectivo que preocupa a Binder, y también como ese derecho *aspiracional* que agujeronea la prosa de Villegas.<sup>57</sup> El colombiano está pensando, en particular, en la etapa de sanción legal e implementación normativa, y las racionaliza como instancias de lucha política institucionalizada, a través de las cuales se busca además legitimar el control social.

Así las cosas, la concertación constitucional sería una negociación preliminar de significados, la que se intensifica en las otras instancias de implementación del derecho.

### UNA TRANSFORMACIÓN NO SISTÉMICA

Es crucial entender que una noción de *interlegalidad* como la de Santos, sobre la que se articula la propuesta de Villegas, supone más de lo que parece. Por un lado es obvio que supone extender la noción de campo jurídico a prácticas que difícilmente puedan verse como productos de la legalidad estatal, o de su acción institucional directa. Pero además,

---

56 Estoy apelando a la distinción entre derecho protectorio y aspiracional propuesta por Villegas y Saffón (2005). El primero, fruto de una revolución triunfante, goza de pleno consenso político en las estructuras de poder y tiende a proteger los valores del nuevo *status quo*. El segundo, fruto de acuerdo entre opositores políticos aspira a cambiar el *status quo* y su implementación implica necesariamente la tensión y confrontación entre disidentes.

57 Ello porque hay un alto grado de vaguedad en la distinción que tomo prestada de Villegas y Saffón. En efecto, todo derecho reformista es *aspiracional*, pero también cualquier activismo legal inclusivo que simplemente pretenda la aplicación de las reglas protectorias del Estado de derecho a las instituciones del Estado benefactor, por ejemplo.

supone extender la noción clásica de campo político, e incluir en ella una idea de poder que no se resume en el poder político, y una noción de poder político que no se sintetiza en el poder del Estado.<sup>58</sup> Sólo en ese marco, la trasgresión de alguna juridicidad es la regla antes que la excepción, ya que es el presupuesto de la negociación necesaria para darle autoridad a cualquier juridicidad.

El problema de este esquema es que juridicidades injustas con poder político (ya sea estatal o no), como la del paramilitarismo en Colombia, al transgredir las juridicidades oficiales del esquema reformista de la izquierda, como aquélla de los derechos humanos, obligan a negociaciones con resultados diversos y no siempre favorables al proyecto inclusivo. Sin embargo, el *input* de estas negociaciones, para la visión Villegas-Santos, sería la supuesta generación y exposición de juicios políticos sobre la cuestión concreta del paramilitarismo.

En otras palabras, el derecho oficial atravesado por la *interlegalidad* encuentra su función transformadora, no en la imposición instrumental de su normatividad sobre otras juridicidades o razones regulativas locales, sino en la negociación con ellas. Tal negociación, para Santos, llevaría a un cambio en las interpretaciones de la realidad, reconfigurando relaciones en un sentido ideal de mayor *reciprocidad*. La lucha cultural sería, en términos de Santos, por relaciones sociales de reciprocidad en las juridicidades de un campo más amplio (Santos, 2001:300-2).

En suma, desde ninguna de las perspectivas que venimos analizando el cambio social deviene del derecho latinoamericano reformista, sino de la interrelación más profunda de su normatividad con lo social. O sea, de una disminución de la autonomía ya relativa del campo jurídico. Ello se da para Binder, al reconstruir o flexibilizar las lógicas internas del campo cuando ellas reconocen otros intereses y racionalidades en la producción del derecho, o bien, para Santos y Villegas, al negociar con otras juridicidades al momento de la producción política del derecho, o de la lucha política por su implementación.

En el caso de Santos, el cambio esperable difícilmente sería sistémico, como lo pretenden las visiones modernas del derecho. Se trata-

---

58 Santos introduce la noción de contextos estructurales de la práctica social, que constituye configuraciones de juridicidades propias y configuraciones de poder propias (patriarcado, explotación, dominación e intercambio desigual) (Santos, 2001: 299). En uno de sus textos más ambiciosos, señala que hay un paradigma dominante de democracia que llama autoritaria. Entre los rasgos autoritarios de ella destaca el conceder al Estado el monopolio del poder político a través del monopolio en la producción del derecho, lo que genera una relación verticalista entre el ciudadano y el Estado. Otro rasgo es concebir a la política como la única forma de poder que circulan en la sociedad, y limitar a ella el dispositivo democrático, el que así, sólo puede concebirse como representativo (ya hay una visión mono-organizativa de la democracia) (Santos, 1998: 450).

ría, en todo caso, de un cambio irregular y contingente, en función al resultado de las diversas negociaciones interlegales.<sup>59</sup>

Por otro lado, la cuestión de si “la forma jurídica” es una herramienta del cinismo de los profesionales del campo, o un marco ideal para la negociación innovadora entre juridicidades distintas, tendrá necesariamente respuestas diversas. Entiendo que las formas producidas a instancia de las disposiciones formalistas de los operadores profesionales en el campo serán diferentes a aquellas producidas a instancias de la resistencia y participación en la producción jurídica de los destinatarios no profesionales, cuyos intereses en el conflicto se reflejan en una racionalidad que desafía a la oficial.

Este tipo de perspectivas respondería también a una teoría social *constructivista*, es decir, una para la cual el significado del derecho, como el de cualquier realidad social, se construye en la relación entre el observador y el sujeto observado. Pero sin dejar de advertir que el tránsito de las razones locales por el campo jurídico no es inocho, y la mediatización de las formas y disposiciones del *observador legítimo* (el jurista) tiene un alto poder expropiante. Por último, no está de más insistir en que tales asunciones constructivistas ponen en jaque presupuestos básicos centrales de la ciencia jurídica racionalista moderna, tales como la neutralidad de las formas y la autonomía absoluta del derecho.<sup>60</sup>

---

59 Santos insiste en que “Las definiciones alternativas de la realidad exigen una hermenéutica negativa que proceda a develar los mecanismos de poder y una hermenéutica reconstructiva que ofrezca alternativas contra-hegemónicas creíbles” (2001: 300). La propuesta de Binder bien podría encuadrarse en una hermenéutica negativa, al menos parcial, como la que propone Santos, dirigida a develar los mecanismos de poder del campo de los profesionales del derecho, el lenguaje de la “razón” jurídica de acuerdo a la cual se construyen jerarquías y se ejerce poder simbólico hacia adentro del campo.

En cuanto a la hermenéutica reconstructiva, el autor portugués apuesta a la noción de derechos humanos. Ellos deben ser “la forma y los medios de negociación,” dice. Pero esta confianza en la forma de los derechos humanos puede a la vez ser criticada desde la perspectiva de Binder. Los derechos humanos representados en el derecho oficial, y capturados por el lenguaje oficial, suelen también estar sujetos a la cultura jurídica dominante, su cinismo práctico, y una marcada selectividad en su aplicación.

---

60 En el campo de la ciencia jurídica moderna, incluso entre los juristas más sensibles a las razones que motivan la desobediencia de la ley, la obstinación es siempre por reconstruir la racionalidad jurídica frente a cada situación dilemática. Se busca, de manera incansable, reeditar una versión de la juridicidad oficial que sin perder consistencia, incluya más circunstancias y haga más distinciones, o bien genere nuevas subjetividades, nuevos conceptos, etc. La mirada es siempre hacia adentro del *sistema* en busca de que la racionalidad deductiva ayude a esquivar dilemas entre ley y justicia.



## EL LITIGIO Y EL CAMBIO SOCIAL

### PRIMER DESPLAZAMIENTO: ALIENACIÓN PRÁCTICA

El litigio es un escenario clave de la creación oficial de derecho. En él, intereses individuales y sociales disputan de manera pública y reglada para alcanzar una resolución cuya justicia está basada en una racionalidad jurídico-formal. En otros términos, en el debate judicial no se confronta el valor autónomo de los intereses en conflicto, sino, sobre todo, el valor de esos intereses *en relación* a normas jurídicas.

Es el esquema derivado del ideal instrumental del derecho por naturaleza. El ideal de la *justicia formal*.

En él ocurre un primer desplazamiento de los términos reales del conflicto, una transmutación, en términos de Bourdieu (2000:185-7). Los intereses concretos definidos por sus titulares son desplazados por los conceptos de la disputa técnica entre los profesionales del derecho, que así acrecientan su poder social.<sup>61</sup>

El fin proclamado de la intervención judicial es clausurar el conflicto en el mundo real, pero no siempre de manera directa, sino, generalmente, clausurando la disputa acerca de su sentido normativo. Esto ocurre a través de lo que se llama la *adjudicación* de la razón jurídica a favor de uno de los intereses en disputa. La idea se asemeja al tipo de expectativas que Santos (2003) denominaría “utopismo automático.” Sólo que la utopía aquí, consistiría en creer que el derecho funciona como un instrumento tecnológico del Estado para superar el hiato entre lo que *es* y lo que *debe ser*. Es decir, un instrumento de implementación del diseño de ingeniería social que el Estado ha expresado en la formulación de las normas jurídicas. Resuelto el asunto técnico de la adjudicación en el litigio, el mundo social deberá reencausarse en su sentido correcto a través del derecho.

Desde esa lente mecanicista de la ciencia jurídica, la intervención judicial en lo social depende en buena medida de preguntas normativas del tipo de si “hay o no hay derechos violados,” o si el juez “debe o no debe intervenir”, “si tiene o no competencias para hacer algo” en relación a ciertos asuntos, o si la norma “contempla o no los rasgos del caso.” Estas

---

61 Consideraciones muy similares a las de Bourdieu en la Fuerza del Derecho, pueden encontrarse en el análisis de Cárcova que postula *opacidad del derecho*, en el plano de la teoría o filosofía jurídica (ver Nota 19). En efecto, al referir a la función ideológica del derecho y al efecto de desconocimiento señala: “Hay en la misma práctica de los juristas, aun en el plano inconsciente, la producción de un efecto de desconocimiento que, si en sus aspectos más complejos se expresa en el monopolio del saber y la detentación del secreto, en sus aspectos instrumentales lo hace a través de un lenguaje críptico, de significación cerrada y de un conjunto de rituales ininteligibles para el lego. Una vez más: el poder asentado en el conocimiento del modo de operar el derecho se ejerce, en parte, a través del desconocimiento generalizado de ese modo de operar. La preservación de ese poder requiere la reproducción del efecto de desconocimiento. Requiere, en fin, opacidad”. (Cárcova, 1996:128)

son preguntas que presuponen un proceso de correlación automática entre la descripción normativa y hechos concretos, y una teoría política o de la democracia desde la que se define los alcances de la función judicial. Se asume, además, que de las respuestas a tales preguntas deriva lógicamente la medida y la forma de la intervención judicial correcta.

La racionalidad que domina la administración del conflicto durante un litigio es también del tipo de la que Santos llamaría “racionalidad cognitivo-instrumental” (2003:85-90), la que supone que el control de las causas acarrea el control de las consecuencias. Por eso la pregunta relevante para el juez y los juristas es acerca de la corrección de las causas de la decisión judicial. En tanto, la cuestión pragmática de las consecuencias de esa decisión aparece como un asunto de segundo orden (o de otro momento del derecho). De esta forma, el razonamiento judicial atraviesa frecuentemente por episodios de alienación de lo que efectivamente ocurre en el mundo social. Usualmente quedan fuera de este razonamiento sobre la corrección, interrogantes empíricos del tipo de: “¿cuáles son los verdaderos intereses en conflicto?”, o “¿cómo cambiar efectivamente las cosas?”

Preguntas como éstas, en lugar de referir a las condiciones técnicas de la decisión, a sus causas formales, refieren más bien a sus consecuencias prácticas. Es decir, refieren a cuestiones del tipo de: “bajo qué condiciones, en qué dirección, dentro de qué límites y en qué medida una intervención judicial puede cambiar aquello que se entiende ilegal o ilegítimo”. Pero tales preguntas, en general, permanecen fuera de la ciencia jurídica, fuera de la construcción del discurso legal, de la cuestión de la corrección, en fin, de las consideraciones relevantes de los operadores profesionales del derecho en su práctica de *decir el derecho*.

## **SEGUNDO DESPLAZAMIENTO: LA MUTACIÓN SEMÁNTICA Y LA MUTILACIÓN POLÍTICA**

Si el asunto se observa más de cerca, puede notarse que cuando ciertas luchas o demandas por cambios sociales son llevadas ante las cortes, ellas devienen en el *objeto formal* o la *litis* del proceso. Los agentes de esa demanda son investidos como, o reducidos a, *sujetos de derecho* (deberíamos decir “al derecho”) o *partes* del proceso. Sus necesidades y prioridades prácticas serán a su vez limitadas y encerradas en conceptos y reclamos jurídicos pre empaquetados de manera ideal y homogénea.<sup>62</sup>

---

62 Hay una clara subyugación discursiva que el proceso opera sobre los sujetos del conflicto. Las víctimas (ofendidos, sufrientes, reclamantes), observan, participan y suscriben versiones legales de sus conflictos, en las que sus razones internas más íntimas quedan ocultas, o dependen de argumentos o razones que le son ajenas.

Como en una obra de teatro, con un guión que establece los roles y las tramas posibles, la lógica de la disputa judicial no admite demasiadas negociaciones sobre la caracterización de esos roles y las reglas de confrontación. Esto ocurre con un rigor más alienante en los sistemas más formalistas y ritualistas que preocupan a Binder (Ver Capítulo II. a).

Los críticos de la ciencia jurídica han reprochado las transmutaciones que sufre el conflicto al ser absorbidos por el lenguaje de necesidad que se impone en el proceso judicial, especialmente por los abogados.<sup>63</sup> Han señalado, en particular, las falencias de la teoría de la *adjudicación* como mecanismo neutral de resolución de conflictos, (Kennedy, 1997 y 1999), las debilidades del discurso de los derechos subjetivos como forma de representar las reivindicaciones sociales (Brown, 2003), especialmente las *emancipatorias* (Tushnet, en Villgegas, 2001:111-159), y de garantizar realizaciones materiales a sus titulares. Finalmente, han criticado también la inclinación del proceso judicial a expropiar el conflicto a las partes (Bourdieu, 2000), o a reconfigurarlo en un lenguaje que desradicaliza sus demandas, a riesgo de *cooptar* a sus agentes, o legitimar el *status quo* (Brown, 2003); o como la forma en que el poder del derecho se ejerce a través del desconocimiento generalizado de sus modos de operar (Cárcova, 1996: 124).

Lo que rescatamos aquí de la perspectiva de estos críticos, es la idea general de que hay una limitación en el lenguaje jurídico para la transformación social, que aumenta proporcionalmente con el aumento de poder social que el conflicto supone para los intermediarios: los juristas. Ello deriva, entre otras cosas, en *mutilaciones* de los términos del conflicto que operan durante el rito litigioso y obliga, al menos, a tomarse el discurso de los derechos subjetivos con precaución, y abandonar la confianza en la neutralidad de la operación de la adjudicación.

Algunos de los argumentos críticos han sido receptados por la teoría jurídica moderna, o cooptada en términos de Jaramillo (Brown, 2003: 18), la que pretendió responder a través de más tecnología jurídica de derechos, es decir, de un discurso jurídico más amplio, con más opciones de roles, como la que propone el esquema inflacionario de derechos de las constituciones de Argentina y Colombia.

---

63 Los “discursos de necesidad”, según Duncan Kennedy son aquellos que se presentan como inevitables, y que niegan motivaciones *particularmente* subjetivas o emocionales en su gestación. Así, la traducción de las necesidades concretas en *derechos subjetivos*, en razones públicas, transforma a los agentes del conflicto en actores del proceso con roles predefinidos por el guión del código de procedimiento procesal. Ver un análisis incisivo del tema del discurso de necesidad en: *Kennedy, 1998*. De ésta manera se representa el ideal de neutralidad que el proceso judicial pretende reivindicar, negado lo que Bourdieu llama el principio de transformación del derecho, instigado por la competencia e incidencia de los intereses de los actores del campo.

Sin embargo, este esquema sigue atado a los parámetros dominantes de la ciencia jurídica (derechos subjetivos, expropiación y transformación judicial de las narrativas de necesidad en conceptos legales, etc.), así como también, a las preguntas normativas que prevalecen en el debate interno acerca de “si los jueces hicieron lo que debían hacer o no” en relación a cierta teoría democrática, o si realmente hubo o no “violación de derechos”, en relación a cierta teoría de interpretación jurídica dominante.

Este tipo de preguntas conducen habitualmente a principios de acción e inacción judicial del tipo de: *los jueces sólo pueden declarar la violación o indicar los estándares a alcanzar, pero no pueden decirle al Estado cómo hacerlo*. Esta veda está generalizada en la jurisprudencia latinoamericana, y responde a una teoría de la democracia que insiste en reconocer funciones estatales autónomas: legislación, interpretación y aplicación del derecho. Por eso un juez podría ordenar que se haga algo para que se deje de violar un derecho, pero no tiene competencias para decir qué es lo que se debe hacer o cómo hacerlo (aunque en el lenguaje práctico esto parezca un oxímoron).

Este principio informa insistentemente varios de los episodios de las intervenciones judiciales que comentaremos a continuación. Con él se determina la mirada jurídica lo suficiente como para desplazar del debate judicial aquellas complejidades prácticas decisivas, y proclamarlas fuera del campo del derecho.

Así las cosas, si el juez hizo lo que debía hacer conforme a la teoría política o de interpretación constitucional legítima, su intervención ha sido correcta. El resto, la modificación de lo social, no es un problema de la ciencia jurídica. En todo caso es un problema de la voluntad política de los gobernantes, o de las luchas en otros campos ajenos al judicial.

### **EL LITIGIO COMO ESTRUCTURA ESTRUCTURANTE DEL DISCURSO JURÍDICO Y DE SU FUERZA SIMBÓLICA**

Hay otras miradas posibles del litigio que conducen a otras preguntas, e impulsan otros parámetros de evaluación de la intervención judicial. Se trata de las miradas de los juristas postmodernos, pero en particular, de los sociólogos del derecho. Desde estas miradas existe un entrecruzamiento entre las funciones de producción jurídica (o creación), la de aplicación (o imposición) del derecho, y la de interpretación. La interpretación aparece implícita en la creación y aplicación, y la aplicación no es sino una creación interpretativa. En consecuencia, pierde centralidad la idea de una división rigurosa y orgánica-funcional del Estado.

Esto no significa que se niegue la independencia de los poderes u órganos estatales, sino sencillamente que no hay una división funcional

de la que se derive esencialmente la independencia orgánica. Las funciones interpretativas-creativas-aplicativas del derecho son ejercidas por todos los agentes del campo, y en especial los que forman los órganos estatales, y no sólo por ellos. Las diferencias son de instancia, de procedimiento, y hasta en cierta medida, de mera competencia práctica.

En esta sintonía, García Villegas (1989) señala que las disputas de sentido entre los operadores del derecho se reeditan en diferentes instancias de un proceso judicial, incluida la etapa de ejecución de la sentencia (la que la tradición jurídica identifica sólo como una instancia de imposición o implementación del derecho).<sup>64</sup>

Las disputas por el sentido del derecho se presentan de manera secuencial durante el litigio. Cada secuencia abre nuevas disputas de sentido frente a eventos que imponen decisiones judiciales (declarar, rechazar, instruir, aplicar, sentenciar, autorizar, exhortar, ordenar, solicitar, etc.). De manera que en un litigio se crea derecho para el caso, pero no sólo a través de la sentencia, sino en cada una de las distintas secuencias del proceso, que incluyen a la etapa de implementación.

El funcionamiento de estas secuencias podría verse, además, como un sistema simbólico estructurante y estructurado del sentido jurídico, de acuerdo a la caracterización que Bourdieu (2001) hace de los sistemas simbólicos. Es decir, podríamos identificar en el litigio a sub-sistemas de conocimiento, de comunicación y de dominación que estructuran significados más concretos y oficiales del derecho, frente a ciertos conflictos. Con un lenguaje y reglas propias del campo, el litigio recrea el discurso jurídico y lo valida en un rito público que es a la vez estructurado y estructurante.

Bourdieu arguye que el poder simbólico en general “es un poder que aspira a establecer un orden *gnoseológico*: el sentido inmediato del mundo (y en particular del mundo social) supone lo que Durkheim llama el *conformismo* lógico, es decir “una concepción homogénea del tiempo, del espacio, del número, de la causa, que hacen posible el acuerdo entre las inteligencias... Los símbolos son los instrumentos por excelencia de la “integración social” en tanto que instrumentos de conocimiento y de comunicación (cfr. El análisis durkheimiano de la fiesta), hacen posible el *consensus* sobre el sentido del mundo social, que contribuye fundamentalmente a la reproducción del orden social.” (Bourdieu, 2001:91-2)

Así que mientras los críticos de la ciencia jurídica desnudaron el carácter expropiante que tienen los símbolos del discurso jurídico

---

64 Para Villegas, citando “[el] derecho debe ser entendido como un proceso de comunicación entre instancias dotadas de un poder que se ejerce a través de la interpretación y de la lucha por la imposición de una determinada representación de las palabras” (García Villegas, 1989:37).

(en otras palabras, su carácter de sistema de conocimiento oficial expropiante e imperfecto), es interesante notar cómo la mirada externa desde las ciencias del derecho enfatiza la función social de ese sistema simbólico, en cuanto generador de consensos y reproductor del orden (sistema de comunicación y dominación).

Desde este marco es relevante plantearse de qué manera, si es que hay alguna, el derecho, y en particular el litigio (en tanto sub sistema estructurado y estructurante del discurso jurídico), podría cumplir la función política de subvertir o reformar ciertos aspectos del orden social, al que se supone que tiende a reproducir.

Una pregunta relevante sería, por ejemplo, si la adjudicación litigiosa de derechos económicos y sociales, con la que se pretende fortalecer a aquellos intereses que usualmente están ensombrecidos o avasallados por el orden social dominante, podría cumplir la *función política* de transferir el poder simbólico de lo jurídico a los titulares de esos derechos. En otras palabras, ¿se puede dar *poder* a las pretensiones que implican redistribución de bienes sociales? O, por el contrario, ¿tales derechos sólo son una forma *eufemizada* de las luchas económicas y políticas fuera del campo jurídico, cuya realización formal sólo sirve para adormecer la virulencia de las pretensiones sustantivas?<sup>65</sup>

Esta reflexión impone advertir aquellas circunstancias en que las formas jurídicas representan categorías del orden establecido como si fueran naturales. Nos obliga a considerar si al distinguir conceptualmente entre, por ejemplo, el derecho a la propiedad y el derecho al salario digno, el lenguaje jurídico está naturalizando y respaldando, a través de categorías de derechos subjetivos, las diferencias de poder que imperan en el orden social.<sup>66</sup>

Tal observación no intenta denunciar alguna incapacidad ínsita en el sistema simbólico del derecho para la subversión o la reforma social. Por el contrario, sencillamente intenta aproximar a la idea de que las funciones políticas de reproducción del orden o de reforma social, no dependen exclusivamente del mensaje que transmitan, de sus formas, y ni siquiera del propósito de su creación. Como explica Bourdieu (2001:98), los sistemas simbólicos no llevan su fuerza ínsita en sus contenidos, sino que se definen en las

---

65 Estas preguntas subyacen de manera crucial a todas las cuestiones y debates que se tratan en éste trabajo. La pretensión central es convertirla en la interpelación fundamental, antes que darle una respuesta última.

66 Wendy Brown se pregunta “¿qué significa usar el discurso de la personalidad genérica –el discurso de los derechos- contra los privilegios que dicho discurso ha garantizado tradicionalmente?” (2003:81).

relaciones de poder entre quienes ejercen el poder (incluidos los jueces) y quienes lo sufren.<sup>67</sup>

Este juicio es central para replantear qué tipo de preguntas serán relevantes para evaluar el éxito o fracaso de una intervención judicial con pretensiones reformistas. Debe tenerse en cuenta que si bien las relaciones de poder social tienen en general un carácter estructural, el litigio, en cuanto rito de validación del discurso de un campo relativamente autónomo, impone particularidades estructurantes propias, a través de la representación social de lo *debido* o *indebido*. En él podrían subvertirse jerarquías epistémico-sociales, o bien, consolidarse. Así las cosas, *el litigio, dada su dinámica autonomía relativa, es una oportunidad particular de re-circunstanciar las relaciones estructurales de poder que existen en el orden social.*

Advierte Bourdieu que: “[lo] que genera el poder de las palabras y las palabras de orden, el poder de mantener el orden o de subvertirlo, es la creencia en la legitimidad de las palabras y de quien las pronuncia, creencia que no pertenece a las palabras producir.” (2001:98). Puede afirmarse entonces, que la fuerza simbólica del derecho, o la función política de una sentencia, dependerán en gran medida de la creencia eventual en la legitimidad del discurso jurídico, y en quienes los producen. Pero, para empezar, la creencia en la legitimidad del discurso jurídico varía ya de manera drástica, entre actores profesionales y legos. Si bien la mayor o menor legitimidad del derecho oficial y de las cortes en términos estructurales es un factor relevante, ella es sólo una de las circunstancias que puede ofrecer variaciones en las relaciones particulares de la coyuntura litigiosa.

Lo que interesa remarcar aquí es que será el análisis caso por caso de estas circunstancias el que nos llevará a inquirir por las condiciones en que una sentencia judicial puede tener un efecto simbólico relevante, o las condiciones en que ciertos jueces aparecen particularmente legitimados para producir un discurso jurídico con una fuerza simbólica relevante.

En otras palabras, mientras la ciencia jurídica tradicional presupone que lo que dicen los jueces de manera *correcta* resulta legítimo *per se*, frente a cualquiera, y en cualquier circunstancia de tiempo y lugar, la perspectiva externa que aquí se explora, presupone que tal le-

---

67 Este es sin duda un posicionamiento desde la perspectiva de Michel Foucault, y sus seguidores. Es decir, la visión de que “el poder no es una cosa o un instrumento, es una situación estratégica en una sociedad determinada [...] donde hay poder hay resistencia. La resistencia no es exterior sino interior a la relación de poder. No hay poder sin dominador, pero tampoco sin dominado y esta relación es cambiante, mutable, dialéctica, histórica”. Ello permite a Cárcova seguir señalando que “el derecho, en lo sustancial, cumple un rol formalizador y reproductor de las relaciones sociales establecidas, y a la vez, un rol en la remoción y transformación de tales relaciones.” (Cárcova, 2006:151).

gitimidad dependerá de las circunstancias estructurales y particulares del contexto, las que determinan microrelaciones de poder diversas y complejas en cada caso.

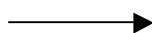
Ello impone pensar la intervención judicial no sólo como un hecho dependiente del juez, o una función regida por cierta normatividad legal, sino como un fenómeno social complejo, compuesto de elementos socio-políticos y simbólicos particulares, motorizado por agentes circunstanciados y coyunturalmente motivados, por razones estructurales, pero también por las razones específicas del campo de pertenencia de los agentes.

### **CRITERIOS DE EVALUACIÓN DE IMPACTO DE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN EL LITIGIO PÚBLICO**

Lo señalado hasta aquí explica varios de los criterios que se utilizan para evaluar las intervenciones judiciales en asuntos públicos. En lo que sigue se exponen estos criterios de manera analítica, con el fin de utilizarlos en el análisis de casos de la segunda parte.

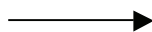
En general tales criterios no se presentan aislados, aunque frecuentemente alguno de ellos predomina en la evaluación. Dos son los centrales, y de ellos dependen los otros. Uno se asienta en el valor práctico de las prescripciones judiciales, y el otro en su valor simbólico.

I. Criterios que dependen del  
Contenido práctico del mandato



**FUNCIÓN COGNITIVA  
REGULADORA  
DE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL**

II. Criterios que dependen del  
Valor simbólico del mandato



**FUNCIÓN RETÓRICA O POLÍTICA DE  
LA INTERVENCIÓN JUDICIAL**

La primera idea tiende a evaluar la función cognitiva-reguladora de una intervención judicial en los asuntos públicos, y por tanto se concentra en analizar el contenido práctico del mandato del juez. La segunda, evalúa su función simbólica en las representaciones sociales, ya sean morales o políticas.

Esta distinción puede resultar ambigua en los hechos. Buena parte de la fuerza retórica del mensaje legal radica en los términos y alcances de la orden reguladora que se prescribe. En tanto que la efectividad práctica de una orden depende, también, de la fuerza simbólica que tenga sobre los destinatarios particulares.

Sin embargo, distinguir estas ideas ayuda a situar mejor las perspectivas del valor de la intervención judicial, y a veces, a notar las con-



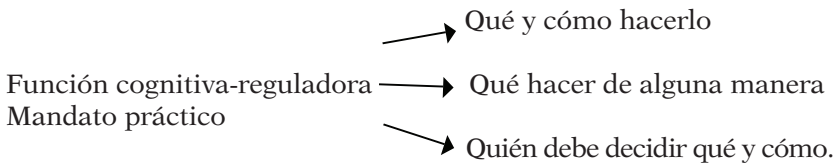
tradiciones y paradojas que esconden las evaluaciones que se postulan de manera general.

Así, cuando un mandato judicial no se cumple, si bien estamos ante su fracaso práctico, aún puede resultar valioso en términos simbólicos. En otros casos, en cambio, el cumplimiento práctico de una orden concreta podría neutralizar la eficacia simbólica de un discurso emancipador más general o estructural.

### LA FUNCIÓN COGNITIVO-REGULADORA DEL MANDATO JUDICIAL COMO CRITERIO DE EVALUACIÓN

Podemos distinguir tres criterios para evaluar la función cognitiva-reguladora del mandato judicial:

a. Aquellos que esperan del mandato judicial una regulación completa y detallada (todas las conductas necesarias para modificar el *status quo* injusto); b. Los que esperan sólo un marco genérico acerca de qué debe hacerse o hacia dónde debe irse; y c. Los que esperan la designación de una nueva autoridad que decida qué y cómo debe concretarse la transformación esperada.



*Qué y cómo hacerlo.* En el campo del litigio público, aquellos que esperan de los jueces regulaciones prácticas detalladas critican las intervenciones judiciales desde distintos criterios pragmáticos: ya sea por ser insuficientemente detalladas, por identificar erróneamente las causas del problema, por identificar erróneamente los medios para revertirlo, por presuponer equivocadamente la relación entre causas y medios, por no establecer suficientes sanciones que respalden las órdenes, etc. El juicio más característico de esta visión es que *los jueces se quedaron cortos*, o bien, que *se equivocaron* en identificar alguna cuestión empírica, o que lo que ordenan es *imposible* de cumplir (Ver Maurino, Nino, Sigal, 2005:301-327). El presupuesto de esta perspectiva, es el de ver en el derecho un *instrumento* para el cambio social, y en los jueces, a los ingenieros sociales.<sup>68</sup>

68 En ello se advierte la influencia del realismo jurídico norteamericano, el que ha motorizado desde comienzos del siglo pasado el llamado “activismo legal.” Para esta perspectiva, el derecho no deriva de un concepto abstracto de justicia, ni de un razonamiento

Por lo general, esta perspectiva debe enfrentar a dos tipos de objeciones que tienen mucho peso en la ciencia jurídica: una política y otra práctica.

La objeción política, que se identifica como objeción democrática, tiende a reconocer un principio fuerte de división de poderes y funciones del estado, el que vuelve inadmisibles que los jueces le digan a los poderes elegidos por las mayorías qué y cómo tienen que hacer su trabajo. La teoría jurídica moderna, de raigambre formalista, se subyuga frente a esta proscripción, y limita de diversas maneras la profundidad y detalle de las intervenciones judiciales en la regulación de la transformación de instituciones, o en la generación y diseño de políticas públicas.

La objeción práctica también pretende limitar la intervención de los jueces, pero en razón de la falta de capacidad tecnológica e institucional de las cortes para cumplir con tareas propias de la burocracia administrativa. La objeción alcanza tanto a la aptitud cognitiva de los jueces para entender los problemas de políticas públicas, como al equipamiento institucional de las cortes para resolver problemas a gran escala.<sup>69</sup>

*Qué hacer de alguna manera.* En segundo lugar, están los que entienden que los jueces no deben decidir en detalle cómo debe ser la nueva política pública o la nueva institución, sino sólo ordenar que la transformación se lleve adelante, sin especificar *cómo*. O bien, sólo especificando algunos *principios marco del procedimiento* de diseño e implementación de la transformación institucional o política requerida.

Esta es la perspectiva preponderante. La idea es que los jueces deben ordenar a la administración o a la legislatura que hagan algo para transformar cierto *status quo* (por ejemplo, que formulen un plan

---

lógico-dogmático, como suelen creer los formalistas, sino que sirve a intereses sociales concretos. Los abogados deben "usar" el derecho para solucionar problemas, y verse a sí mismos como *ingenieros sociales*. Esta concepción tecnológica de la ley y de sus operadores, es la que usualmente reina detrás de este criterio de evaluación.

69 Una versión detallada de ésta posición puede verse en Bruce Ackerman. Este autor sostiene que los jueces carecen de lo que llama una "tecnología perfecta de la justicia", que consiste en la capacidad de implementar las conclusiones sustantivas (citado por Rosenkrantz, 2007:4-5).

En el mismo sentido resultan las objeciones prácticas señaladas por Gerald Rosenberg, bajo el nombre de "Restricciones Estructurales" (*Structural Constraints*). Según el autor norteamericano, tales objeciones responden a una visión de las "Restringida de las Cortes". Entre ellas menciona a la naturaleza limitada de los derechos, los límites de la independencia judicial, a del problema de la falta de poder de los jueces para hacer cumplir sus propias ordenes (no tiene ni la fuerza ni la voluntad, sólo el juicio, y depende del auxilio del ejecutivo para hacerlo cumplir). (Rosenberg : 2008).

de reforma, o avancen reformas legales), pero la decisión final de cómo hacerlo corresponde a los poderes políticos.

Leonardo Filippini (2007), por ejemplo, defiende la intervención de la Corte Argentina en asuntos públicos como la prescripción de un marco para la formulación de políticas públicas. En efecto, en un caso concreto señala que: “la Corte ordenó la sujeción del accionar provincial a una serie de contenidos sustantivos [el “qué”] y, a la vez, estableció varios procedimientos para la consecución de tal fin [el marco del “cómo”].” Más aún, entiende que hay una premisa procedimental que la propia Corte afirmó, y es que “las políticas públicas eficaces requieren de discusión y consenso.” (Filippini, 2007:3).

Con esta propuesta se intenta evitar las objeciones a la propuesta anterior, dando cuenta tanto de la incapacidad práctica de los jueces para ordenar cómo modificar el *status quo*, como de la proscripción política para decidir sobre la administración de las reformas que se entienden necesarias.

Existe, sin embargo, un elemento auto frustrante en este apego a la objeción política de que los jueces no deben decir a la administración cómo hacer lo que tienen que hacer. Sucede que tal objeción en un sentido fuerte equipararía la independencia de poderes a la división de funciones del Estado, lo que conduciría a un debilitamiento del republicanismo, es decir, a substraer a los poderes políticos del cualquier control institucional.

Pero las dominantes son en realidad las versiones más débiles de la objeción política. Se trata de aquéllas que sustentan teorías como la del *balancing* (frenos y contrapesos de los poderes del Estado). Ellas tienden a transformar la intervención judicial regulatoria en una función de exhorto al diálogo entre los órganos o poderes del Estado (rendición de cuentas, supervisión, reenvíos, etc.). Al delegar en los poderes públicos mayoritarios la decisión de cómo llevar adelante en concreto la transformación requerida, la implementación se convierte en un proceso de inquisición y respuesta, o de rendición de cuentas de los poderes políticos ante la justicia.

En este marco resulta inquietante la vaguedad del límite entre decidir *qué* hacer, y *cómo* hacerlo. En efecto, cuando una administración presenta ante un juez un plan de transformación que le fue requerido por ésta, y tal plan resulta inadmisibile bajo los principios del *qué hacer* sostenidos por el juez, el rechazo del plan impondrá, inculcablemente, una invasión a las fronteras del *cómo hacerlo*. Ello no sólo es una deducción conceptual respecto a que el *cómo* usualmente está contenido en alguna concepción particular del *qué*, sino que además demuestra que es la posibilidad del rechazo al plan lo que da fuerza prescriptiva a la declaración del *qué*. Si tal posibilidad no existiera, no estaríamos ante

un sistema de *balancing* o control, sino ante sugerencias débiles que no podrían zanjar las tensiones o desacuerdos profundos entre órganos o poderes del Estado, y ni siquiera habilitar un diálogo de iguales.

Claro ejemplo de ello resulta el caso “Badaro” (2007),<sup>70</sup> en el que la Corte Suprema Argentina ordena al Congreso Federal reformar una ley incluyendo la movilidad jubilatoria en el sentido en que ella lo establece. El Congreso jamás lo hizo, y la Corte Suprema sencillamente se retrajo en su intento, quedando claro que su declaración del *qué* en el caso concreto, no sólo estaba unida a un *cómo* que el Congreso no compartía, sino, en particular, que la fuerza prescriptiva de esa orden siempre fue insuficiente.

No creo que éste sea un problema para los que defienden esta visión,<sup>71</sup> dado que el subtexto de esta perspectiva es adverso al activismo judicial. Es decir, la idea es que siempre prevalezca la voluntad de los poderes mayoritarios (aunque lo llamen división de funciones). Pero la aclaración sirve, sin embargo, para comprender las verdaderas dimensiones prácticas de la propuesta.

Desde mi perspectiva, el problema de una visión como ésta, a la que llamaré *procesualista*, es que reduce la capacidad transformativa de la intervención de las cortes a una cuestión de puja entre los poderes del Estado. La función judicial consistiría sencillamente en empujar a recrear pautas formales derivadas, pautas algo más específicas que una mera declaración de derechos y obligaciones, pautas que constriñan a los otros poderes a recrear más formas normativas para no perder legitimidad social. Una operación que al final del día institucionaliza o burocratiza problemas originariamente prácticos, necesidades humanas, o urgencias sociales. Ello con el objetivo autosatisfactorio de romper la inercia estatal o deslegitimarla.

La orden de transformar, o de seguir ciertos procedimientos para cumplir con la transformación ordenada, agota el horizonte transformador en la obediencia formal de procedimientos, de los que se esperan, con cierto “utopismo automático,” la transformación necesaria. El presupuesto cognitivo es que en la manera de hacer las cosas está el

---

70 En este caso la Corte Suprema de Justicia de Argentina declara el derecho a la movilidad de monto de asignación jubilatoria de una persona. Pero antes de hacerlo, exhorta al Congreso de la Nación para que reforme la ley provisional de manera de garantizar tal movilidad sobre los montos a todas las jubilaciones del país. El cCongreso jamás responde a tal exhorto. “Badaro, Adolfo Valentín c/ANSeS s/reajuste varios” CSJN 26/11/07.

71 En general la idea regulativa puede reconfigurarse como una idea simbólica, y sencillamente entender que Badaro fue al menos un buen ejemplo, un buen símbolo. De hecho suele entenderse esas órdenes y marcos como expresión simbólica del *deber ser* legal, que expone a los otros poderes del Estado a una crítica institucional legítima, y los obliga, desde su necesidad de legitimidad política, a hacer algo.

porqué de los problemas. De forma tal que el problema social se vuelve rehén del Estado, sus burocracias, y las materializaciones formales en las que los poderes realizan sus roles.

Por otra parte, la acción judicial burocratizante aumenta la dominación estatal sobre los problemas públicos, disminuyendo la autonomía del derecho frente al Estado. Serán los órganos políticos del Estado quienes recreen y den contenido a nuevas formas procesales de hacer políticas públicas, al interpretarlas-crearlas-implementarlas. La multiplicación de propuestas formalistas, y el desplazamiento de la definición de los problemas públicos por la definición de sub reglas o reglas-marcos, o indicadores, localizan las preguntas y las respuestas sobre la transformación necesaria lejos de los ojos, oídos, y voces de los actores sociales no estatales.<sup>72</sup> Se reproducen así nuevos campos de lucha estrictamente legal, en los que se defiende la especificidad operacional del derecho de acuerdo a las premisas de la burocracia del Estado.

*Quién debe decidir qué y cómo.* En tercer lugar, están los que entienden que lo relevante no es que los jueces digan todo lo que hay que hacer, o sólo parte de ello, sino que establezcan quienes son los que deben decidir cómo transformar. Para esta visión, la función cognitiva-reguladora de los jueces no sólo consiste en señalar cuál es el problema, sino además, advertir cuándo el problema es “sustancialmente inmune a los mecanismos políticos convencionales de corrección” (Sabel y Simon, 2004:1062), de manera que el responsable político de ellos no continúe teniendo el monopolio de la gestión del problema.

Evidenciada la incapacidad de los poderes estatales para solucionar cierto asunto público, es necesario desarticular su monopolio sobre las decisiones acerca del *qué-cómo*.

La propuesta de litigio público *experimentalista*, para los casos específicos en los que se postulan (Sabel y Simon, 2004:1062-66), no pretende que sean los jueces quienes tomen las decisiones tecnológicas o procesales que estructuren la particular concepción del *qué* o el *qué-cómo* de la transformación. Sólo exige que la intervención judicial evite que esas decisiones la sigan tomando los mismos orga-

---

72 Claro que la pretensión dice ser justo la opuesta. Sobre todo cuando las sub reglas son reglas de transparencia para permitir el mayor control de las decisiones estatales, o que imponen principios que funcionarían como criterios de control, y hasta de revisión judicial. Pero tales reglas, en los hechos, tienen problemas operacionales por lo general insalvables (falta de acceso a la justicia, distancias culturales para acceder a cierto tipo de información, indefensión frente al incumplimiento, etc.). Esos problemas son generados por el propio Estado al momento de asignar recursos en acceso a la justicia y promoción de políticas. Ver Nota 6, en particular el comentario de Santos, 2003:182-3.

nismos del Estado que han tenido el monopolio de esa decisión por un tiempo relevante.

El objetivo de la intervención es descentralizar el poder público del Estado sobre una cuestión concreta, y que sean los *stakeholders* quienes decidan cómo cambiar las cosas. Ya sea a través de comités especiales o de cualquier órgano *ad-hoc* de demandantes, demandados y expertos, la idea central siempre impone la prevención de que el remedio judicial no lo cree ni el juez ni el demandado. Se presume, en fin, que el problema no radica en la falta de voluntad política de transformación (de manera que la objeción democrática queda fuera), ni en errores identificables en la manera de poner en práctica esa transformación (quedando fuera la objeción práctica), sino más bien en la incapacidad estructural de los responsables políticos para identificar y guiar la transformación necesaria.<sup>73</sup>

El pronóstico de los que llamaré *experimentalistas* es que la intervención judicial, que deslegitima el *status quo* y descentraliza la decisión pública, generaría incentivos para la colaboración entre los nuevos administradores de los asuntos públicos. Pero esta última expectativa ya se relaciona con la fuerza simbólica de la intervención judicial, asunto que trataremos en el apartado siguiente.

### LA FUNCIÓN SIMBÓLICA COMO CRITERIO DE EVALUACIÓN DE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL

Como se señaló, García Villegas defiende la función evocadora del derecho en cuanto promesa de emancipación y cambio. La particularidad de esta aproximación es que en cierta forma libera a la intervención judicial de sus ataduras con el caso particular y/o los intereses de las partes formales del litigio, permitiendo evaluar el impacto de una orden judicial en relación a cuestiones más amplias, o indirectas, que influyen o determinan el conflicto en cuestión.

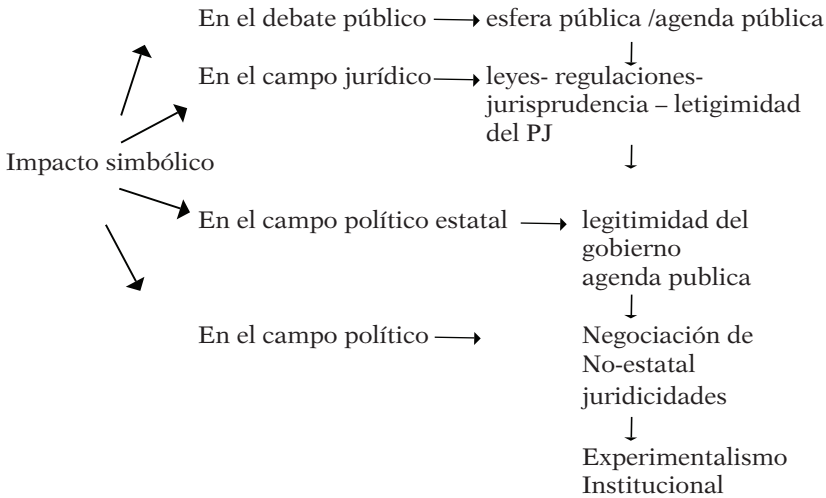
Desde esta perspectiva se observarán, por ejemplo, las alteraciones de sentido en las representaciones sociales que produce la retórica legal, o los cambios actitudinales entre los diversos actores institucionales frente a esas alteraciones de sentido.

Los que valoran la intervención judicial desde esta perspectiva suelen tener en mente distintas audiencias o campos. Un blanco usual es el llamado “debate público,” en cuanto escenario amplificador de mensajes judiciales. Otro *target* de este tipo de impacto suele ser el mis-

---

73 Rodríguez y Santos (2007) han endilgado al experimentalismo cierto *elitismo de expertos* en éste tipo de soluciones. Para que su crítica tenga sentido en relación al litigio, sería necesario traducir la idea de *stakeholders* que proponen Sabel y Simon, como si se refirieran exclusivamente a expertos, lo que no parece un asunto tan claro ni necesario.

mo campo jurídico, o bien el campo político estatal que genera jurisdicciones oficiales (la “agenda pública”), o algún campo político más amplio desde el que se ejerce presión sobre el campo político estatal, o se negocia con sus reglas.



*En el debate público.* Un criterio de evaluación de las intervenciones judiciales que usualmente convive con otros, es el de observar el impacto o incidencia de la intervención judicial en el “debate público”, o en la formación de la “agenda pública” a partir de este debate. Lo que se espera es una sentencia que influya en la percepción social dominante sobre la legitimidad del *status quo* de ciertos conflictos, de manera tal de legitimar tanto la resistencia a él, como las pretensiones emancipatorias (CELS, 2008; Robbins,2008).

La primer cuestión que enfrenta este enfoque es que la estructura de ese debate, y en particular la clase de público-*target* de las decisiones judiciales, son del tipo que Habermas define como la “esfera pública burguesa.” Tal esfera es susceptible de las críticas de accesibilidad y de funcionalidad a modelos de dominación, que señala en detalle Nancy Fraser (Fraser, 1997: 95-162). De forma tal que, cuando se trate de mensajes que son controvertidos para la percepción dominante en esa esfera, introducirlos al debate puede incluso tener ramificaciones contraproducentes para las pretensiones de transformación.

El ideal liberal del debate público robusto que alienta a esta perspectiva sería, en términos de Fraser, un modelo ideológico que sirve para el dominio emergente de una clase, pero basado ahora en la

idea de consentimiento, la que define los nuevos modos hegemónicos de dominación. Los efectos simbólicos que pueda tener una intervención judicial como forma de dar publicidad, o de respaldar en público pretensiones emancipatorias, dependerá en buena medida del nivel de aceptación previo que tengan esas pretensiones o cuestiones. La esfera pública burguesa puede funcionar como una fuerte barrera conservadora, e incluso como un interlocutor poderoso con quien negociar, en desventaja, el alcance de los mensajes.

Sin embargo, suele sostenerse que lo que hacen las cortes no es otra cosa que resaltar información, hechos, o circunstancias que no se conocen en esa esfera, dar *visibilidad* a problemas ocultos, de tal manera de alterar las premisas sobre las que se construye la percepción dominante. Esta confianza en el deliberativismo y en la posibilidad de cambiar la percepción social, la mayoría de las veces, lleva a respuestas *adaptativas* del mensaje, antes que a cambios sustanciales en las premisas de los interlocutores.

*En el campo jurídico.* Desde otra perspectiva, el impacto simbólico o indirecto de una decisión judicial tiene en mente implícitamente al mismo campo jurídico. El propósito no aparece siempre de manera expresa o totalmente clara en la narrativa de los evaluadores, pero es posible advertirlo al detener la atención en sus afirmaciones.

Siri Golpeen, por ejemplo (en Gargarella, Domingo, Roux, 2006:41), señala que una metodología realista para valorar la extensión del efecto transformativo de una sentencia, es mirar cualitativamente a sus *ripple effects*, algo así como los “oleajes” que causa. Ello significa, según afirma, investigar cuidadosamente los pasos tomados para cumplir con ella, y examinar si ellos han llevado a cambios en las leyes, las regulaciones y las políticas, o han cambiado el patrón de decisión de las cortes inferiores, o las normas aplicadas por otras instituciones, por ejemplo, en el monitoreo de los estándares de las comisiones de derechos humanos.<sup>74</sup>

Resulta claro que el efecto de la orden judicial puede ser difuso, pero donde importa medirlo es en su capacidad para mover a nuevo derecho estatal. Es decir, lo relevante es que se traduzca en cambios en el campo jurídico. Ello equipara la transformación de las regularidades sociales a la transformación en las reglas jurídicas. Lo cual deja a este enfoque muy cerca del de los *procesualistas*.

---

74 Ella propone al principio un concepto de transformación social mucho más amplio, relativo a las relaciones de poder social que mantienen situaciones de opresión en base a premisas morales arbitrarias, como la raza, sexo, capacidad económica y social, etc. Sin embargo, al momento de evaluar la intervención judicial, propone mirar los *ripple effects* que enumera y que coinciden, todos, con alteraciones jurídicas.



Otro intento en este sentido es el que realiza Robbins (2008), quien sostiene que la legitimidad que tienen las cortes para introducir asuntos al debate público debe usarse, sin embargo, de manera tal de mantener, fortalecer y aumentar el capital político de las cortes. Es este capital, el que les permitirá asumir un rol más trascendente en la defensa de los derechos fundamentales.

Tal acento en el impacto estratégico de la intervención judicial *particular* sobre el capital político *general* de las mismas cortes, es otra forma de pensar los efectos que una orden judicial tiene sobre el propio campo jurídico. El aumento de la autoridad de las cortes de justicia y su posición política es una cuestión de posicionamiento del campo legal y sus actores en el mundo político. Es interesante ver cómo esta propuesta, combinada con la de promover el debate público, puede fácilmente conducir al requerimiento de que las cortes hagan aquello que la ciudadanía burguesa, la que forma su esfera pública receptiva y legitimante, está dispuesta a aceptar.

El caso paradigmático de ésta forma de mirar el efecto simbólico del derecho es el de Julieta Lemaitre (2007). La autora colombiana se hace la pregunta general de: ¿por qué tantas personas inteligentes, y con experiencia política, insisten en las reformas legales y en el litigio constitucional como si no conocieran las limitaciones del derecho como instrumento de emancipación social? Luego, una más concreta de: ¿cómo entender el placer que produce el derecho progresista más allá del cálculo concreto de su utilidad?

Su respuesta, sintomática para mí, es que la ley llena un vacío existencial en las personas, el vacío causado por la injusticia, la violencia, y la falta de respeto a la dignidad humana. Si bien es sugerente la metáfora de que una intervención judicial que reivindica el fetiche legal llena vacíos existenciales de este tipo, no parece tan claro que ese efecto sea homogéneo en relación a todos los actores sociales, y en especial, en relación a los oprimidos.

Asumir, como la autora sugiere, que la identidad indígena concedida legalmente sería capaz de llenar el vacío existencial de la pobreza, violencia, exclusión y opresión de la vida diaria de los indígenas, es tal vez ir demasiado lejos. El ideal de dignidad personal que domina la cosmovisión legal puede seguramente convertirse en proyecto político y tener así un carácter vital para aquellos que compartimos esa cosmovisión. Pero difícilmente ese ideal pueda inspirar las luchas de quienes se asientan en un marco referencial diferente, y para quienes el reconocimiento oficial no es una necesidad moral, sino contingente y práctica.

Lemaitre señala que el fetiche legal aspira a construir una realidad social al nombrarla, tejiendo complejas redes de sentido. Ello también resulta plausible, pero al nombrar esa realidad en la lengua de la

ley, que no es otra cosa que la lengua de una clase social-profesional que lucha por poder político, se construye una realidad social sólo para esa clase, no para los actores sociales a los que se nombra. El derecho formal es tal vez una respuesta vital, pero sólo para los entusiastas juristas progresistas embanderados en un proyecto político que aspira a nombrar la realidad con la ley progresista.

Creo que la autora colombiana se equivoca, al igual que García Villegas, al señalar que los movimientos sociales tienen una percepción paradójica de la ley: como amenaza y como esperanza. Mi impresión es que los movimientos sociales, especialmente los formados por personas tradicionalmente oprimidas, ven a la ley más bien como una amenaza, y su esperanza, en todo caso, es que esa amenaza desaparezca. Pretender que buscan en la ley una resignificación de sus identidades, una nueva realidad que recree sus vidas y le dé significado a su sufrimiento (Lemaitre, 2007: 16, 21,22), es pretender que antes de la ley no tienen identidades, vidas, o que su sufrimiento no tiene significado para ellos. Esta más que una pretensión fetichista, insinúa la naturalización de la cosmovisión dominante.

En cualquier caso, según lo veo, tanto Glopeen, Robbins y Lemaitre están atentos al impacto simbólico de la intervención judicial en el campo jurídico y entre los actores de ese campo.

*En el campo político estatal* Las dos lecturas anteriores pueden reinterpretarse como criterios de evaluación del efecto simbólico de la intervención judicial sobre el campo político estatal. En efecto, lo que nos interesa aquí de los *ripple effects* jurídicos, o del mayor capital político de las cortes, o incluso del aliciente al fetichismo legal de los actores del campo jurídico, es remarcar que ellos son el resultado o síntoma de haber impactado en las decisiones políticas del Estado, es decir, de haber impactado en la *agenda pública* (CELS,2008). Ya sea avalando la presión que cierto proyecto político ejerce sobre el gobierno, o sencillamente por los requerimientos que vienen de un debate público encendido y que impacta en las decisiones estatales.

La primer consideración relevante es que ésta puede ser una estrategia del *uso simbólico* del derecho con meros fines auto-legitimantes. Es decir, los *ripple effects* sólo serían la manera en que un gobierno se legitima frente a la nueva agenda social o a las fuerzas políticas, y anestesia así sus demandas con reglas que no piensa cumplir, como podría sugerir García Villegas.

Por otro lado, no puede ignorarse que las alteraciones en el campo jurídico pueden verse como alteraciones en la relevancia que las instituciones jurídicas y sus operadores tienen dentro del campo político. En otras palabras, los *ripple effects* y la legitimidad de las cortes pueden

resignificar políticamente los discursos legales, y así re-localizar el poder político estatal en aquellos apóstoles de ese discurso, o requerir de ellos para legitimarse.

Algunos creen que ello tendrá necesariamente efectos prácticos en la lucha por alterar las relaciones de poder. Es decir, si los burócratas del Estado se transforman en respetuosos siervos de la ley y las cortes, mucha de la arbitrariedad estatal podría ser eliminada.

Sin embargo, si bien el plan es confortante, espera casi todo de las alteraciones en el aparato del estado, y tal vez demasiado de las narrativas legales. Las relaciones de dominación social no están determinadas y custodiadas sólo por el Estado, y los problemas sociales suelen presentar complejidades que no encajan en el recorte narrativo de la ley, sino que más bien resultan oscurecidas, o distorsionadas por ese recorte. De manera que frecuentemente esas relaciones y sus alteraciones de sentido no son alcanzadas ni por la fuerza simbólica del derecho ni por el brazo juridizado del Estado.

*En el campo político no estatal.* Finalmente, la fuerza simbólica de la intervención judicial puede valorarse en relación a sus efectos en las representaciones sociales de la realidad, alcanzadas por un poder político más amplio que el de los órganos del Estado. Es decir, alcanzando a aquellos actores que sufren y hacen sufrir injustamente de manera directa e indirecta.

García Villegas lo explicita sin rodeos: “El problema fundamental no se limita entonces a la pregunta por las causas del fracaso del derecho, sino más bien, a la cuestión de saber en qué medida dicho fracaso responde mejor a un juego de poder dentro del cual el derecho cumple una función determinada” (1989: 44)

Tal vez podríamos evaluar intervenciones de la justicia preguntándonos de qué manera ellas sirven a una estrategia política más amplia dirigida a la transformación social, a través de la materialización de los derechos sociales, como proponen Villegas y Saffón (2005:10-11). O, en términos de Santos, preguntarnos de qué manera una orden judicial empuja a instancias de negociación con otras reglas jurídicas emanadas de poderes políticos no estatales, como oportunidad para avanzar una agenda sustantiva, por ejemplo, de los derechos humanos.

Este enfoque reduce, en buena medida, la fuerza simbólica del derecho a su fuerza en las relaciones de poder social (aunque parece que siempre con una agenda de derechos). El ideal transformativo es un ideal de transformación de las representaciones sociales respecto del sentido de lo legítimo en tales relaciones.

Este es un efecto simbólico esperado, tal vez óptimo, pero ciertamente difícil de controlar. Los contenidos simbólicos que se desprenden de los mensajes judiciales (y del derecho en general) tienen efectos per-

formativos diferentes en esferas sociales diferentes, todas las cuáles se relacionan, en alguna medida, con la esfera de relaciones que interesa transformar. En ello reside, tal vez, la debilidad de usar este lente para argumentar a favor de cierto tipo de intervenciones judiciales.

En otras palabras, advertir que las representaciones legales causan algún efecto sobre el sentido del mundo social, o sobre la semántica de las relaciones de poder no estatales, no sería suficiente para afirmar que las intervenciones judiciales deberían buscar esos efectos. La normatividad de cualquier criterio operativo depende, en buena medida, de su potencial teleológico. Si no es posible administrar, prever, dirigir, o controlar los efectos performativos de una intervención judicial (ni en el campo político ampliado, ni el debate público, ni entre los agentes del Estado), pretender normalarla o dirigirla hacia esos efectos, resultaría, al menos, aventurero.

Sin embargo, el encanto de esta perspectiva es que de alguna manera “siempre se gana.” El derecho, y el litigio, de una forma u otra pueden siempre leerse en clave de un posible impacto en representaciones sociales, cuya prueba depende, en buena medida, de la imaginación del observador.<sup>75</sup>

*Experimentalismo Institucional.* En esta misma línea podríamos situar a la pretensión experimentalista de que una sentencia judicial, en el contexto de ciertos casos particulares,<sup>76</sup> sea capaz de generar la representación social de ilegitimidad del *status quo* entre los actores involucrados, o *stakeholders*, y así, los movería a colaborar para transformarlo.

El efecto simbólico esperado por el experimentalismo es precisamente este fenómeno de impulso colaborativo bajo la supervisión judicial. De hecho, la idea de transformación que tienen los experimentalistas en mente, no involucra un desafío cultural o simbólico a nivel socio-estructural, sino un desafío a nivel micro-estructural. Ellos entienden que en los casos en cuestión, lo que llega ante el juez es un problema público complejo, el que impone la necesidad de buscar e imaginar experimentalmente nuevas alternativas de solución. Esperan sólo transformar las micro-relaciones de poder institucional sometidas a la autoridad judicial. El objetivo es cambiar la forma de administrar un problema público concreto, una institución social particular, una política fallida, por ejemplo.

---

75 Guillermo Moro me sugirió esta lectura. Se *gana* incluso perdiendo el caso, según piensan algunos activistas. Una sentencia desfavorable puede darle la visibilidad necesaria a una situación ignorada por la sociedad y el derecho, y ayudar a movilizar a los oprimidos en un proyecto político, o bien a cuestionar los términos opresivos de la misma ley.

76 Los casos en que la idea de desestabilización y experimentalismo resultan posibles son aquellos en los que 1) se trata de instituciones públicas que no alcanzan un mínimo estándar de servicio adecuado, y 2) que resultan sustancialmente inmunes a los mecanismos políticos convencionales de corrección (Sabel y Simon, 2004).

La expectativa de que las partes se vean incentivadas bajo el halo judicial a colaborar entre ellas es tan débil como la de pretender cambiar las representaciones sociales en un mundo político ampliado a través de la intervención judicial.

Sin embargo, hay una diferencia relevante entre la expectativa experimentalista de efecto simbólico y la mencionada en el apartado anterior. Sucede que los experimentalistas mantienen la vista fija en el caso concreto y en el escenario judicial. Esperan de ese escenario muchos más efectos de los que esperan los otros criterios basados en el efecto simbólico de las sentencias. Y en contraste, se desentiende de los actores y circunstancias fuera del marco del “caso.”

El impacto que se espera,<sup>77</sup> si bien se dirige a un campo político ampliado que no comprende sólo al Estado, debería producirse solo bajo el paraguas de la supervisión judicial. En cierto sentido, la visión experimentalista es una teoría de la acción colectiva para ciertos casos, y bajo el particular efecto del ejercicio activo de la jurisdicción en el proceso.

Se espera que los acuerdos supervisados por el juez funcionen mejor que los firmados en las legislaturas como resultado de las luchas políticas ampliadas, y que la regulación resultante de negociaciones particulares amparadas por la justicia tenga más *chances* de éxito transformativo que las conquistadas en el campo político ampliado.<sup>78</sup>

---

77 Esperan *efectos desestabilizadores*, los que derivan en otros efectos tales como la deliberación, la igualación y participación de interesados, la descentralización dentro de la institución, y el efecto red (éste último es tal vez el único que se espera ocurra más allá de los involucrados en el proceso).

78 Podría hacerse al experimentalismo una crítica similar a la que Santos (2003:181-2) ha articulado contra las teorías *autopoéticas* del derecho. Es decir, se lo podría acusar de reforzar la autonomía del derecho dentro del Estado, pero no frente al Estado. Los procesos experimentales surgidos a instancia de la intervención judicial podrían verse como nuevas formas estatales creadas a instancia de los jueces. Esto sería plausible si se asumiera que la regulación experimentalista no es sino un derivado reflexivo o dependiente de la regla de solución aplicadas por el juez.

Sin embargo, creo que los experimentalistas no sentirían ésta crítica como fuerte. De hecho su propuesta se asienta en la descentralización de la decisión sobre lo público. Pero hay algo más en la operación reflexiva de la regulación experimentalista que podría ser relevante frente a una eventual crítica de este tipo, y es que los responsables de esa producción normativa-reflexiva no son agentes estatales formales, sino agentes locales con intereses particulares.

Atendiendo a la importancia de las disposiciones y *habitus* de las que nos alerta Bourdieu, si bien es cierto que los *stakeholders* ocuparían el lugar de agentes públicos (resolviendo, regulando, supervisando un asunto público conforme a reglas generales provistas por sus agentes: los jueces), lo harían legitimados y motivados por sus intereses particulares en el asunto concreto. Guillermo Moro también me ha señalado que en tal caso el argumento de la descentralización de la decisión en los *stakeholders* no sería pragmático, sino de legitimación política. Creo que tiene razón, al menos para aquellos que ven clara la diferencia entre uno y otro tipo de argumentos. No estoy segura de que sea mi caso.



## **Segunda Parte**

### **TRES CASOS DE ARGENTINA Y COLOMBIA**

En esta segunda parte se realiza una observación crítica de tres litigios sobre instituciones públicas, a partir de los criterios de evaluación analizados hasta aquí.

Se trata de tres casos paradigmáticos de de la jurisprudencia de América Latina. En primer lugar se analiza un caso de Argentina referido a la contaminación extrema de una de las cuencas hídricas más importantes del cono sur, que afecta a millones de personas. En segundo término se examina un caso decidido por la Corte Constitucional Colombiana en el cual se atiende a la problemática de millones de personas desplazadas por el conflicto armado. Finalmente, la observación recae sobre otro caso argentino referido a la situación de hacinamiento por la que atraviesan cientos de miles de detenidos en cárceles y comisarías de la provincia de Buenos Aires.

El propósito es señalar los desafíos y alternativas latentes en estas intervenciones judiciales, las que a la fecha, Julio de 2011, continúan su desarrollo.

#### **EL CASO DE LA CONTAMINACIÓN DEL RIACHUELO**

El 20 de junio del 2006 la Corte Suprema de Justicia Argentina (CSJ) admitió su competencia en el caso *“Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios”*. Así inició una intervención

dirigida a tutelar el ambiente en la Cuenca Matanza-Riachuelo (MR), el curso de agua más contaminado de la Argentina, y considerado uno de los 30 sitios más contaminados del mundo.<sup>79</sup>

La cuenca del Riachuelo tiene 64 kilómetros de extensión, atraviesa catorce municipios y cubre unos dos mil kilómetros cuadrados. Su contaminación afecta a cinco millones de habitantes entre los cuales casi cuatro de cada diez no tienen agua potable y más de la mitad no posee cloacas. Cada día el Riachuelo recibe 88.500 metros cúbicos de desechos industriales de más de cuatro mil fábricas instaladas en sus márgenes, y a esos efluentes químicos se les suman 368.000 metros cúbicos de aguas servidas por día, de las cuales –según datos de la Defensoría del Pueblo de la Nación sólo el 5% recibe tratamiento [...] Hay en la cuenca más de cien basurales a cielo abierto y el agua tiene niveles de mercurio, zinc, plomo y cromo de hasta cincuenta veces más de lo permitido, que conviven con trece villas de emergencia sólo en las parte baja del río...” (Lanata, 2009).

Por un período de dos años (2006-8) la Corte motorizó un proceso de gran impacto público en el que hizo uso de diversas medidas jurisdiccionales: llamó a audiencias públicas a los gobiernos involucrados y a las empresas contaminantes, les requirió informes detallados, exigió a los gobiernos un plan de saneamiento, interpeló directamente acerca de ese Plan a la Secretaría de Medio Ambiente de la Nación, solicitó la revisión del plan a peritos de la Universidad Nacional de Buenos Aires, y permitió participar en el curso de proceso, con carácter de partes activas, a organizaciones de la sociedad civil.

La Corte lo que pretende es motorizar al gobierno, a las empresas y a la sociedad para que se limpie el Riachuelo. Hay gente que vive en la cuenca y que está muy mal, muy afectada y algo tenemos que hacer. Pero la solución se hará paso a paso, en forma progresiva” (Declaraciones del ministro de la Corte Ricardo Lorenzetti). (Ventura, 2006).

Desde el comienzo, los actores del caso judicial tendieron a ensamblar dos narrativas del conflicto: la necesidad de limpiar el Riachuelo, y las necesidades de la gente que vive en sus márgenes.

Finalmente, el 8 de julio del 2008 la CSJ dictó una de las sentencias más trascendentes de su vida institucional. En ella hizo respon-

---

<sup>79</sup> Ver éste ranking en: <http://www.worstpolluted.org/>



sable al Gobierno Nacional, Provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de la ejecución del “Plan Integral de Saneamiento para la Cuenca MR (PSICMR).” Tres características interesan destacar de la sentencia.

En otras palabras, el proceso judicial generó un micro-sistema jurídico especializado para administrar la cuenca, con normas propias de ejecución, objetivos rectores y plazos (plan), sanciones (multas), autoridad administrativa (ACUMAR), judicial (juez de Quilmes), y sujetos responsables de la ejecución (estados nacional, provincial y municipal).

Finalmente, el sistema se complementó con *dos dispositivos externos de fiscalización de la ejecución del plan*: uno, el de control *financiero*, a cargo de la Auditoría General de la Nación (Organismos del Congreso Federal, eventualmente en manos del partido opositor al gobernante); y dos, el de control de *gestión*, a cargo del Defensor del Pueblo y cinco organizaciones de la Sociedad Civil (conocido como el “cuerpo colegiado”).

El primer año de implementación de la sentencia el organismo administrativo cumplió parcialmente y/o fuera del plazo establecido las ordenes de la Corte. El juez de ejecución les negó a las organizaciones de la sociedad civil la participación en carácter de partes en el proceso de ejecución (de la que habían gozado durante el proceso ante la Corte), y rehusó por algún tiempo, imponer multas frente a los incumplimientos.<sup>80</sup>

Crecieron las tensiones entre los controladores de gestión externos y los gobiernos. En Abril del 2009, la organización *Greenpeace* presentó los resultados de un informe de la Universidad de Exeter, que mostraban que el Riachuelo está ahora peor que hace diez años.<sup>81</sup> Además, denunciaba que en las arcas de la Administración aún había fondos que hace 10 años había otorgado el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) para un plan de saneamiento, y que sin embargo el programa seguía sub-ejecutado: sólo se utilizó el 35% en el 2008.

En lo que va del año [2009], el organismo no invirtió un solo peso en el saneamiento del curso de agua más contaminado

---

80 “El Cuerpo Colegiado integrado por el Defensor del Pueblo de la Nación y un grupo de cinco organizaciones (Asociación Vecinos de La Boca, CELS, FARN, Greenpeace y ACDH), y que por disposición de la Corte Suprema tiene a su cargo el control del Plan de Saneamiento del Riachuelo, denunció hoy que el Estado Nacional ha incurrido en reiteradas violaciones de las obligaciones establecidas en el fallo histórico del máximo tribunal que ordenó la recomposición de la Cuenca.” (Gacetilla de Prensa FARN, del 23/03/09).

81 Ver la gacetilla en: [www.greenpeace.org](http://www.greenpeace.org)

del país, pese a que dispone de 135,4 millones de pesos para todo este ejercicio, un 70 por ciento más que el año anterior” (Gacetilla de Prensa de Greenpeace del 21/04/09).

A pesar de la sub-ejecución del crédito del BID,<sup>82</sup> en Junio del 2009, antes de cumplirse un año de la sentencia, el Banco Mundial (BM) le otorgó a Argentina otro crédito, ahora de 840 millones de dólares para el saneamiento del Riachuelo.

“Creo que una de las salvaguardas de las que se valió el BM para otorgar el crédito fue el fallo [de la Corte]...” De entrevista vía e-mail a Andrés Nápoli, abogado demandante en el caso, representante de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), 2009).

Pero para Homero Bibiloni, el entonces flamante Secretario de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, y presidente de la ACUMAR desde el 2009: “La ACUMAR quedó como una cáscara vacía que ahora tenemos que remontar y sostener” (Entrevista a Homero Bibiloni:Yofre, 2009).

Cuando se le preguntó por sus relaciones con las organizaciones de la sociedad civil que forman parte del control de gestión de la ACUMAR, Bibiloni, aún exultante por el crédito obtenido del BM, sostuvo:

Hay entidades de la sociedad civil que pretenden arrogarse la representatividad de la sociedad y son grupos minúsculos. Algunas atentan contra el Estado de Derecho. *Greenpeace* es la multinacional de la sociedad civil [...] son la negación de la participación social” (Entrevista a Homero Bibiloni:Yofre, 2009).

En resumen, la intervención judicial no sólo hizo posible e instaló un micro-sistema jurídico especializado para administrar el saneamiento de la cuenca y atender damnificados por la contaminación, sino que proveyó al plan del Estado de la legitimidad necesaria para obtener importantes fondos que respaldaran el esquema de ejecución.

Sin embargo, el órgano de ejecución administrativo estuvo hasta ahora desarticulado, y su principal gestor, abiertamente confrontado con las organizaciones que ejercen el control de gestión. En Diciembre del 2010, la presidente despidió a Homero Bibiloni, y nombró en su reem-

---

82 Del préstamo del BID quedaron 100 millones de dólares para el programa de saneamiento del Riachuelo. En el 2007 hubo una sub-ejecución del presupuesto de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación del 75,46% y en el período enero-septiembre del 2008 del 88.04%. Durante el primer trimestre del 2009 la ejecución fue del 0%. Según Resolución 36/09 de la Auditoría General de la Nación: “Los intereses pagados por el préstamo [BID] acumulados hasta el mes de abril de este año totalizan 38,7 millones de dólares. Y las comisiones pagadas por los montos históricos no desembolsados hasta el mes de abril [2009] totalizan un monto acumulado de 8,2 millones de dólares.” (APOC, 2008).

plazo a Juan José Mussi. En tanto, el juez de ejecución ha perfilado un tipo de intervención judicial mucho más centralizada, y concentrada en *vencer la resistencia del obligado al cumplimiento*. Ello ha generado un proceso de creciente tensión y conflictos, varias sanciones pecuniarias sobre funcionarios responsables, y pobres realizaciones hasta ahora.

### EL CONTEXTO: NEOLIBERALISMO Y REFORMA CONSTITUCIONAL

El deterioro del Riachuelo ha sido progresivo. Es difícil establecer cuándo empezó, pero es claro que en las últimas tres décadas el daño se ha profundizado.<sup>83</sup> Una porción significativa de esos años han sido de democracia, de administración neoliberal, y de crisis económicas.

El abandono histórico del Estado dio lugar a un crecimiento descontrolado de las industrias que contaminan la cuenca y, recientemente, de asentamientos marginales que se diseminaron en sus márgenes sin ningún plan de desarrollo urbano. La falta de cloacas en la población de la cuenca, y de control de basurales y efluentes industriales, son las principales causas de contaminación de la cuenca MR.<sup>84</sup>

En ese marco se desarrolla una juridicidad subalterna que impera en las márgenes de la cuenca. Ante el abandono del Estado se consolida la política de las industrias privadas, y las reglas de vida de un creciente flujo de población marginal.

Varias son las evidencias de esta particular juridicidad. En principio, puede advertirse en los rasgos de una forma de vida cada vez más deterioradas en la población costera, determinada por la particularidad de los olores y del paisaje.<sup>85</sup> También puede advertirse en los cada vez

---

83 En un documento de la Junta Interna de Medio Ambiente ATE-CTA Capital de Noviembre de 2009, se habla de más de 200 años de contaminación y se señala que los vertidos de efluentes industriales datan de las primeras décadas del siglo XIX, con la instalación en las márgenes de saladeros y curtiembres. “Durante el modelo agroexportador (1880-1930) se instalaron los grandes establecimientos que procesaban materias primas agropecuarias, en especial frigorífica [...] en la década del 30 se instalaron las grandes firmas metalmeccánicas como los talleres Metalúrgicos San Martín (TAMET) del grupo Tornquist y Cía y las empresas SIAM y SIAT pertenecientes al grupo industrial ítalo argentino Torcuato Di Tella...” (Fasano, 2009:5). Ver en este sentido también “El color del río” de Silvestre, 2003.

84 Las aguas servidas se vierten a las napas a través de pozos negros o de las descargas pluviales. El 55 % de la población asentada en la cuenca carece de servicios cloacales. El asentamiento de industrias y viviendas responde a un ordenamiento ambiental y de desarrollo urbano deficiente. De hecho, sólo en la cuenca baja se concentra el 46 % de las villas de emergencia del Gran Buenos Aires. (Fasano, 2009)

85 El Relato de Villa Inflamable (Auyero y Swistum, 2008) acerca algunas descripciones sobre las particularidades socioculturales reinantes. En este sentido, es necesario señalar que dos millones de las personas que habitan la cuenca están en serios riesgos a la salud debido a su particular vulnerabilidad determinada por los altos índices de NBI, y en consideración que ente 1991-2001 la desocupación se cuadruplicó en los partidos de la cuenca

más exóticos componentes químicos encontrados en el agua, el aire y el suelo. En las aguas se halló desde insecticidas, DDT, distintos compuestos orgánicos halogenados, hasta herbicida, hidrocarburos y los más diversos metales.

Un reciente estudio en la población de niños de “Villa inflamable” detectó plomo en sangre en un 50%, cromo en un 38,9%, benceno en un 11% y tolueno en un 88%. La presencia de sus emisores se encontró en el agua, suelo y aire. Ellos exponen a la población ribereña a afecciones relacionadas con el sistema nervioso, disminución del coeficiente intelectual, abortos espontáneos, cefaleas, convulsiones, problemas gastrointestinales, daños respiratorios, daños en el sistema inmunológico, cambios cromosómicos, malformaciones genéticas, mutaciones, debilidad, y pérdida de memoria, entre otros. Tal vulnerabilidad sanitaria parece un caso paradigmático de lo que Santos llamaría “terceros mundos interiores” (Santos, 2003:17). Todo ello en un contexto de privatización del servicio de agua potable y de cloacas.

Las políticas privadas de las industrias del lugar llevaron a los niveles de contaminación ambiental actual. Una de las principales fuentes de contaminación es sin duda el Polo Petroquímico Dock Sud, que concentra 43 industrias, entre ellas varias petroleras, y un depósito de plantas de acopios de productos químicos. Sólo ellas representan el 5% del PBI de la Provincia de Buenos Aires (Fasano, 2008); es decir que son, sobre todo, un poderoso polo de poder económico de la jurisdicción más grande del país.

Los 105 basurales a cielo abierto que se reconocen oficialmente derivan, por un lado, de los propios municipios, que intentan evadir el costo de enviar los residuos para relleno sanitario a la CEAMSE (empresa del Estado formada por el Gobierno Provincial y el de la Ciudad de Buenos Aires), y de la actividad de las empresas privadas de transporte y recolección, que deciden formar basurales (con anuencia de los municipios) en sectores habitados por personas de bajos recursos (Fasano, 2009).

El caso responde claramente a lo que Villegas reconoce como la “dimensión institucional” del pluralismo jurídico, en donde el Estado no sólo abandona su poder de policía, sino que también ampara la generación de una juridicidad alterna que, muchas veces, responde a los intereses coyunturales de los gobernantes.

Sin embargo, puede pensarse que a partir de 1994 la juridicidad oficial empieza a confrontar con estas formas de juridicidad alterna. La reforma constitucional incluyó entre los nuevos derechos, el derecho a “un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano, y para

---

baja y media. Otro relato interesante, es el estudio de la historia cultural del paisaje del riachuelo en “El Color del Río” de Graciela Silvestri (2003).

que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras... el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley” (artículo 41 de la CN).

En 1995, el gobierno del presidente Menem, reelecto también gracias a la reforma constitucional de 1994, lanzó el Plan de Gestión Ambiental (PGA) y creó un nuevo organismo, el Comité Ejecutor del PGA (CEMR). El CEMR estaba formado por la entonces Secretaria de Recursos Naturales de la Nación, María Julia Alsogaray, el Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Provincia de Buenos Aires, y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. La secretaria de Medio Ambiente de la Nación, y presidenta del CEMR, anunció un plan de 1000 días para el saneamiento del Riachuelo, qué jamás se concreto.

Este nuevo marco legal ambiental, sin embargo, estuvo respaldado por un crédito del BID de 250 millones de dólares que llegaría en 1997, al que se sumaría una contrapartida local de otros 250 millones de dólares para ejecutar el plan. La confluencia del capital internacional y un Estado neoliberal concertador aparece entonces en escena como “promesa.”

Pero aun con dinero suficiente el plan se sub-ejecutó, debido a los problemas de conducción del organismo. La realización de obras se mantuvo prácticamente en un estancamiento total. La mitad de los fondos se destinaron a consultorías, y en el 2002 una buena porción de ellos se reasignó para fines sociales frente a la crisis económica. Años después, la ya mencionada secretaria de Medio Ambiente y presidente del CEMR, Alsogaray, resultó procesada y condenada por enriquecimiento ilícito. El plan de saneamiento quedó sin rumbo.

### LA INTERVENCIÓN JUDICIAL Y SUS EFECTOS

A lo largo de los años se hicieron varias denuncias penales en busca de un remedio judicial a la contaminación del Riachuelo. Ninguna de ellas dio frutos estructurales, sino hasta que en el 2004, diecisiete vecinos y profesionales de la salud<sup>86</sup> presentaron una demanda de daños y perjuicios ante la CSJ.

No obstante, cuando en el 2006 la Corte Suprema se declaró competente en este caso, no lo hizo en relación al pedido particular de los afectados, sino en nombre del *bien público* ambiente. Desplazó los reclamos individuales de daños y perjuicios (los que hubieran impuesto como directriz la narrativa particular del daño sufrido por cada uno de

---

86 Los vecinos eran de Villa Inflamable, en Dock Sud, partido de Avellaneda, Provincia de Buenos Aires, y los profesionales del Hospital Interzonal Pedro Fiorito de la ciudad de Avellaneda.

los demandantes, además de exigencias compensatorias), por la *causa pública* de la tutela del ambiente, en base al nuevo artículo 41 de la constitución reformada en 1994, de manera tal que la directriz prioritaria sería *prevenir y recomponer* la situación ambiental de la Cuenca Matanza-Riachuelo.

La Corte hizo además un uso exhaustivo de las facultades que le concedía la flamante ley 25.675, conocida como Ley General de Ambiente (LGA), y así articuló un proceso en el que prácticamente actuó de oficio (es decir, dictó medidas diversas aun sin que las partes se lo pidieran). Además, admitió la incorporación al proceso, como terceros interesados, de varias organizaciones de la sociedad civil (la mayoría financiadas con fondos internacionales) y del Defensor del Pueblo.

Antes de la reforma constitucional, otras cortes habían también tenido intervenciones importantes en materia de ambiente en la cuenca. Pero las diversas e incisivas medidas dictadas por esta Corte han sido posibles gracias al marco regulativo de los nuevos principios constitucionales, y a las reglas específicas de la ley de ambiente.<sup>87</sup> Este marco tiende a ampliar la posibilidad de participar en el proceso judicial a nuevos actores y, a la vez, a dar poder de iniciativa a los jueces en asuntos de interés público, para avanzar incluso más allá de lo solicitado por las partes. Al transformar el caso en la defensa de lo público, la justicia quedó enfrentada al gobierno casi sin mediación de víctimas o denunciantes.

Sin embargo, entre 1999 y el 2009 la contaminación empeoró,<sup>88</sup> y no hay datos fehacientes sobre lo ocurrido hasta ahora entre el 2009 y 2011. Podría pensarse que la intervención de la Corte en el 2006-09 no consiguió detener la curva de crecimiento de la contaminación, o que al no contar con datos del 2005 se hace difícil determinar qué ha pasado desde que intervino la Corte. En cualquier caso, algunos impactos particulares de esa intervención merecen una consideración oportuna aquí.

### DEBATE PÚBLICO

El efecto más claro de la intervención judicial es a nivel simbólico. A través de las audiencias públicas, interpelaciones al gobierno y a las empresas, y la generación y exposición de información sobre la dimensión de la contaminación del río, el tema no sólo se mantuvo en la agenda del estado en los últimos cuatro años, sino en particular, en los medios masivos de comunicación.

Este especial impacto debe analizarse en el contexto de otros even-

---

<sup>87</sup> La ley de ambiente se dicta por mandato de la reforma constitucional en el artículo 41.

<sup>88</sup> De acuerdo al informe de la Universidad de Exeter, Gran Bretaña, citado en Gacetillas de Prensa de Greenpeace de Abril de 2009. [www.greenpeace.org.ar](http://www.greenpeace.org.ar)

tos que impusieron la atención pública sobre la cuestión ambiental, como es el caso de la asamblea de Gualeguaychu.<sup>89</sup> Pero en particular, debe considerarse que la cuenca baja del Riachuelo atraviesa territorio de la ciudad de Buenos Aires, la urbe en la que habita el *core* de la esfera pública burguesa argentina (en términos habermasianos). Ella es además la principal destinataria del discurso de los medios masivos de comunicación, y en ella se concentra la gran mayoría de las organizaciones de la sociedad civil especializada y mejor financiadas del país. Sin duda, la ciudadanía porteña es la caja de resonancia más poderosa que pudo haber activado la Corte.

Pero también la parte alta y media de la cuenca atraviesa el Gran Buenos Aires, el área más densamente poblada del país, donde habita el 45 % de la población argentina. El poder político de ese Estado Provincial es, sin duda, el eje del poder político del Estado Argentino, especialmente después de la reforma constitucional de 1994, que modificó la forma de elección del presidente.<sup>90</sup>

No es posible establecer relaciones causales claras entre el impacto del caso en el debate de los medios y la agenda estatal, y el protagonismo más reciente que parecen haber alcanzado algunas organizaciones sociales de base de la cuenca (en particular la Asociación Vecinos de la Boca). Sin embargo, algunos señalan que antes que el caso cobrara estas dimensiones, la cuestión ambiental estaba al último en la agenda de aquellos vecinos más marginales del área afectada, con altos niveles de NBI (necesidades básicas insatisfechas) y desocupación. Sus principales preocupaciones pasaban, y pasan, por la subsistencia alimentaria, la vivienda, y los servicios básicos. La contaminación del ambiente, aunque grave y causante de diversas afecciones a su salud y calidad de vida, no siempre podía considerarse en pie de igualdad con otro tipo de urgencias.

Con la intervención de la Corte Suprema, tanto los gobiernos como las organizaciones de la sociedad civil especializada volcaron su atención sobre la situación sanitaria de los asentamientos más marginales, y sobre algunas agrupaciones de base.<sup>91</sup> La cuestión de las cloacas

---

89 Vecinos de la localidad de Gualeguaychú tomaron un puente internacional que comunica Argentina con Uruguay en protesta por la instalación de una fábrica de papel que contaminaría el río Uruguay, el que constituye una frontera internacional. Sobre su rivera se asienta la ciudad de Gualeguaychú. Ver <http://www.noalaspapeleras.com.ar/>

90 Al reemplazarse el sistema de elección indirecta del presidente por el sistema de elección directa, la densidad de la población de Gran Buenos Aires la convierte, sin duda, en el distrito que elige al presidente de los argentinos.

91 Sin embargo, el plan inicial presentado por el gobierno fue deficitario en relación a estos grupos: "En lo que hace a las acciones de relocalización de actividades productivas y residenciales queda un gran interrogante abierto con respecto a la población asentada en villas y asentamientos, territorios que, en algunos casos, son áreas insalubres para la

y el agua potable, se ha instalado fuertemente en la agenda de ejecución de la sentencia, desde que preexistían créditos específicos para las obras correspondientes, restando sólo preparar pliegos y llamar a licitación.

Es posible que a raíz de ello los grupos afectados hayan empezado a reconocer en la cuestión ambiental una oportunidad para la visibilidad política, la constitución de alianzas, y el desarrollo organizativo.<sup>92</sup> Podría ser que el escenario político creado a partir de la intervención de la Corte haya situado a estos grupos en una posición mejor en el campo político para hacer oír sus reclamos.

Pero en cualquier caso, ese escenario político está definido y reglado por las narrativas y la perspectiva de los “otros,” ya sea los expertos en el tema, los juristas que intervienen en el proceso judicial, o incluso la opinión pública porteña. Los grupos marginales que sufren la contaminación sólo podrán *incluirse* en el debate institucional embanderando y reclamando un plan de saneamiento de la ACUMAR en cuya gestación no han intervenido, y con un discurso legal y hasta *burgués* del valor del medio ambiente, que les es ajeno.

El debate público generado por el caso ha ido dejando fuera a la narrativa de la humanidad sufriente, desarrollada y signada por el ambiente. Aquello que Auyero y Swistun han sabido relatar en sus recientes investigaciones, y que el editor de *Villa Inflamable* (2007) calificó como: “Los aspectos cotidianos, complejos y contradictorios que supone la experiencia de habitar un lugar con fuertes cargas de polución del agua, el aire y los suelos, pero también con una pesada red de discursos que lo colocan, simbólicamente, en el lugar de la suciedad, la enfermedad y el peligro.”

No se ha articulado ningún mecanismo que permita visibilizar los reclamos comunitarios, o generar la participación efectiva de los grupos directamente afectados ni en el proceso judicial, ni en la ACUMAR, y ni siquiera, en el organismo colegiado de control a cargo del Defensor del Pueblo de la Nación.

### **PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD CIVIL**

El Defensor del Pueblo y algunas organizaciones de la sociedad civil especializadas, participaron durante el proceso judicial (2006-8) con

---

vida humana” (Fragmento Anexo II del informe de la UBA sobre el plan presentado por el gobierno y que la corte le pidiera revisar. Correspondiente a la comisión Económico-Institucional, citado por Berros, 2009:14). La Corte ordenó y hasta ahora no se concretó un estudio epidemiológico sobre los habitantes de la cuenca que permita definir una política sanitaria que aborde las patologías producidas por la contaminación y los sectores sociales más vulnerables frenen al deterioro de la cuenca. (Fasanao, 2009).

<sup>92</sup> Consideraciones extraídas de conversaciones informales con abogados que intervinieron en la causa.



carácter de *terceros interesados*.<sup>93</sup> Entre las organizaciones estaban la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *Greenpeace* y la Asociación Vecinos de la Boca (AVLB).<sup>94</sup> Luego se incorpora la Asociación Ciudadana por los Derechos Humanos (ACDH) y un grupo de vecinos de Lomas de Zamora.<sup>95</sup> Dictada la sentencia, se los designaría luego como partes del cuerpo colegiado responsable del control de la Gestión del Plan de Saneamiento.<sup>96</sup>

Estas organizaciones cumplieron un rol muy significativo en ambas instancias (durante el proceso y después de la sentencia), aportando escritos críticos de la situación y del plan presentado por el gobierno, incitando el avance procesal, y aportando argumentos y propuestas.

Fue sin duda la nueva tecnología constitucional en materia de ambiente la que posibilitó y facilitó la activa participación judicial de estas organizaciones. Pero en particular, ayudó la inclinación de la Corte a tomarse en serio esa nueva tecnología e instaurar lo que se llamó un “nuevo paradigma” del caso judicial.<sup>97</sup> Así, el proceso permitió el acceso a información relevante, facilitó el examen y revisión críticas de las propuestas, y dio participación a expertos de la academia y de la sociedad civil. En fin, la participación de la sociedad civil avalada por la Corte resultó altamente eficiente en la determinación de la responsabilidad pública de los funcionarios, y ciertamente elocuente en comunicar la importancia social del medio ambiente.

Por otro lado, tal escenario fue posible también porque la Corte Suprema y las organizaciones estaban en similar sintonía ju-

---

93 Según lo autoriza el artículos 90 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y 30 de la ley n° 25.675 Ley General del Ambiente.

94 Se rechaza, sin embargo, la participación de organizaciones como Poder Ciudadano, Fundación Ciudad y Fundación Metropolitana en función de los contenidos estatuarios de cada una de ellas.

95 Vale mencionar que varias de estas organizaciones venían denunciando desde tiempo antes de este caso la situación en el Riachuelo. Ya en el 2003 se publica un primer informe de diagnóstico de situación de la CMR, que reconoce entre sus autores al Defensor del Pueblo de la Nación, AVLA, CELS, Fundación Ciudad, Fundación Metropolitana, *Greenpeace*, FARN, Poder Ciudadano, UTN, UNLM.

96 A su vez, la ley de creación del ACUMAR (órgano de ejecución del plan) había previsto la creación de una Comisión de Participación de la Sociedad Civil, que se esperaba funcionaría como órgano consultivo en la ejecución del plan.

97 “El paradigma se ha transformado. Han sido una serie de actividades (*amicus curiae*, audiencias públicas, acceso a la información, ampliación de la legitimación, reconocimiento de bienes de incidencia colectiva, etc.) desplegadas en pleno diálogo republicano con los otros dos poderes –que son los que más consideran los intereses de las mayorías– las que han permitido forjar esta novel y muy fuerte *legitimación democrática* de la nueva Corte de *consenso*” (Nápoli y Essain, 2008).

rídica. Es decir, ambos coincidían en la narrativa definitoria del caso, y sus prioridades:

La Corte se preocupará por instar a la recomposición del Riachuelo y, eventualmente, por resarcir un daño moral colectivo sufrido. Para la Corte, la indemnización es lo último, porque antes está la recomposición del medio ambiente. (Declaraciones del Juez Lorenzetti en entrevista) (Ventura, 2006).

Los abogados pensábamos que era importante quitarle a la causa el matiz exclusivamente patrimonialista que podía correr en el futuro. Con la presencia de las organizaciones civiles se podía además asegurar la continuidad del proceso a pesar de cualquier transacción de los vecinos respecto a su demanda (Nápoli y Essain, 2008).

En cierta forma, la intervención motorizada de oficio por los jueces de la CSJ, y/o a instancias de los abogados de las organizaciones, desplazó la iniciativa y perspectiva individual de los actores demandantes, o de otros que estuvieran en similar situación y pudieran ver representado sus intereses en esas narrativas.<sup>98</sup> Ellos se transformaron en cifras o reportes estadísticos a realizar, configurándose así un sentido particular del conflicto en nombre de la causa pública.

Si bien es cierto que los afectados por la contaminación están en una situación de extrema vulnerabilidad para confrontar y negociar con las empresas y los poderes del Estado, resulta claro que la estrategia de representarlos para que se limpie la cuenca hídrica desplazó una posibilidad de *empoderamiento* diferente: representarlos para que se escuchen sus historias, para que protagonicen la decisión de cómo recomponer el ambiente, mientras se repara el daño personal, familiar y social causado por la contaminación.

La causa pública se definió también, en parte, en el debate público que los medios impusieron. Es decir, como la necesidad de control industrial, control de la gestión del gobierno, y acciones de saneamiento de la cuenca. Si bien no canceló la posibilidad de que los damnifica-

98 "El sufrimiento de 'Claudia Romero', sus 'experiencias tóxicas' no pueden permanecer invisibles [...] 'Desde hace tres o cuatro años que me duele todo' Cuando el dolor es insoportable ella se atiende en la unidad sanitaria del barrio: 'Y los médicos me dan alguna aspirina. Yo me siento mejor, pero después el dolor vuelve. Y de noche es peor'. Cuando le preguntamos sobre su nivel de plomo en sangre, nos dijo que los estudios son muy caros para ella: 'Cuestan entre 100 y 200 pesos'. Claudia sabe que no es la única que tiene un cuerpo que duele y chicos enfermos. El problema, dice, 'Está por todos lados' " (Relatos rescatados del trabajo de Auyero y Swistun, 2008).

dos concurran a los tribunales inferiores con sus demandas, ni dejó de considerar las cuestiones sanitarias, es claro que el interés inicial que motivó a los demandantes fue suprimido, y se usó para activar una causa que legitimó fuertemente a la misma Corte y las organizaciones por ella admitida, en el espacio público *habermasiano*, con un relato del caso diferente.

Por otro lado, la estrategia de intervención de la Corte Suprema fue a través de la articulación de un escenario de confrontación entre los responsables de la política ambiental del gobierno nacional, y las organizaciones de la sociedad civil especializada. Es decir, la amplificación de un debate entre los actores políticos que usualmente confrontan en el escenario público.

Se evadió estratégicamente la confrontación más local entre las víctimas, las empresas, y los municipios,<sup>99</sup> aun teniendo en cuenta que en el caso original se había demandado a cuarenta y cinco empresas (se considera que hay cien empresas que son responsables del 83% de la contaminación industrial de la cuenca).<sup>100</sup> Tampoco los catorce municipios demandados originariamente tuvieron verdadera participación en los términos de la confrontación procesal redefinida por la Corte, y en la definición de las reglas de la decisión.

En cierta forma, los actores y productores más inmediatos de las jurisdicciones locales de la cuenca (empresas, habitantes, municipios) no intervinieron en la discusión judicial que definió la causa pública, ni pudieron, como ambicionaría Binder, penetrar la lógica de producción jurídica del proceso con sus razones particulares. Las formas del artículo 41, según lo interpretó la Corte, no los requerían.

---

<sup>99</sup> En junio del 2006 los jueces de la corte respondían al diario La Nación: “LN -¿No temen que las 44 empresas demandadas intenten empantanar el proceso?”

Argibay: -No, porque a las empresas, sin duda, les van a preocupar los reclamos por daños y perjuicios sufridos por los vecinos, causa que no tramitarán en la Corte, sino en primera instancia.

Lorenzetti: -Allí, en los juzgados de primera instancia, es donde la gente deberá probar cuánto contamina cada empresa y cómo afecta a cada uno. La Corte se preocupará por instar a la recomposición del Riachuelo y, eventualmente, por resarcir un daño moral colectivo sufrido. Para la Corte, la indemnización es lo último, porque antes está la recomposición del medio ambiente.” Ver: Ventura, 2006 “Entrevista con los jueces Lorenzetti y Argibay. La causa del Riachuelo no se resuelve con una sentencia” en *La Nación*, 24 de junio.

En los juzgados inferiores, las víctimas de la contaminación ambiental ya no tienen ni a una corte activista e interpelante, ni a representantes fuertes que equilibren las diferencias de fuerza con las empresas y los Estados locales, ni a la prensa amplificadora de sus relatos.

---

<sup>100</sup> Se calcula que en la cuenca hay 4,100 empresas. Informe JICA (Agencia de Cooperación Internacional del Japón) Plan de Acción Estratégica 2003, capítulo 7, Estudio Salud, Apartado E-Discusión

Las reglas de solución del caso se articularon en un debate entre las razones de los responsables políticos del poder estatal, los expertos de las organizaciones de la sociedad civil y de la academia, y la interpretación de la Corte respecto del alcance de sus facultades.<sup>101</sup>

Romina Picolotti, como Secretaria de Medio Ambiente de la Nación, y durante el proceso judicial, intentó en varias ocasiones apartarse del polo de confrontación del escenario judicial, intentando inculpar a las empresas por la emisión de efluentes.<sup>102</sup> Uno de los jueces advirtió que ese intento, desde la perspectiva estatal, desplazaba a la cuestión social del debate. En una de las primeras audiencias el juez Fayt, después de observar una presentación de la Secretaria de Ambiente en *Power Point*, recriminó:

“En esta pantalla está en negro lo social.” (Videla, 2007) ya que la exposición de la funcionaria se había concentrado en un plan de relocalización de las empresas contaminantes, sin mencionar siquiera el destino de los trabajadores.

La cuestión social siguió igualmente en negro, y la sentencia ordenó todo aquello a lo que la secretaría había permanecido renuente: la realización de un mapa sociodemográfico, determinación de la población en situación de riesgo, diagnóstico de base para todas las enfermedades que permita discriminar las patologías producidas por la contaminación del aire, agua, y suelo, de otras patologías; elaborar un registro de base, especificar medidas de vigilancia epidemiológica, elaborar y poner en ejecución programas sanitarios, etc.; además del saneamiento cloacal y la expansión de la red de agua potable.<sup>103</sup>

Sin embargo, los estudios epidemiológicos y las acciones sanitarias ordenadas son aún la cuestión más rezagada en el proceso de ejecución. Lo cierto es que ellas resultan, en cierta forma, una “extrañeza”

101 “La Corte no va a limpiar el Riachuelo, pero la ley le permite pedirle al Estado y a las empresas que nos presenten los planes de saneamiento y evaluarlos, para que cumplan con sus obligaciones de no contaminar y de limpiar”. Declaraciones del juez Lorenzetti en entrevista con Adrián Ventura. Ventura, 2006 “Entrevista con los jueces Lorenzetti y Argibay. La causa del Riachuelo no se resuelve con una sentencia” en *La Nación*, 24 de junio.

102 “Tres de las empresas acusadas de contaminar el Riachuelo mostraron los dientes en la audiencia pública convocada por la Corte Suprema. El eje de su estrategia consistió en apoyarse en las críticas contenidas en un informe de la UBA para descalificar globalmente el plan de Saneamiento [...] Romina Picolotti [...] elogió a su equipo [señalando que] recibieron capacitación psicológica porque “no estaban acostumbrados a las situaciones de violencia que se producen con los empresarios (Lipcovich, Pedro 2007 “Un día de explicaciones en la Corte” *Página 12*, Secc. Sociedad 5 de julio. En <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-87624-2007-07-05.html> acceso 5 agosto de 2009). En público, empresas y gobierno se acusaban mutuamente intentando evitar la posición de interpellados o responsables.

103 Apartado IX, Plan sanitario de Emergencia, de la sentencia del 8/7/08.

dentro de un “plan de saneamiento y recomposición ambiental.” Y por supuesto, tales cuestiones no aparecen entre los objetivos previstos por el crédito del BM, dirigido sólo al saneamiento de la cuenca y el control de la contaminación.

La estrategia judicial, no obstante, no deja de ser atractiva. Se obligó al gobierno a producir un plan, a completarlo con cuestiones sociales, se incentivó la activación de la ACUMAR, y luego, sencillamente, se le pidió al gobierno nacional que cumpliera con su propia promesa. Así se intentó evitar la confrontación coactiva y una interferencia excesiva en el ámbito de discrecionalidad de la administración, evitando ordenar qué y cómo se debería llevar adelante el emprendimiento de saneamiento de la cuenca.

Como la Corte Suprema no diseñó la política pública, ni interfirió arbitrariamente en ella imponiendo formas y medidas extrañas a la lógica burocrática, puede pensarse que sólo indujo al gobierno a prometer conforme a sus propias formas y medidas burocráticas.

El problema es que las promesas de la administración formuladas en un marco de interpelación pública, pudieron no haber tenido otra finalidad que pasar el examen frente a las cámaras y la mirada de los jueces. Es decir, tal vez sólo se pretendió conseguir la legitimación política a la que refiere García Villegas, haciendo un uso simbólico de la regulación y de la generación de formas jurídicas.

### **VICIOS POLÍTICOS Y ESTRATEGIA DE CONFRONTACIÓN**

Ni la trascendencia pública del caso, ni la operación motorizante de la Corte impidieron que la historia se repitiera en la parte más vergonzosa. La Secretaria de Medio Ambiente, Romina Picolotti, al igual que su antecesora Alsogaray, sub-ejecutó el presupuesto del crédito del BID durante el periodo 2006-09, y también se fue del cargo denunciada por redireccionar indebidamente fondos del Programa Matanza-Riachuelo. Luego también resultó procesada por delitos en la función pública.<sup>104</sup>

Cuando la secretaria de Medio Ambiente fue reemplazada (2008), perdió sentido, al menos por un tiempo, la fuerza motorizante que podrían haber tenido las multas que las organizaciones pedían insistentemente al juez frente a los incumplimientos de la ACUMAR. El nuevo

---

104 Ver entre otros: Fernández Moores, Lucio 2008 “Fondos previstos originalmente para el financiamiento del Riachuelo. Amplian la denuncia contra Picolotti por un desvío de plata a Córdoba” *Clarín* 4 de diciembre. En <http://www.clarin.com/diario/2008/12/04/elpais/p-01815574.htm> 5 de agosto de 2009. También: Radio La Voz 2007 “Cuestiona en Córdoba el uso de los fondos enviados por Picolotti” [www.lavoz901.com.ar](http://www.lavoz901.com.ar) 5 de agosto de 2007. En [http://www.lavoz901.com.ar/despachos.asp?cod\\_des=43087&ID\\_Seccion=5](http://www.lavoz901.com.ar/despachos.asp?cod_des=43087&ID_Seccion=5) acceso 5 de agosto de 2009.

secretario de la cartera del ambiente, y presidente de la ACUMAR, cambió de estrategia discursiva, y en lugar de apuntar a las empresas, confrontó con las organizaciones de la sociedad civil.

El señor Homero Bibiloni desde el comienzo, intentó deslegitimar la representatividad de las organizaciones controladoras de su gestión, y se aprovechó de la tensión entre lo estructural y particular del conflicto, la que había pretendido ensamblar durante el proceso. Asentándose en su supuesta inclinación por los vecinos más afectados, sostuvo en una entrevista:

(Yofre): La ley que creó la ACUMAR dice que se debe abrir el juego a las ONG ¿usted piensa cumplir eso?

(Homero Bibiloni): Por supuesto, pero con aquellas que tienen un perfil de involucrarse en lo social, al modelo de inclusión y anclaje territorial. No con gente que cree que la naturaleza son las macetas de los balcones y me predica desde oficinas en Avenida del Libertador. Yo voy a cumplir con las entidades de base social y discutiré junto a las asociaciones de vecinos de los barrios humildes. Yo me quiero conectar con esa gente. No con tipos paquetes que bajan de un Audi. (Entrevista a Homero Bibiloni) (Yofre, 2009).

Paradójicamente, el gobierno reinstalaba en el discurso público a los actores que habían quedado fuera del escenario judicial, como estrategia de deslegitimación de aquellos a los que la Corte había convertido en sus principales auditores.

Lamentablemente, ésta parece ser hasta ahora sólo una estrategia de evasión del control, sin vocación real de incluir a los grupos afectados. Ello queda claro cuando se observa que sólo existieron dos reuniones poco significativas con representantes de los habitantes de la cuenca. Además, la ACUMAR publica en su página *web* la manera en que va a distribuir los fondos del BM, y al respecto resulta claro que van a destinarse centralmente al saneamiento, y en mucho menor medida al ordenamiento territorial, y el fortalecimiento institucional.

No hay ninguna mención de fondos destinados a cuestiones como atención sanitaria de emergencia, reparación de daños personales, identificación de población en riesgo, y provisión de emergencia de servicios básicos a la población más marginal. Es claro que ellos se atenderán con los escasos recursos que en general se destinan a los pobres estructurales. La distribución de los fondos del BM, como en general la ejecución de la sentencia, empieza a presentar los rasgos típicos de “selectividad”, en este caso de las prioridades, que Binder caracteriza como propia del campo jurídico latinoamericano.

Nosotros siempre hemos criticado que se empiece por el final en el plan de saneamiento. Con el remanente del crédito del BID ahora se está haciendo una parte de tres obras de saneamiento cloacal en La Matanza, que es importante, pero deberían empezar con la contención de la gente que vive en los márgenes del Riachuelo, que es más importante aún. Lo mismo con la limpieza de los márgenes: no tiene sentido empezar con eso si no hay un plan de contención para el arrojado de basura (declaraciones de Andrés Nápoli al Diario *Perfil*) (Tapia Garzón, 2009).

Los síntomas de la hipocresía gubernamental parecen claros. Sin embargo, el señor Bibiloni parece estar en una posición similar a la de María Julia Alsogaray luego del crédito del BID, o de Romina Picolotti en el momento de su ingreso a la secretaría. Es decir, cuenta con abundantes fondos, legitimidad política, y el monopolio de la administración de la cuenca.

Mientras la ACUMAR anuncia que ha empezado obras de infraestructura cloacal, limpieza de márgenes y espejos de agua, remoción de buques hundidos, organización de un cuerpo de inspectores y programas de educación ambiental en la zona,<sup>105</sup> ignora plazos, desobedece formas y olvida las prioridades establecidos en el plan gestado ante los estrados de la Corte:

Andrés Napoli, de la Fundación Ambiente y Desarrollo Sustentable, [...] denunció todo tipo de faltas y demoras, a saber:

- Acumar no inspeccionó la totalidad de las industrias.
- El reglamento de Acumar no contempla el control de metales pesados que hoy contaminan la cuenca.
- El plano de presentación del informe, aún incompleto, se excedió de treinta días a siete meses.
- No se tomó ninguna acción para relocalizar a las personas que viven en basurales.
- Por la situación económica no se clausura más por contaminación, aseguró a *Crítica de la Argentina* una fuente de la Secretaría de Medio Ambiente. No se está avanzando en nada. Ya no se recorre la cuenca tan seguido, tienen a disposición diez Toyota Hilux, cuarenta Ford Ranger y treinta Kangoo, pero se usan para otras cosas.” (*Crítica Digital*, 18/04/09)

Nada ha cambiado desde la asunción del nuevo secretario del área de

---

105 Ello se informa en la página de ACUMAR: <http://www.acumar.gov.ar/?idarticulo=7141>

ambiente, y presidente de la ACUMAR, en diciembre del 2010. El señor Juan José Mussi, en un informe de avances ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Marzo del 2011, no supo responder si había datos de medición de contaminación de aire y agua, ni por qué ahora hay 68 basurales más que el año pasado, entre los diferentes cuestionamientos de los jueces de la Corte.<sup>106</sup>

### EL JUEZ DE EJECUCIÓN

La designación del juez federal de Quilmes, Luis Armella, fue sin duda estratégica. La idea parece ser concentrar el control de la ejecución judicial y permitir un acceso geográficamente más inmediato de los actores del caso a la justicia. La Corte eligió a este juez porque era el que menos carga de trabajo tenía,<sup>107</sup> y tal vez, porque asumió que ello facilitaría su abocamiento a semejante empresa.

Sin embargo, la estrategia tenía un vicio de origen que es la causa de problemas actuales de la ejecución: la excesiva centralización. Tanto en la gestación del plan, como en su ejecución, siempre fue la Secretaría de Medio Ambiente de la Nación el órgano político responsable (presidente de ACUMAR). Los costos de la volatilidad de ese cargo se hicieron sentir tanto en el ritmo de ejecución, como en la disciplina y el compromiso de los actores políticos. Desde el momento de la sentencia, ya han sido tres los funcionarios que han ocupado ese cargo.

En efecto, los incentivos *cortoplacistas* de legitimación espontánea, propio de los cargos políticos, la desconexión del proceso formal de ejecución con las jurisdicciones locales, y la irresponsabilidad de funcionarios que no estarán ahí en la próxima etapa, marcaron la conducta estatal. Pero el costo más alto es, sin duda, el de un creciente escenario de confrontación y tensión entre la justicia y el poder político.

El juez federal de Quilmes estableció como partes en el proceso de ejecución sólo al ACUMAR y al Defensor del Pueblo (como representante del Cuerpo Colegiado), dejando fuera a las organizaciones de la sociedad civil.<sup>108</sup> La Corte Suprema, por su parte, había situado la responsabilidad última del proceso en tres jurisdicciones: Gobierno Nacional, de la Provincia Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma.

<sup>106</sup> "Riachuelo: sospechan del uso de los fondos" (Ventura, 2011) en *La Nación*, jueves 17 de Marzo.

<sup>107</sup> En el considerando n° 9 de la sentencia del 8/7/08 la Corte explica que la decisión se basa en la disponibilidad de recursos humanos y la relativa capacidad ociosa, habida cuenta de la reciente creación del juzgado.

<sup>108</sup> Ellas han venido trabajando junto al Defensor del Pueblo, Eduardo Mondino, desde hace tiempo, pero recientemente se ha designado un nuevo Defensor.



En ese marco, el tribunal de Armella se transformó en un escenario mucho menos público, más centralizado y verticalista de lo que había sido el proceso ordinario ante la Corte. Desde él se ha pautado el ritmo de un proceso de ejecución errático y conflictivo.

Durante el primer año del proceso ACUMAR se fue apartando del plan, dejando vencer los plazos establecidos por la Corte, y atendiendo discrecionalmente asuntos aislados. Con gestos formales de voluntad de cumplimiento, asistiendo a audiencias ante el juez federal y realizando acciones grandilocuentes, aumentó sustancialmente el bagaje burocrático de su gestión, pero con pocas realizaciones concretas.<sup>109</sup> Las audiencias judiciales versaron centralmente sobre las necesidades de convenios con jurisdicciones locales (barreras inexpugnables del proceso de ejecución), y empresas privadas involucradas en la realización de obras proyectadas, así como también sobre el estado de procesos licitatorios que mostraron una lentitud significativa.

Durante el breve periodo de Romina Picolotti al frente de la ACUMAR y respondiendo ante el juez Armella, se clausuraron más de 100 industrias. Cada clausura se anunciaba no sólo al juez sino también a la prensa, y eran ofrecidas como gesto de cumplimiento de un mandato central de la Corte: eliminar los agentes contaminantes.

Sin embargo, a los pocos días de clausuradas, las industrias se reabrían sin que se dieran a conocer las causas y circunstancias de la reapertura. En los hechos, ese obrar grandilocuente ocultaba el apartamiento del itinerario pautado por la Corte: primero censar las industrias, luego inspeccionarlas, luego calificarlas (previa estipulación de los criterios para calificar agentes contaminantes), luego promover la reconversión industrial, y finalmente ordenar el cese de vertidos y eventualmente las clausuras.

En tanto, la orden de la Corte de hacer estudios de aire, suelo y agua que permitieran determinar un punto de referencia desde

---

109 “La ACUMAR pretende impulsar una serie de medidas que irían en contra de los objetivos ambientales dispuestos por la sentencia, como los reglamentos de Agente Contaminante y de Usos de Agua establece parámetros para la calidad del agua que solo contemplan aspectos paisajísticos para que se vea y huelga bien, sin establecer restricciones para las sustancias peligrosas como el cromo hexavalente, el plomo, el cadmio, el mercurio y el arsénico y dejando sin ningún tipo de mención a compuestos como el cobre y el zinc”. *Critica Digital*, 9 de julio, “Greenpeace: ‘El Riachuelo es un papelón’” en <http://www.criticadigital.com.ar/index.php?secc=nota&nid=26179> acceso 5 de agosto de 2009. “El organismo [ACUMAR] aún no ha dado cabal cumplimiento a ninguna de las obligaciones dispuestas en la sentencia [...] realiza una interpretación limitada y/o sesgada de los mandatos ordenados en el fallo de la CSJN, que terminan por desvirtuar el alcance de las mismas [...] intenta hacer valer [...] se pretende que se tengan por implementadas actividades con la sola demostración de que se encuentran en marcha los procesos licitatorios [...] se brinda datos técnicos de manera desordenada, sin especificar los procesos y cálculos a partir de los cuales se llegó a su elaboración” (Nápoli, 2009: 32).

donde medir los avances del proceso, se postergó y sigue pendiente de ejecución.

El segundo secretario de ambiente, Homero Bibiloni, empezó de cero siguiendo el itinerario de la Corte Suprema, pero a paso extraordinariamente lento. El censo resultó en 4103 industrias inscriptas que vierten algún tipo de efluente, de las que inspeccionó cerca de un 10 % en un año. Estos primeros pasos, sin embargo ya enfrentan diferentes críticas del cuerpo colegiado. Según el ritmo planificado por Bibiloni tomaría seis años inspeccionar todas las industrias. Este ritmo de inspección resulta inaceptable para los controladores de su gestión, ya que de esta manera, según se expone, cada industria tiene la probabilidad de ser inspeccionada una vez cada seis años.

En noviembre del 2009, se dio a conocer un listado de 51 empresas situadas en la cuenca que fueron declaradas como “Agentes Contaminantes” (del 10% que fue inspeccionado). Las organizaciones de la sociedad civil señalan, sin embargo, que todas ellas son pequeñas y medianas empresas, muchas de ellas familiares, y que en tanto, muchas otras emisoras de gran cantidad de efluentes, no se encuentran en esa lista.

Por otro lado, no es un dato menor que la determinación de los agentes contaminantes se realizara en base a un Reglamento de Agentes Contaminante y Reglamento de Usos y Objetivos de calidad de agua formulado por ACUMAR, y aprobado por el juez<sup>110</sup>, pero que, sin embargo, fuera fuertemente criticada por el cuerpo colegiado (ver nota 104). En Julio del 2009 se sostuvo públicamente que esos reglamentos “no sólo no se ajustan al objetivo de recomposición ambiental, sino que incluso representan un retroceso en el mismo” (Informe FARN, 2009: 4).

Según el último informe de la Auditoría General de la Nación, de Abril del 2010, “no se elaboraron indicadores que midan la prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción” o bien “resultan imprecisos.”<sup>111</sup>

Cuando empezó a ser evidente el carácter meramente formal de los gestos del gobierno, y el incumplimiento sistémico de los plazos establecidos por la Corte, el juez de Quilmes empezó a amenazar con hacer uso de su poder coactivo. Es decir, fijó nuevos plazos, y amenazó con multas tanto institucionales (a la ACUMAR) como personales (a funcionarios específicos) en caso de incumplimiento. Se generó así una tensión interinstitucional entre la justicia y el gobierno que se ha ido profundizado en los

---

110 Se aprobaron en las resoluciones 1/2008 y 3/2009.

111 Informe de la Auditoría General de la Nación, sobre la ACUMAR en relación al Plan de Gestión Ambiental de la Cuenca Matanza-Riachuelo, de Abril de 2010. Periodo auditado: noviembre de 2006 a mayo de 2009. [http://www.agn.gov.ar/informes/informes-PDF2010/2010\\_146.pdf](http://www.agn.gov.ar/informes/informes-PDF2010/2010_146.pdf) acceso 10 de Julio de 2011.

últimos meses del 2010, con los nuevos plazos fijados, y acompañados de un menú de amenazas de multas, y de aplicación de multas efectivas.<sup>112</sup>

Entre tanto, el juez también se hizo cargo de atender en sus estrados varias peticiones y conflictos de las empresas y de los municipios. Proveyó del respaldo de la fuerza pública a la ACUMAR para inspeccionar empresas que le impedían la entrada, apoyó desalojos de industrias por los municipios, y exhortó permanentemente a ACUMAR y a los intendentes a concretar acuerdos tendientes a hacer efectivas las medidas necesarias para el saneamiento.

Pero también tomó decisiones que dispararon nuevos conflictos. Algunos de ellos particularmente violentos, como el desalojo de habitantes informales de predios costeros que se requerían para el plan de reconversión industrial.<sup>113</sup>

Las resistencias a la imposición de la nueva jurisdicción tuvieron distintas caras. Algunos incluso develaron hechos de corrupción,<sup>114</sup> o

---

112 En una resolución del 17 de Diciembre de 2009, el Juez intimó a la ACUMAR a presentar un proyecto de obra actualizado y detallado para la concreción del *camino de sirga* (limpieza de márgenes), asunto en el que el juez viene insistiendo infructuosamente desde hace meses. También intimó para que en el mes de Marzo se empiece con las licitaciones de las obras de cloacas y agua potable que durante todo el año se discutieron sin que se avance sustancialmente. Exige también que se le informe el presupuesto de las obras. Les avisa que él mismo se hará presente en algún momento a partir de Marzo en el nuevo edificio de la ACUMAR para verificar que estén trabajando en el cumplimiento de la sentencia, solicitándoles además una lista del personal que trabajará en ese edificio, con cargos y tareas asignadas. Requiere también que se publiquen los cronogramas de las tareas ordenadas. Todo ello bajo amenaza de multas.

113 El caso particularmente trascendente fue el allanamiento y desalojo del predio de la Asociación de Curtidores de la Provincia de Buenos Aires (ACUBA), en Lanús, dispuesto a instancia de la ACUMAR y del Juez Armella. Se trata de 35 hectáreas en la rivera del Riachuelo que hace algunos años fueron ocupadas por más de 600 familias. En Marzo del 2009, en una audiencia judicial se manifiesta el compromiso de los gobiernos de apoyar una orden de desalojo del predio de ACUBA de los habitantes del lugar, pero en particular de hacer que el predio vuelva a manos de la Provincia de Buenos Aires para destinarlo a su objetivo original, y luego restituir a ACUBA la tenencia precaria del predio. En abril, se hace una nueva audiencia a la que acude ya un comandante mayor de Gendarmería Nacional, para conseguir la aprobación del juez del plan de allanamiento y desalojo de las personas asentadas en el previo (ver plan aquí: [http://www.acumar.gov.ar/archivos/web/ACUsentencias/file/2009\\_abril/escrito\\_240409/Escrito\\_240409.pdf](http://www.acumar.gov.ar/archivos/web/ACUsentencias/file/2009_abril/escrito_240409/Escrito_240409.pdf)). A raíz del desalojo, se produjeron hechos de protesta, primero un piquete en Puente Alsina, y luego los vecinos arrojaron objetos contra el frente del palacio municipal causando roturas y destrozos de vidrios y mobiliarios.

114 En una de ellas el juez decidió allanar dos estudios jurídicos frente a “la denuncia del empresario Gabriel Gaita, dueño de la curtiembre Gaita SRL, que aseguró que un fiscal federal le recomendó asesorarse con dos abogados de su confianza para ‘limpiarle’ una causa en su contra por irregularidades en el tratamiento de residuos de su compañía, ya que dijeron que él y sus dos hermanos ‘podrían ir presos’. El denunciante argumentó que tras comunicarse con los letrados, éstos le solicitaron 250.000 dólares para archivar la

la condescendencia o connivencia del Estado nacional con algunas empresas contaminantes.<sup>115</sup> Otras, develaron un juez formalista, decidido a hacer uso de la fuerza para doblegar cualquier resistencia a la ejecución. Recientemente no sólo amenaza con multas a los funcionarios, sino que además ha solicitando el auxilio de las fuerzas de seguridad (Policía Federal Argentina, Policía de la Provincia de Buenos Aires, Prefectura Naval, Gendarmería Nacional) para superar la conflictividad social originada en la resistencia a las medidas de desalojo.<sup>116</sup>

Las intrusiones y los asentamientos precarios en áreas de la cuenca que el juez entiende “recuperadas” (de basurales, predios públicos y privados, márgenes del río), son el resultado del enorme y complejo problema ocupacional que sufre la Provincia de Buenos Aires. Sin embargo, para el juez constituyen sólo una resistencia a doblegar. El caso paradigmático es el del predio ACUBA (Ver nota 108), al que dedicó un gran esfuerzo jurisdiccional, con varias audiencias, resoluciones y amenazas de multas, causando un desalojo violento; sin conseguir sin embargo, su objetivo primario de la construcción de un muro perimetral para permitir el inicio de las obras del Parque Industrial.<sup>117</sup>

El juez ha mantenido una línea de intervención motivada por la letra de la sentencia, interpretada a instancia de la voz de los funciona-

---

investigación. Y agregó que fue el propio funcionario del Ministerio Público, quien argumentó que él y los dos abogados podrían neutralizar los peritajes, si se abonaba la suma solicitada por los profesionales.” (Laura Rocha, 2009 para *La Nación*)

---

115 “A pesar de que no se sabe de qué forma se instrumentará la sentencia de la Corte ni cómo será el fallo respecto de las empresas, es curioso que el Estado, por medio de un crédito internacional, aporte el 78% de los US\$ 50 millones para reconvertir empresas que podrían haber contaminado el curso de agua y que, por lo tanto, deberían pagar por el pasivo ambiental que provocaron” en “Negocian con el Banco Mundial un préstamo para limpiar el Riachuelo” (Laura Rocha, 2009 para *La Nación*).

---

116 La multa más reciente se la aplicó a la funcionaria Cristina Camaño, Secretaria de Seguridad Operativa del Ministerio de Seguridad de la Nación, por no llevar adelante un desalojo mandado por el juez. En <http://www.cij.gov.ar/nota-7143-Riachuelo--fijan-una-multa-de--500-diarios-a-una-funcionaria-por-incumplir-una-orden-judicial.html> acceso 7 de julio de 2011.

---

117 La primera audiencia fue en Noviembre del 2008 con la ACUMAR, representantes de ACUBA, del Municipio de Lanús y de la Provincia de Buenos Aires. El objetivo era tratar la implementación de un parque industrial en el que funcionaría una planta de tratamiento de residuos de las curtiembres de Lanús (como parte del Plan de Reconversión Industrial ordenado por la Corte). Una de las prioridades era desalojar el predio, entregadas en 1983 por el lapso de 50 años a la ACUBA, con el objetivo de instalar una planta de tratamiento de líquidos residuales y de desagües cloacales de la población. Luego de dos audiencias más vino el conflictivo desalojo (ver Nota 110), la transferencias de fondos al municipio para la construcción de un muro perimetral, el cumplimiento del plazo y la intimación al intendente para que devuelva el dinero luego de no haber siquiera empezado la obra de construcción del muro.

rios políticos que lideran las jurisdicciones involucradas. En ninguna audiencia participaron las personas que sufren la contaminación, o resultan expulsadas por ocupar predios requeridos para el saneamiento. Tampoco han surgido propuestas o emprendimientos alternativos para hacer posible los objetivos fijados por la Corte.

Hasta ahora, no está claro que el ejercicio del poder coactivo del juez sea la mejor vía para avanzar con el proceso de saneamiento. El modelo de ejecución no sólo es demasiado verticalista y centralizado (entre él y los responsables de las principales carteras de gobierno involucradas), sino que además muestra un ejercicio de su jurisdicción claramente selectivo. Ha concentrado su mayor obstinación en despejar las márgenes de la cuenca, y en construir muros perimetrales para evitar reingresos. Entre tanto sus esfuerzos son exponencialmente menores en relación a los estudios epidemiológicos, la atención sanitaria, la información y la participación pública de la población afectada.

En cuanto al desarrollo institucional del ACUMAR, ha custodiado la construcción de edificios y el nombramiento de inspectores, descuidando totalmente la activación de la Comisión de Participación Social y la publicación de información relevante para un efectivo control de gestión y medición de avances. Ha observado la desarticulación del ACUMAR y consentido el monopolio que ejerce el Gobierno Nacional, con la misma actitud de deferencia que tuvo la Corte hacia la conformación de la institución a instancias del Gobierno Nacional.

De manera que no sólo el proceso judicial de ejecución está cerrado a los afectados, sino también lo están las puertas de la autoridad de la cuenca. Una lectura excesivamente formalista de la sentencia de la Corte y de su función como juez de ejecución, estaría llevando el proceso exactamente donde pronostica Binder: una aplicación marcadamente selectiva de las normas.

### **EL ORGANISMO DE CUENCA**

Un efecto interesante de la estrategia de intervención de la Corte fue incitar, sin una orden expresa, a que se estructure legalmente el ACUMAR. Se trata un Comité de Cuenca que instituye una autoridad trans-jurisdiccional, la que permite el diseño y la implementación de una política única y consistente a lo largo de todo el territorio de la cuenca. Supone poner en consonancia todos los poderes de policía intervinientes (14 Municipios más el Gobierno de la Provincia y el Estado Nacional).

Idealmente, los comités de cuenca implican la participación protagónica de todos los actores estatales involucrados, y de representantes de actores no-estatales afectados. Sin embargo, este comité en particular, padeció de debilidades estructurales desde el comienzo:

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 porqué 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 (Videla, 2007).<sup>118</sup>

De hecho, ya en la etapa de ejecución, el organismo está desmantelado, según lo admite su presidente. La responsabilidad política por el mismo la asume exclusivamente el Gobierno Nacional, y la comisión de Participación Social prevista en la ley de creación jamás se constituyó efectivamente.

Lo cierto es que el gobierno nacional supo adelantarse a la Corte durante el proceso, de manera de no perder el monopolio político y epistémico en el asunto.<sup>119</sup> Consiguió sancionar la ley de ACUMAR

---

118 “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 maneja el dinero, ese problema tampoco se podría solucionar’, evadió Picolotti. Lorenzetti seguía sin estar conforme y se lo hizo saber: ‘El problema es que en el plan no está previsto el desacuerdo político a mediano plazo’, sentenció. A este cuestionamiento por la falta de un marco jurídico adecuado del plan, le siguieron otros por la falta de previsión en distintos aspectos del proyecto oficial” (Cronenbold, 2009, para La Nación) en <http://www.scba.gov.ar/prensa/Noticias/06-07-07/Cuestiono.htm> .

119 “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

justo antes de que la Corte Suprema lo interpelara en una audiencia pública (a mediados del 2006), obligándola a decidir sobre el asunto bajo un marco institucional preestablecido. Así, el comité quedó en manos de las grandes jurisdicciones: Gobierno Nacional, Provincial, y Ciudad de Buenos Aires, pero con el poder de decisión centralizado en el primero. Reprodujo así una estructura institucional centralizada que ya había fracasado durante el gobierno menemista: El “Comité Ejecutor del PGA” (CEMR).

La Corte Suprema no estuvo dispuesta a impugnar una ley recién sancionada, en nombre de la descentralización que la experiencia y la técnica demandan de un organismo de cuenca.<sup>120</sup>

No sólo la experiencia institucional anterior, y la opinión experta estaban en juego. Había incluso razones de corrección formal que llevaban a considerar que la ley de creación de la ACUMAR era incons-

---

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*, 2007) en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-87624-2007-07-05.html>).

120 Las intervenciones judiciales que tienden a descentralizar o desplazar la dirección política de organismos es bastante frecuente en el ámbito de defensa de intereses privados y frente a fallas de instituciones privadas. Está prevista tanto en los casos de nuestra ley de concursos y quiebras, cómo en materia de leyes antimonopólicas. Sabel y Simon (2004: 1059-1062) explican que, cuando ciertos actores privados consiguen ser inmunes a la competencia del mercado es cuando deben intervenir las leyes *antitrust* o antimonopolio. En contraste, las instituciones del Estado tienden a ser monopolios, cuyo principal mecanismo de responsabilidad son los procesos electorales y políticos. Cuando hay instituciones que se han sustraído a esos procesos, las normas de derecho público juegan un rol análogo a las leyes *antitrust* al penetrar esas instituciones. Similar analogía se hace con la intervención judicial en los procesos de Quiebras y Concursos. Los jueces obligan a transparentar la información de la empresa concursada, y crean organismos que controlan y monitorean (síndicos), y en los que se descentralizan las decisiones empresariales. La ACUMAR recién creada, puede verse como una institución que venía sustrayéndose a los procesos políticos, si tengamos en cuenta que esta institución no innova en nada la estructura y contenidos normativos de su antecesor el Comité Ejecutor del PGA (CEMR), creado durante el gobierno de Menem y presidido por María Julia Alsogaray. En tal situación podría empezar a pensarse en una institución monopólica que evidentemente se sustrae a los procesos políticos.

Es más, el caso encuadra perfectamente en el segundo patrón del *prima facie case* al que refieren Sabel y Simon (2004:1064-65): “La “lógica de la acción colectiva” –por la cual un grupo concentrado que tiene grandes intereses, explota o ignora a otro grupo más difuso pero más grande aunque con intereses individuales más pequeños.” Y el caso específico al que refieren es precisamente el de agencias reguladoras susceptibles de ser capturadas por las industrias que regula a expensas del grupo más disperso de consumidores, o en este caso, de los residentes locales (como en un caso ambiental).

titucional.<sup>121</sup> Pero la Corte no impugnó a la ACUMAR, mostrando una deferencia fuerte a los poderes políticos y a su rol monopólico en la conducción de las instituciones burocráticas. Tal deferencia se desprende de una concepción de la división de poderes del Estado como estricta división de funciones. La Corte quedó atrapada así en preguntas sobre la “corrección” de su intervención en términos de una teoría de deferencia política fuerte, alienándose de las consecuencias prácticas de esa deferencia (Ver. Capítulo II. a, b y c).

Actualmente parece claro que la mayor debilidad de este litigio deviene de la organización institucional centralizada de la ACUMAR, que hace cada vez más difuso el control de su gestión. El nombramiento de señor Juan José Mussi al frente del ACUMAR, no es un dato inocuo para el caso. Conocido como un “barón de conurbano”, el señor Mussi fue uno de los intendentes con mayor poder distrital; una figura política emblemática para los intendentes involucrados en el caso.

Sin embargo, sería un error pensar que las deficiencias en la ejecución del mandato de la Corte no dependen ni del derecho, ni de la Corte, sino de la mera voluntad política de una autoridad administrativa arbitraria y monopólica. Esta vez fue la misma Corte junto a los demás actores judiciales quienes en las distintas secuencias del proceso crearon el derecho para el caso y para el futuro: una autoridad administrativa centralizada (el ACUMAR), una autoridad judicial formalista en la ejecución de la sentencia (el juez de Quilmes), normas generales creadas de forma monopólica por el Estado Nacional bajo la crítica de algunos expertos (el plan), sanciones, plazos, y órganos de control financiero y de gestión. En fin, el litigio ante la Corte funcionó de la manera que Bourdieu describe a un sistema simbólico estructurante y estructurado de producción jurídica.

Pero el futuro todavía ofrece promesas abiertas por las que bregar. En principio hay suficiente dinero para invertir en obras de reconversión industrial, cloacas, agua potable y otras cuestiones claves para disminuir la contaminación de la cuenca. Aunque es necesario mencionar que la Auditoría de la Nación vienen denunciando otra vez, una significativa subejecución presupuestaria en el periodo 2006-09. Aún así, y pese a los obstáculos que todavía se tiene para vigilar las cuentas de la ACUMAR, el control

---

121 Entiendo que esta ley es inconstitucional, tal como lo denunciara el gobierno porteño. Ella viola la primera parte del artículo 124 de la Constitución Nacional en el que se establece que la creación de este tipo de organismos debe hacerse por un tratado inter-jurisdiccional. Por el contrario, el Congreso Nacional sancionó una ley-convenio. Esta ley 26168, con la cual creó una Autoridad Inter-jurisdiccional desde el Estado federal, sin tratado inter-jurisdiccional de por medio, y violando así los principios de competencia y jurisdicción provincial que establece la Constitución. Pero aun peor, sentando las bases de la desarticulación institucional actual.



financiero en manos de la oposición, promete funcionar como una alarma importante frente a los peligros de los abusos de otros tiempos. Además, hay necesidades cada vez más visibilizadas en la población afectada, las que todavía pueden encontrar la forma de convertirse en fuerza política con voz propia, o en jurisdicciones con las que negociar formas alternativas de avanzar el plan. Si se aprenden algunas lecciones de este proceso, se podría evitar que la historia de la autoridad de cuenca se repita.<sup>122</sup>

## EL CASO DEL DESPLAZAMIENTO FORZOSO EN COLOMBIA

En las últimas dos décadas, cerca del 10 % de la población colombiana fue desplazada de sus hogares por razones de violencia, por lo general de áreas rurales.<sup>123</sup> Buscaron y buscan asilo en las calles, predios abandonados, y áreas marginales de las urbes colombianas.

El desplazamiento forzado es una expulsión y como tal, es un acto de ruptura física y abrupta con el territorio y el grupo

---

122 Tal vez, siguiendo la propuesta de Berros (2009:24): “Lejos de imponer los modos en que se ‘debe’ participar, generarlos ‘con’ quienes se suponen destinatarios de los mismos. Con quienes, en este caso, verían modificado el territorio en que transita su cotidianidad. Podría ser un importante paso para que esos ‘diseños’ no sean realizados por *‘arquitectos que no lo habitarán’*. Para conducir a una ‘reapertura’ hacia los afectados por la problemática de la contaminación en el ambiente y en su salud, que son quienes también, verdaderamente, ‘tienen mucho para decir.’”

123 Colombia es el segundo país en el mundo con mayor número de desplazados forzosos, después de Sudán. La guerra interna lleva ya 50 años. No obstante, “Hay distintas explicaciones para el desplazamiento interno en Colombia. Para algunos autores, la violencia propagada por el conflicto armado – entendido como el enfrentamiento entre guerrillas y paramilitares, y guerrillas y gobierno nacional – explica solamente parte de esos flujos. En efecto, los desplazamientos ya se podían observar en el siglo XIX, cuando las guerras de independencia, las disputas por el poder entre los dos tradicionales partidos colombianos y los movimientos de colonización de nuevas tierras respondieron por gran parte del desplazamiento masivo de individuos.” El conflicto armado reciente aparece sin embargo como la causa predominante. Aún así, este único fenómeno es complejo “en la medida en que presenta motivaciones y manifestaciones distintas a lo largo del territorio colombiano. Señalan [...] cuatro factores condicionantes del desplazamiento interno en Colombia: el conflicto armado; la disputa por territorios de importancia geoestratégica; la disputa por tierras en un proceso de reordenamiento artificial; y motivaciones sociales.” (Viana, 2009: 1). Entre estas últimas, se incluyen metodologías utilizadas por el mismo gobierno colombiano, como es el caso de las fumigaciones como medio de combate a los cultivos ilícitos de coca. Sólo en el primer semestre de 2008 hubo un desplazamiento masivo de 13.134 individuos debido a las fumigaciones en los departamentos de Antioquia y Vichada. Tampoco puede ignorarse la participación de grupos económicos vinculados a la implementación de megaproyectos (oleoductos, por ejemplo) a la agroindustria, la pecuaria extensiva, a la explotación de recursos naturales y el narcotráfico, quienes cooperan o financian grupos paramilitares, cuando ven en el desplazamiento forzado el mecanismo más ágil y barato para llevar a cabo un reordenamiento territorial (Viana, 2009).

social de pertenencia, que significa también una ruptura con los patrimonios sociales de la sociedad de origen. En medio de un presente amargo y un futuro incierto, la desesperanza es total (Osorio Pérez, 2009:29).

Se trata de casi tres millones de personas con necesidades intensas, de las cuales unas 560 mil emigraron a más de cuarenta países del mundo, y hasta el 2007, 72 mil habían obtenido legalmente asilo (Codhes, 2008).

### **EL DERECHO DEL DESPLAZAMIENTO**

El sistema jurídico internacional tiende a separar claramente las regulaciones de los refugiados (migrantes internacionales) de las de los desplazados internos. Roberto Vidal López ha demostrado, sin embargo, la íntima relación histórica que existe entre una y otra regulación.

[C]uando el control jurídico de la migración internacional se orienta a la prevención de los flujos de refugiados la comunidad internacional crea el campo jurídico internacional del desplazamiento interno.” (Vidal López, 2007:27).

Desde el análisis diacrónico de Vidal López, las políticas de atención a los desplazados en sus países de origen se presentan bajo la máscara neutral y humanitaria de “protección,” tratándose en verdad de estrategias originadas en la necesidad de control poblacional, en miras a restringir las migraciones internacionales.

Pues bien, el derecho de desplazamiento en Colombia se ha desarrollado en buena medida a partir de la recepción de reglas internacionales de este tipo, y bajo el asesoramiento directo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).<sup>124</sup> Por caso, en Colombia se entienden operativos los Principios de Naciones Unidas, Rectores del Desplazamiento Forzado Interno de 1998.<sup>125</sup> Bajo

---

124 El ACNUR fue creado en 1950 para supervisar y coordinar la acción internacional a favor de la protección de los refugiados en el mundo, y la búsqueda de soluciones a los problemas de los refugiados. En 1972 la Asamblea General de Naciones Unidas le encargó su intervención en la ayuda a los desplazados internos. En 1997 el Gobierno de Colombia solicitó al ACNUR asesoría para atender a las poblaciones desplazadas. En 1998 ACNUR abrió su primer oficina en Colombia. En 1999 se firmó un Memorando de intención entre el Gobierno de Colombia y el ACNUR, por el cual se establece la cooperación técnica del ACNUR en relación a las diversas fases del desplazamiento, incluyendo prevención y actividades para desarrollar la cooperación internacional. La estrategia operacional establecida en el Memorando incluye el “monitoreo de frontera.” Ver [http://www.acnur.org/paginas/index.php?id\\_pag=569](http://www.acnur.org/paginas/index.php?id_pag=569)

125 Principio de Naciones Unidas, Documento E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 de febrero de

ese paraguas, una prolífica regulación interna en materia de desplazamiento forzado en el país le ha dado al gobierno colombiano legitimidad interna e internacional. Ha gozado por tanto, de suficiente maniobrabilidad política en una tragedia humanitaria de esta magnitud, y de fondos de la cooperación internacional para ayudar a financiar su acción.

Sin embargo, la preocupación de Vidal López es que el derecho internacional del desplazamiento provee a los Estados de una zona de discrecionalidad demasiado amplia al momento de fijar el significado de los derechos de los desplazados, de sus condiciones de cumplimiento, y del alcance de los mismos.

Si observamos el caso colombiano de cerca, el ejemplo paradigmático es la ley 387 sancionada por el Gobierno en 1997, la que declara que la atención a desplazados es urgente y prioritaria. En ella se establecieron principios y derechos de los desplazados,<sup>126</sup> así como las finalidades de las políticas públicas en relación a ellos. Tales políticas se especifican luego en el Decreto 173 de 1998, y el 2569 del 2000. El primero de ellos fijó además los objetivos del Plan Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada, y dispuso las estrategias de ejecución de cada uno de sus componentes, definiendo las acciones, programas, y proyectos que le toca desarrollar a las entidades estatales, así como los medios para lograrlos.

En este marco general se definen tres etapas de la política pública del Estado, de las que se desprenderán los derechos de las personas desplazadas: la primera es de ayuda humanitaria, y consiste en la provisión de un monto de recursos limitado por el término de tres meses, prorrogables excepcionalmente por otros tres meses; la segunda propone estabilidad socioeconómica, que supone la promoción por el gobierno de planes de viviendas, proyectos productivos, capacitación laboral, tenencia de tierras, etc.); y la tercera, propone “retorno o restablecimiento”.<sup>127</sup>

---

1998. Producto del informe de Representante Especial del secretario general de Naciones Unidas para el tema de los Desplazamientos Internos de Personas, Francis Deng.

126 El artículo 1° de la Ley 387 de 1997 establece que es desplazada “toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional, abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público.” En los mismos términos, ver el artículo 2° del Decreto 2569 de 2000.

127 La Procuraduría General de la Nación optó por realiza el control de la política en las siguientes tres etapas: 1. Prevención contra el desplazamiento forzado. 2. La protección durante el mismo y 3. La estabilización socioeconómica.

Los responsables de la ejecución de estas etapas son, fundamentalmente, las entidades que componen el Sistema Nacional de Atención a la Población Desplazada (SNAIPD), bajo la responsabilidad de la Red de Solidaridad Social (hoy Acción Social), que debe proporcionar la atención humanitaria de emergencia, siendo el Consejo Nacional para la Atención de la Población Desplazada el que debe garantizar la asignación presupuestal de los programas.

Ni siquiera la primera etapa, de atención humanitaria, se llegó a implementar de manera mínimamente satisfactoria. A la fecha (más de once años después de sancionada la ley), ni siquiera existe un registro oficial fiable respecto al número de personas que fueron desplazadas de su hogar.

No obstante, es interesante notar que la política diseñada por la regulación no es nada desdeñable. La regulación establece, por ejemplo, que el diseño e implementación de la política de atención debía realizarse con la participación de las comunidades desplazadas y, cuenta además, con un “Modelo de Seguimiento y Evaluación a las Entidades del Sistema Nacional de Atención Integral al Desplazamiento – SNAIPD-“, diseñado e implementado desde el 2004 por la Procuraduría General de la Nación, con el apoyo de ACNUR.

Pese a este amplio desarrollo normativo, y a las articulaciones con órganos y organizaciones locales e internacionales, hacia el 2004 ya era claro que la implementación de la política era significativamente deficitaria. Se daban todos los síntomas del fenómeno que Botero Bernal (2003) describe como “Síndrome Normativo”. Es decir, gracias a la sanción de leyes y el reconocimiento de la normativa internacional el gobierno había conseguido gran legitimidad política y fondos internacionales en momentos confusos, pero no parecía dispuesto a cumplir sus propias promesas: las normas.

Después de siete años, la brecha entre las normas y los hechos era vergonzante. En el 2004, el 92% de la población desplazada presentaba necesidades básicas insatisfechas, y el 80% se encontraba en situación de indigencia,<sup>128</sup> el 63,5 % de la población desplazada tenía una vivienda inadecuada, y el 49 % no contaba con servicios idóneos. La tasa de mortalidad para la generalidad de la población desplazada era 6 veces superior al promedio nacional, el 23 % de los niños y niñas menores de seis años se encontraban por debajo del estándar alimenticio mínimo, y el 25 % de los de entre 6 y 9 años no asistían a ningún establecimiento escolar.

---

128 La situación de la población desplazada se constata significativamente peor que la del quintil más pobre urbano en Colombia. El 30% del quintil más pobre presenta necesidades básicas insatisfechas, mientras que el 39 % de este grupo se encuentra en situación de indigencia, de acuerdo a la Sentencia de la CCC T025.

Para algunos, las normas colombianas del derecho del desplazamiento son la herramienta fundamental de lucha para que avancen los intereses de la comunidad desplazada, y los tribunales son los canales claves para esa lucha. Para otros, como Vidal López, el derecho de desplazamiento en Colombia ha tendido a convertir esa causa en una lucha por tres meses de atención de emergencia, equipos de aseo y cocina, que es lo único que el Estado colombiano ha decidido regular como derecho de los desplazados, y conceder efectivamente, sólo a veces (Vidal López, 2007).

### LA INTERVENCIÓN JUDICIAL

Miles de personas desplazadas acudieron a la justicia colombiana presentando demandas de *tutela* en reclamo del acceso efectivo a los derechos regulados por la ley 387, pero en particular, por el derecho a la ayuda humanitaria de emergencia por tres meses. Entre 1997 y el 2004, la Corte Constitucional Colombiana (CCC) había dictado ya diecisiete fallos sobre presentaciones individuales de desplazados en esta materia, ordenando diversas medidas correctivas a las autoridades, y estableciendo los parámetros específicos a alcanzar.<sup>129</sup>

En un intento de zanjar de manera más general la brecha entre las normas que ordenaban las políticas públicas y su efectiva aplicación, en enero del 2004 la CCC dictó la sentencia 025 (T025). Esta se transformaría en un hito de la jurisprudencia de América Latina, tanto por las dimensiones del problema que abordaba (toda la política pública en materia de desplazamiento forzado), como por la tecnología judicial que se desplegaría.

En principio, la Corte Constitucional reconoció que con sus sentencias anteriores en casos individuales no había conseguido impedir la reincidencia de las autoridades demandadas en las faltas señaladas. En vista de ello, y de la profunda distancia entre los postulados legales del Estado y las acciones e inversiones públicas destinadas a atender esta catástrofe humanitaria, declaró que se configuraba un *Estado de Cosas Inconstitucional* (ECI). En ese marco conceptual-jurídico, dictó una serie de órdenes de dos tipos:

- a- de carácter simple: responden a las peticiones concretas de los actores de las miles de tutelas que llegaron a la CCC.

---

129 La CCC ordenó corregir actuaciones negligentes, discriminatorias, u omisiones en la implementación de la política, señaló responsabilidades institucionales, precisó derechos de la población desplazada, criterios para la interpretación, rechazó retardo injustificado, urgió a políticas y programas, precisó los elementos que determinan la condición de desplazados, señaló obstáculos de acción adecuada, indicó falencias u omisiones en las políticas, mandó otorgar protección efectiva ordenando que se incluya a gente en los registros, se coordine agencias, se adelante gestiones, se interprete de cierta forma, se otorgue ayuda humanitaria, se brinde asesoría, y no sólo lo hizo en relación a las autoridades nacionales, sino también al defensor del pueblo y al procurador general de la nación.

- b- de ejecución compleja: dirigidas a beneficiar a todos los desplazados en el “marco de cosas inconstitucionales” (incluye a aquellos que no presentaron tutelas y a los que no están registrados).<sup>130</sup>

Declarado el ECI, la CCC decidió mantener su competencia de seguimiento sobre el desarrollo de la política pública en materia de desplazamiento hasta que los avances fueran suficientes para levantar el ECI. Así fue que después del 2004 y hasta la fecha, la CCC sigue dictando decenas de autos en relación al seguimiento de la sentencia, relativos a innumerables particularidades y contingencias del conflicto humanitario, y a la forma de implementación de la política de atención del Estado y sus cuantiosos *déficits*.

El tribunal se involucró directamente en la construcción de la política pública sobre desplazamiento forzado, exigiendo y exponiendo información relevante, interpelando al gobierno y escuchando a los afectados en audiencias públicas, dando indicadores de evaluación de las políticas y generando en la sociedad colombiana la representación de que existe una situación de padecimiento injusto de quienes han resultado desplazados de sus hogares por el conflicto armado. En particular, instituyó la representación de la responsabilidad del Estado de garantizar condiciones dignas para reconstruir las vidas de estas personas, y el deber de hacerlo eficientemente.

En la sentencia T- 721 de 2003 la CCC, a través del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, dijo:

[...] al Estado le compete impedir que el desplazamiento se produzca, [...] si no fue capaz de impedir que sus asociados fueran expulsados de sus lugares de origen, tiene por lo menos que garantizarle a los cientos de miles de colombianos que han tenido que abandonar sus hogares y afrontar condiciones extremas de existencia la atención necesaria para reconstruir sus vidas. Lo anterior comporta que la situación de cada una

---

130 La declaración del Estado de Cosas Inconstitucional supuso comunicar a las autoridades que debían, dentro de sus competencias, dictar medidas correctivas en tiempo razonable dirigidas a superar la insuficiencia de recursos y las falencias de la capacidad institucional. Se comunica al Consejo Nacional de Atención Integral a la población desplazada para que determine la forma de hacerlo en el plazo de seis meses. Así, frente a la petición de un desplazado las autoridades deberán: 1. Incorporarlo en la lista de desplazados peticionantes; 2. Informarle en 15 días el tiempo máximo en el que se le responderá la solicitud, si cumple con los requisitos y si no como puede corregirla para acceder al programa de ayuda; 3. Si la solicitud cumple con los requisitos y no hay presupuesto, adelantara trámites para obtenerlo, determinar prioridades y el orden para resolverlas; 4. Si hay presupuesto se sigue el procedimiento para que la reciba efectivamente; 5. No solicitar trámite de tutela para cumplir deberes legales. No pueden emplearse tutelas para alterar el orden en que se entregará ayuda a la población.

de las personas y familias desplazadas por la violencia deba ser un asunto prioritario de las autoridades (Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana 721, 2003)

Esta fue la configuración del sentido de la responsabilidad estatal con que la Corte intervino en el conflicto.<sup>131</sup> Y este es el sentido que seguiría en disputa en los años venideros.

Si bien el ejecutivo cumplió formalmente con los requerimientos de la CCC, y respondió a las interpelaciones de la Corte, en los hechos, el *déficit* de las políticas nunca se superaron, ni siquiera los de la primera etapa, de registro y atención de emergencia. Tampoco se logró nada significativo en materia preventiva o de retorno, y hubo escaso avance en relación a la estabilidad socioeconómica de la población desplazada.

Pese al enorme esfuerzo jurisdiccional, la administración no ha abandonado a la fecha su lugar de “simuladora,” quien responde formalmente a las órdenes judiciales, pero sin avance sustancial. El problema más grande continúa siendo la falta de verdadera coordinación entre las agencias internas del Estado a cargo de la implementación de las políticas de atención a la población desplazada. En una reciente audiencia de rendición de cuentas ante la CCC (2009), un magistrado recriminaba duramente al Dr. Hoyos, presidente de Acción Social, organismo encargado de la coordinación general de la política:

Realmente no se evidencia que esa labor de gran coordinador se esté adelantando de tal manera que haya un avance real y acelerado hacia la superación del Estado de Cosas Inconstitucional [...] No informó el Dr. Hoyos sobre acciones concretas que garanticen esa labor [...] Hasta ahora toda la información presentada habla de propósitos futuros concentrados principalmente en la identificación de obstáculos, muchos de ellos ya diagnosticados desde el año 2004, el diseño de instrumentos, la presentación de lineamientos de manera verdaderamente vaga [...] Todas las opciones planteadas hasta ahora, o siguen apenas en la etapa de diseño, o corresponden a líneas de políticas que no han sido totalmente adaptadas a las necesidades

---

131 En palabras de Bourdieu (2001:199) “Los actos simbólicos de nominación tienen toda su eficacia de enunciación creadora en la medida y sólo en la medida en que proponen principios de visión y de división objetivamente ajustados a las divisiones preexistentes, de las que son el producto [...] institución instituida [...]” Llamar a los desplazados titulares de derechos, víctimas, y al Estado responsable de su protección, significó instituir principios de visión y división, con la autoridad creadora de la Corte.

de la población desplazada [...] todo esto está sugiriendo que la unificación de plazos solicitada no es el resultado de una tarea integrada y comprometida para avanzar en la superación del Estado de Cosas Inconstitucional [...] sino como *un mecanismo para dilatar* la respuesta por parte del Ejecutivo” (CCC, 2009)<sup>132</sup> (el énfasis es propio)

### **LA TECNOLOGÍA CONSTITUCIONAL COMO CONDICIÓN DE POSIBILIDAD (LIMITADA) DE ACCESO A LA JUSTICIA**

Dos mecanismos de la reforma constitucional de 1991 hicieron posible una intervención judicial como la que actualmente lleva adelante la CCC a favor de las comunidades desplazadas. Ambos responden claramente a las críticas hechas a la tradición liberal del proceso judicial, y forman parte del esquema promovido por la izquierda reformista en 1991. Uno es claramente la misma CCC, una autoridad judicial con competencia específica y privilegiada en materia de interpretación constitucional, y con la posibilidad de unificar la jurisprudencia en ese rubro.<sup>133</sup> El otro mecanismo es el de la “acción de tutela.”

Esta acción es sin duda un mecanismo procesal excepcional en los sistemas jurídicos de América Latina, a través del cual, como pro-

---

132 Opinión de los Magistrados, resumida en una exposición del Magistrado Nilson Píñilla, presidente de la CCC, en la audiencia de rendición de cuentas del 20 de Julio del 2009. Ver <http://www.codhes.org/images/stories/pdf/relatoria%2010%20julio%2009.pdf>

133 La corte fue creada por la Constitución Política Colombiana, vigente desde el 7 de julio de 1991. Sus funciones están descritas en el artículo 241. Consisten en decidir sobre las demandas de constitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra las leyes, los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno y los actos legislativos reformatorios de la Constitución; resolver sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución; decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes, las consultas populares y los plebiscitos del orden nacional; ejercer el control constitucional sobre los decretos legislativos dictados por el Gobierno al amparo de los Estados de excepción; decidir definitivamente acerca de las objeciones por inconstitucionalidad que el Gobierno formule contra proyectos de ley y de manera integral y previa respecto a los proyectos de ley estatutaria aprobados por el Congreso; resolver acerca de las excusas para asistir a las citaciones realizadas por el Congreso en los términos del artículo 137 de la Carta; decidir sobre la exequibilidad de los tratados internacionales suscritos por el Estado colombiano y de las leyes que los aprueben y revisar las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales prevista en el artículo 86 de la Constitución.

La Corte, como cabeza de la jurisdicción constitucional, conoce de manera exclusiva de los asuntos de constitucionalidad cuyo análisis le confía la Carta Política y establece, en su condición de intérprete autorizado, las reglas jurisprudenciales sobre el alcance de las normas contenidas en la Constitución. Según lo dispuesto en el artículo 239 de la Constitución y el artículo 44 de la Ley 270 de 1996 -Estatutaria de la Administración de Justicia-, la Corte Constitucional está integrada por nueve magistrados, nombrados por el Senado de la República para periodos individuales de ocho años, de ternas designadas por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.



ponía Mac Galanter en los años setenta (García Villegas, 2001:94-95), se intenta reducir las diferencias de pericias y recursos que usualmente existe entre partes del litigio, y que funcionan como ventajas decisivas para determinar los resultados tanto tangibles como normativos de cualquier pleito. Establecida en el artículo 86 de la Constitución Política, la tutela se ha convertido, según Cifuentes Muñoz (ex magistrado de la Corte Constitucional y ex Defensor del Pueblo) en el “más efectivo medio de protección los derechos fundamentales.” (Cifuentes, 1997: 165). A través de ella se puede controlar y corregir las deficiencias de la política de desplazamiento, sobre todo en materia de registración y atención de emergencia.

Es un mecanismo que prevé la protección inmediata frente a un perjuicio o amenaza de perjuicio irremediable a un derecho constitucional. Hasta aquí no parece haber mayores diferencias entre la tutela y la *acción de amparo* de Argentina, o el *recurso de protección* de Chile. Sin embargo, la cuestión es significativamente diferente cuando se advierte la manera en que la regulación de la tutela se inclina por la prevalencia del derecho sustancial y la eficacia de la protección, por sobre las formas.

El demandante no necesita abogado para ir ante un juez a pedir una tutela, el escrito de pedido de tutela no tiene ninguna formalidad o ritualidad que cumplimentar, de hecho hasta puede hacerse verbalmente si el afectado no sabe escribir, o por razones de urgencia. También puede hacerse a través de un agente oficioso, del defensor del pueblo o personero, y pueden hacerlo incluso los menores de edad. Resulta muy interesante que ellas pueden reclamarse ante cualquier juez del lugar donde ocurre el hecho, es decir, no necesita información técnica específica, ni tiene el obstáculo de las reglas de competencias o jurisdicción. Es sin duda una herramienta anti-formalista por excelencia.

Mientras en la Argentina el requisito de que no exista otra vía más idónea para iniciar un amparo es estricto, y funciona como la causa frecuente para el rechazo *in limine*<sup>134</sup> de una gran cantidad de peticiones, en el caso de Colombia, en cambio, la subsidiaridad de la acción de tutela no es un requisito excluyente de procedencia. La acción de tutela puede incluso utilizarse como mecanismo transitorio para evitar perjuicios irremediables, aun existiendo medios alternativos.<sup>135</sup>

---

134 Es decir que el juez rechaza la demanda sin siquiera entrar a considerar los argumentos y prueba.

135 Se entiende portal –perjuicio irremediable- al que es inminente y “que amenaza o está por suceder prontamente”, y es grave e impostergable (CCC, Sentencia T-225/93). Si la solicitud de protección prospera, el juez de tutela expresamente señalará que su orden

Esta radical informalización del acceso a la justicia explica la cantidad de tutelas presentadas en Colombia por los desplazados, personas que además de enfrentarse a jurisdicciones extrañas, se encuentran desposeídas tanto de capital económico como social.

Durante el proceso de tutela, los jueces tienen amplias facultades para decretar la prueba y para dictar el fallo en cualquier momento en que lleguen a una convicción respecto del asunto.<sup>136</sup> Ello facilita que puedan dar una resolución en el término de 10 días, como manda la ley, ya que quedan librados de varios formalismos usuales del proceso. Se facilita lo que Galanter llamaba el “activismo” institucional, con el cual el juez puede reducir las ventajas que suelen tener las partes más poderosas, cuando la facultad de incitar el proceso y producir prueba depende sólo de las partes y de sus pericias.

Es probable que haya sido justamente la cantidad de tutelas presentadas, así como la cantidad de audiencias tomadas por la CCC para escuchar a los afectados, la que determinó un activismo judicial tan detallista, incisivo, crítico y directivo de una política pública como ésta.

No obstante, la debilidad de este mecanismo radica en depositar demasiadas expectativas en que el juez actúe como el igualador de partes en desventaja. Los jueces inferiores en Colombia no tienen una visión uniforme en la interpretación de la tutela y del derecho de desplazamiento, como suele ocurrir en los sistemas en los que no existe la obligación de seguir el precedente, y el control de constitucionalidad es difuso.<sup>137</sup> Ello puede volver la interpretación del derecho más permeable a las jurisdicciones locales y sus razones propias, o subordinarlo a las reglas de dominación local.

Además, el campo judicial en América Latina es por lo general formalista, inclinado a una deferencia fuerte a los poderes políticos, y en particular resistente a interferir en los asuntos de políticas públicas.<sup>138</sup> De hecho, en las jurisdicciones más alejadas del poder centrífugo

---

quedará vigente “sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado” (Decreto 2591 artículo 8) y el demandante tiene la carga procesal de iniciar la acción ordinaria alternativa respectiva.

<sup>136</sup> Decreto 2591, art. 22.

<sup>137</sup> El control de constitucionalidad difusa supone que cualquier juez del país puede interpretar y aplicar la Constitución al caso concreto traído ante sus estrados. El hecho de que no exista la regla del *stare decisis*, o la obligación del precedente, significa que en esa interpretación, no está obligado a seguir la interpretación que para un caso parecido hiciera otro juez con anterioridad a él.

<sup>138</sup> Señala Sanchez Fajardo, (2008: 234-235) “los esfuerzos loables de esta que hemos llamado la SEGUNDA CORTE DE ORO, se enfrentan a las serias deficiencias de la rama judicial, la ineficiencia, incoherencias internas e incluso, cierta canalización de la justicia por par-

de la CCC, las inclinaciones tradicionales de los jueces generan respuestas adaptativas, o que se alejan de lo dispuesto por las CCC.

Nosotros pedíamos un registro inmediato de la persona desplazada para que se otorgara la ayuda. Las pruebas eran suficientes, incluso el Tribunal en la parte motiva de la sentencia así lo consideró. No obstante con el argumento de no entrometerse en la actividad de Acción Social, la sentencia le dio un término (no lo recuerdo, lo único es que era largo) para que estudiara la viabilidad de incluir a la persona en el Registro. Este fue un fallo desafortunado. Perdimos el rastro de la persona desplazada, y finalmente la registraron pero no supimos su paradero. (entrevista vía *e-mail* a Erika Castro, 2009)<sup>139</sup>.

La aparición del fenómeno de desplazamiento intra-urbano es un interesante ejemplo en el que se comprueba el tipo de respuestas formalistas y conceptualistas habituales.<sup>140</sup> En efecto, la interpretación de los jueces locales de la ley de desplazados por lo general tiende a excluir al desplazamiento intra-urbano del sistema de protección, o a exigir pruebas de violencia armada imposibles de articular.<sup>141</sup>

Por otro lado, situaciones de especial vulnerabilidad, inestabilidad, desconfianza, miedo,<sup>142</sup> distancia de los tribunales, e incluso la falta de información suficiente todavía son barreras de acceso a la justicia que son difíciles de franquear.

En Medellín y la población atendida, puedo decirte que todavía estas personas no conocen el mecanismo en la parte procedi-

---

te de los jueces, como lo ha señalado acertadamente Rodrigo Uprimny Yepes, en varias ocasiones, pueden llevar a un verdadero colapso de la justicia. El impacto de la Corte Constitucional y su jurisprudencia podría ser mucho más grande y transformador si el aparato judicial en general funcionara adecuadamente. Más allá del efecto interpartes de muchas de las sentencias de tutela, los jueces no toman en consideración para sus fallos, en casos análogos, las decisiones del Alto tribunal”

---

139 Erika Castro es una abogada, directora de la Clínica Jurídica de la Universidad de Medellín, que representa a personas desplazadas ante la justicia. Esta es una de sus respuestas a las preguntas formuladas vía *e-mail* 24/08/09.

---

140 “Crece de manera alarmante el desplazamiento intra-urbano” (Codhes, 2008: 6).

---

141 De las respuestas de Erika Castro, 2009, y de varias conversaciones informales mantenidas con ella y otros abogados que defienden a desplazados.

---

142 El miedo es uno de los principales impedimentos para que los desplazados concurren a buscar ayuda oficial. El involucramiento del gobierno en la guerra y con las estructuras de violencia que generan desplazamiento, hace temer, a aquellos que huyeron por miedo, ser identificados por sus potenciales victimarios.

mental. Saben efectivamente que tienen derecho a interponer tutela, ese es un gran logro desde la reforma constitucional del año noventa y uno, pero ya llevamos muchos años con ese logro, que la verdad es lo mínimo dadas las condiciones. De todas las personas a las que les aplicamos una encuesta sobre desplazamiento intraurbano (100) ninguna había accionado y tampoco sabía cómo hacerlo, a pesar de conocer su derecho a accionar.

La actuación de los desplazados llega hasta donde puedan materialmente, claro que colaborando con los abogados, porque como respondía en la pregunta anterior, sus condiciones son tan paupérrimas que ni siquiera pueden ir más de dos veces a un consultorio jurídico o a la Clínica. (entrevista a Erika Castro, 2009).

De manera que tanto el acceso como las probabilidades de éxito de tutelas, siguen siendo mayores cuando la petición es presentada por profesionales del derecho. Ellos, además de manejar el lenguaje formal del campo judicial, están en condiciones de articular y sostener en esos términos la jurisprudencia de la CCC para enfrentar los resabios y resistencias formalistas de los jueces locales, o bien para apelar sus resoluciones. En cierta forma ello viene a confirmar las investigaciones de Santos en otros contextos, respecto a que los procesos de informalización de la justicia moderna tienden, a mediano y largo plazo, a reproducir su opuesto (Ver nota 43; Santos, 2001: 285-291).

No obstante, hay mecanismos por los cuales la CCC puede intervenir y tratar de unificar la jurisprudencia, doblegando las tendencias y disposiciones de la cultura formalista de algunos jueces locales. Sucede que las sentencias de tutela producidas en las diferentes instancias deben enviarse a la CCC, y es discrecional de ésta última seleccionar algunas de ellas para su revisión y para emitir un fallo al respecto (dentro de los 3 meses de la selección). El objetivo es unificar la jurisprudencia sobre la materia. Así, los jueces que decidan apartarse de las sentencias de la CCC deberán justificar su posición bajo pena de “infringir el principio de igualdad” (CCC, sentencia C-37 de 1996). Con este propósito es que se dictaron tanto las diecisiete sentencias de la CCC en casos de tutela individual, la sentencia estructural T025, y las decenas de autos de ejecución de ésta última que se vienen dictando hasta ahora.

Esta no es la única forma en que la CCC ha intentado superar las disposiciones formalistas de los jueces inferiores. También realizó numerosas visitas a distintos municipios, donde los magistrados de la Corte en persona tomaron audiencias de conocimiento relativas al caso, y en los que se interpeló a autoridades locales de

manera directa. Su labor de divulgación y promoción de los principios jurisprudenciales que pretende sentar, es también bien conocida. Sin duda los jueces de la última CCC se han comprometido con un cambio ideológico dentro de la cultura judicial colombiana.<sup>143</sup> Sin embargo, la continuidad de la iniciativa resulta incierta frente a los recientes cambios en la composición de la Corte, con nuevos jueces que usualmente defienden posiciones dogmáticas diferentes dentro del campo jurídico.

Por último, no puede soslayarse que hay condiciones locales particulares, relacionadas con las dimensiones de violencia en los centros urbanos de llegada de los desplazados, y que ellas no se superan con la reeducación de los jueces y abogados locales. La concentración del poder local en grupos privados violentos, y las eventuales complicidades de los poderes políticos con ellos suelen ser los intereses que los tribunales custodian. En situaciones de *interlegalidad* intensa, en las que el poder simbólico del derecho oficial está subordinado a legalidades locales, intentar motivar u obligar a los jueces a aplicar algunas reglas de interpretación muy concretas de la CCC, resulta no solo imposible, sino incluso autofrustrante para la construcción del capital político de los tribunales de justicia en esos ámbitos.<sup>144</sup>

Finalmente, la administración ha sabido contener la potencia desestabilizadora de las tutelas con dos estrategias claras. En principio, *ordinarizándola* a través de su absorción burocrática. Así, cuando un desplazado intenta registrarse para recibir la ayuda de emergencia, el agente del Estado suele exigirle una orden de tutela previa para hacerlo.<sup>145</sup> Con

---

143 Ese compromiso también se expande dentro de la corporación entre algunos abogados y académicos. Se refleja, por ejemplo, en el empeño de las clínicas jurídicas que atienden a la población desplazada, como las que forman parte de la red Colombiana promovida por el Instituto Latinoamericano de Derecho Alternativo (ILSA). Se advierte también en el esfuerzo por propagar la jurisprudencia de la CCC llevado adelante por profesores de derecho, especialmente de la Universidad de los Andes, la que tiene como decano en derecho a un ex magistrado de la CCC.

144 Es necesario notar, como explica Bourdieu, la posición que ocupa el campo jurídico dentro del campo del poder para considerar su poder relativo, sobre todo en relación a sus fines instrumentales. “Es el campo del poder el que mediante el peso relativo concedido al “gobierno de la ley” (*The rule of law*) o a la reglamentación burocrática, asigna sus límites estructurales a la eficacia de la acción propiamente jurídica.” (Bourdieu, 2008).

145 “La acción de tutela se ha vuelto *un trámite que se debe cumplir para ser inscrito en el sistema de atención* a la población desplazada, es decir se ha vuelto un trámite ordinario para acceder a cualquier derecho. Lo otro es que existe la pregunta hasta donde la tutela no es sino un espacio para que se individualicen los problemas y no se siga avanzando en reivindicaciones sociales” (Clara Atehortua Arredondo, profesora e investigadora de la Universidad de Medellín, en respuestas a cuestionario enviadas el 20 de Septiembre del 2009) (el énfasis es propio).

“Si así es. En muchos de los casos Acción Social actúa de esa manera [...] yo te voy a decir

ello la alternativa de acceso a la justicia se convierte en una barrera de verificación administrativa más, que sobrecarga los tribunales.<sup>146</sup>

La otra manera de contener la fuerza práctica de las tutelas es, en similar sentido, reduciendo los recursos para el sistema de justicia. Así, en el 2009 ya se anunció un recorte del 20% del presupuesto de la rama judicial.<sup>147</sup>

### **LA ESTRATEGIA DE INTERVENCIÓN DE LA CORTE**

La intervención de la CCC a través de la sentencia T025 responde a la lógica de “reorganizar a las partes desposeídas en grupos coherentes” que señala Galanter (en García Villegas, 2001:94-95), las que consiguen así, capacidad de actuar de manera coordinada, utilizar estrategias a largo plazo, beneficiarse de servicios jurídicos de alta calidad, etcétera.<sup>148</sup>

Se trató originalmente de un expediente acumulado de 108 tutelas (1150 familias, promedio de cuatro personas por núcleo) de varios demandantes individuales contra varios organismos del Estado nacional y municipal. Al colectivizar en una sola causa todas estas demandas, y ensamblar el problema como uno, los demandantes usualmente aventajados (en este caso, la administración), ven reducida la posición estratégica de la que gozan en los procesos individuales, mientras que los desplazados, usualmente desaventajados frente al Estado, pueden ahora llegar a gozar de las ventajas de un demandante frecuente o aventajado, sin que sea necesario organizarse previamente o contar con mayores recursos (Galanter, en García Villegas, 2001: 97).

El tratamiento del problema en términos estructurales permite también el uso de información especializada que generan las organiza-

---

lo que nos dijo una representante del Programa antes que se llamara Acción Social, (Red de Solidaridad Social), en el año 2003 [...] que para ellos era mejor que las personas no supieran del mecanismo de la tutela porque no ‘tenían’ todos los recursos económicos para atender la situación. Pero que dado el caso la tutela era *la disculpa ante el Gobierno para ejecutar los dinero*” Erika Castro, 2009 (el énfasis es propio).

---

146 La CCC le ha prohibido expresamente al Gobierno continuar con ésta política en la sentencia T025, y en otros casos como en prestaciones de salud, en los que el gobierno ha insistido con esa estrategia.

---

147 “[...] Cifras que estaban contempladas en 250 mil millones de pesos, se anunciaron que van a quedar en 56 mil millones de pesos [...] ¿con qué dinero la rama judicial va a poder proveer juzgados donde más se requieren?” Declaración del Magistrado Wilson Pinilla, presidente de la CCC durante la audiencia de rendición de cuentas de Acción Social, el 20 de julio del 2009. Ver: <http://www.codhes.org/images/stories/pdf/relatoria%2010%20julio%2009.pdf>.

---

148 En orden a considerar la posible influencia del trabajo de Galanter en éste tipo de diseño constitucional, vale mencionar su involucramiento, sobre todo en la etapa de crítica, con el movimiento de derecho y desarrollo, el que en los años sesenta impactara fuertemente en algunas Universidades de Colombia, en particular, en la Universidad de los Andes.

ciones de la sociedad civil que respaldan el caso, y el ejercicio de una mayor capacidad de negociación, eliminando los riesgos que se enfrentan al litigar de manera individual y aislada.

Con la colectivización de la T025 se favorece incluso a aquellos cuyas tutela no llega a la Corte Constitucional, o que no están registrados en el sistema, o que no han presentado tutela, ya sea porque no han tenido información u oportunidad. También se generan categorías más amplias, que permiten englobar los conflictos más diversos. Así, la Corte enfrenta a la administración reclamándole el cumplimiento de sus promesas regulatorias.

Sin embargo, como señala Vidal López (2007), ello también diluye las diferencias, o de la misma manera que lo advertíamos en el capítulo anterior, *expropia el conflicto*.

El dispositivo opera de manera completa cuando las comunidades desplazadas se ven educadas, inducidas, obligadas, orientadas a usar el lenguaje de los derechos como el mecanismo privilegiado para sus reivindicaciones, de manera que terminan por identificar sus aspiraciones y demandas con la oferta estatal limitada en el Derecho. (Vidal López, 2007: 217).

El ejemplo inicialmente denunciado fue el del derecho a la atención de emergencia, que por la regulación de 1998 resultó ser un derecho temporal (por tres meses), renovable excepcionalmente por otros tres meses, y subordinado a que el Estado manifieste tener o no recursos. La lucha de los desplazados deja de ser una lucha por una atención integral o por la reparación del daño sufrido (por responsabilidad del Estado), para mimetizarse con el lenguaje estatal. Como señalaba Vidal López, los desplazados luchaban incansablemente por su derecho a tres meses de atención de emergencia y a los equipos de aseo y cocina.

Las comunidades desplazadas dejan de aspirar al acceso al Estado Social de Derecho, para aspirar, mediante el lenguaje del Derecho, a los “beneficios” ad hoc que el Estado tenga a bien ofrecer, de acuerdo con sus prioridades presupuestales (Vidal López, 2007:217).

En otras palabras: en lugar de aspirar a bienes y servicios (agua, salud, educación) y a la justicia retributiva (reparación por pérdidas) de un Estado Social de Derecho, se aspira a los limitados e ineficaces recursos que el gobierno destina a la atención de los desplazados.

Al principio la CCC tomó la promesa del Estado con la deferencia formalista habitual, y condujo la lucha de los desplazados por el

camino que Vidal López denunció. Actuó, en fin, como un dispositivo más de comunicación de los fines de control poblacional del sistema normativo internacional de inmigración.

Pero en el 2007 corrigió en parte este derrotero. A través del auto C.278/07 la CCC advirtió que la ayuda humanitaria de emergencia no podía estar sujeta a un plazo fijo inexorable de tres meses, teniendo en cuenta que el estatus de desplazado no depende del paso del tiempo, sino de una condición material.

De lo dicho queda expuesta una tensión entre las nuevas articulaciones constitucionales que funcionan como condiciones de posibilidad (limitada) de acceso a la justicia de una población vulnerable, y la expropiación del conflicto o la invisibilización de diferencias por parte de los operadores del derecho, encadenados a la promesa formal del Estado.

Antes de seguir, es necesario remarcar algunas afirmaciones. Las razones de la CCC para colectivizar el reclamo son importantes. Las necesidades eran urgentes y masivas, la omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones legales era prolongada, y había incorporado prácticas burocráticas inconstitucionales (tales como exigir una tutela como requisito administrativo para satisfacer el derecho). Además, no había previsión de presupuesto suficiente para cumplir con los fines legales, y era obvia la necesidad de adoptar un conjunto coordinado de acciones que comprometieran a varias entidades. Pero en particular se consideró que si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial. En cierta forma la Corte reconoció que el poder de la tutela para los desplazados podría, por otro lado, desestabilizar al sistema de justicia, si éste no era fortalecido con recursos.

Por otro lado, sus diecisiete sentencias anteriores sobre casos individuales no habían tenido gran éxito. De hecho, como explica Vidal López,

los mecanismos interpretativos que el gobierno desplegó frente a las órdenes judiciales le permitieron cumplir las demandas en términos de nueva legislación sobre el desplazamiento, optimizando la utilización de las zonas grises de los marcos legales nacionales e internacionales en su favor. El resultado fue un paquete de medidas legislativas que combinaron ciertas intervenciones puntuales en campos específicos, mientras que permitieron al gobierno crear mecanismos discrecionales de administración del despla-



miento forzoso y, especialmente, del alcance de sus derechos (Vidal López, 2007:210)<sup>149</sup>

En fin, lo peligroso de la colectivización de los conflictos es que generaliza demasiado, permitiendo al gobierno dar respuestas cada vez más abstractas que aumentan su discrecionalidad, y disimulan los antagonismos entre éste y los desplazados, homogenizando un conflicto complejo.

No obstante, suele rescatarse que los principios rectores de las medidas correctivas ordenadas a las autoridades imponían políticas diferenciadas: para mujeres, afro-descendientes, indígenas, menores, etc., así como el establecimiento de áreas prioritarias, de parámetros objetivos para medir resultados, y de mínimos de satisfacción de derechos.<sup>150</sup> Pero la preocupación de Vidal López que subsiste es la relacionada con la invisibilización de las diferencias entre un gobierno cómplice e incluso interesado en el desplazamiento forzado de la población (en cuanto estrategia de administración del conflicto armado) y las comunidades desplazadas que desean volver, prevenir, y ser atendidas a pesar de su calificación de “insurgentes” por la semántica estatal del conflicto. Visto desde esa manera, la creación discrecional del derecho de desplazamiento por ese mismo gobierno es un hecho de dominación más que de protección.

Al crear tales categorías lo que intenta [el derecho del desplazamiento] es diluir la diferencia y convencer a la comunidad de que todos sus miembros están buscando lo mismo [...] se diluyen y desaparecen fuertes antagonismos entre desplazados y Estado, cuando se logra que aquellos expresen sus pretensiones particulares, excéntricas y antagónicas, en términos del Derecho homogeneizante, universal, generalizador, del Estado. (Vidal López, 2007: 212-213).

Pero la CCC también proveyó lo que se espera de las cortes, un catálogo de derechos vulnerados, con un núcleo central en los derechos a la

---

149 En palabras de Bourdieu (2001:94) “Es en tanto que instrumentos estructurados y estructurantes de comunicación y conocimiento, como los ‘sistemas simbólicos’ cumplen su función política de instrumentos de imposición o de legitimación de la dominación, que contribuyen a asegurar la dominación de una clase sobre otra (violencia simbólica) suministrando el refuerzo de su propia fuerza a las relaciones de fuerza que los funda y contribuyendo así, según las palabras de Weber, a la ‘domesticación de los dominados’.

150 La cantidad de audiencias de conocimiento que tomó la CCC a desplazados, a instituciones diversas, y a expertos, es tan inusual, como la cantidad de autos resolviendo asuntos concretos y particularismos surgidos a lo largo del procedimiento de ejecución, que ya lleva más de cinco años.

integridad personal, libertad de expresión, y derechos prestacionales para sobrevivir dignamente y atender los imperativos urgentes. Se incorporaron y se siguen discutiendo nuevos parámetros de medición de políticas más específicos, con la retórica de los derechos en el centro. La esperanza es “corregir”, “reorientar,” una voluntad política cada vez más reticente frente a regulaciones cada vez más detalladas.

Los esfuerzos por llenar las zonas de discrecionalidad que se reservó el Estado, o que usó de manera abusiva, siempre se hacen en el marco de la expropiación discursiva del conflicto a los desplazados, y a través de categorías de diferenciación e indicadores creadas al amparo de una cultura jurídica que nunca se cansa de proponer más reglas. Consejos y comités de expertos y juristas buscan los “indicadores ideales” para confrontar el modelo homogeneizante de la administración con otro propio.<sup>151</sup>

Ello alimenta y se alimenta de la lógica procesal contenciosa propuesta por la CCC, la que expone a la administración no sólo a las interpelaciones de la Corte, sino también a las de la Comisión de Seguimiento y de la Procuraduría General de la Nación. La inculpación directa a órganos o funcionarios por su ineficacia o incumplimiento ha llegado incluso a la amenaza de juicios por desacato. Este fondo contencioso en la construcción de los detalles de la política pública transforma una lucha política vital para un grupo, en un debate escolástico entre expertos.

Lo que la CCC, al igual que la Corte Argentina nunca hizo, es intervenir en la organización institucional, las competencias y jerarquías que demarcaban el sistema de atención creado por el Estado. Confrontó con los jefes del sistema, pero sin dejar de reconocerles autoridad para las decisiones organizativas últimas y decisivas, ni intentar imponer ningún mecanismo relevante de descentralización o de participación de los desplazados.

### **LA OPINIÓN PÚBLICA Y EL DESPLAZAMIENTO**

En el 2004 el fenómeno del desplazamiento en Colombia constituía, según CODHES, la tercer catástrofe humanitaria en el mundo (después de Sudán y la República del Congo). La representación social del hecho del desplazamiento y las responsabilidades involucradas en él han estado en disputa en Colombia desde el comienzo del fenómeno, y

---

151 Las discusiones acerca de los “indicadores” para evaluar la política pública son interminables. Organizaciones como CODHES, han propuesto sus propios indicadores, el gobierno los suyos, y la corte estableció los oficiales. La crítica a éstos últimos devino de varios lugares, entre ellos de la Procuraduría General de la Nación. Las propuestas de expertos, y especialmente de juristas, se reproducen constantemente. Ver en particular Pérez Murcia, Uprimny Yepes y Garavito, 2007.

repercuten directamente en la imagen que la sociedad colombiana tiene de los desplazados.

La sentencia de la Corte Constitucional intentó situar a los desplazados en el lugar de víctimas, y al gobierno en el de responsable. Pero la opinión pública desplazó a uno y a otro de esas posiciones, de acuerdo a los contextos y las diferentes eventualidades del conflicto armado.

La obediencia formal de la administración de justicia descartó la idea de que allí hubiera una disputa entre los intereses del Estado y los desplazados. Así, al principio ambas instituciones, tanto la judicatura como la administración pública, lejos de confrontar capitalizaron imagen pública y maniobrabilidad política al confluir en el propósito de atender a las víctimas de una tragedia humanitaria.

Sin embargo, la responsabilidad pública del gobierno fue fluctuando conforme a los cambios en el conflicto armado, y a la creciente legitimidad que el presidente Uribe adquirió en el escenario público. Cuando los opositores al gobierno acusaron al presidente Uribe de colaborar e incentivar a los grupos paramilitares responsables de expulsiones y desplazamiento,<sup>152</sup> el gobierno consiguió debilitar la representación de su responsabilidad, e incluso la de los paramilitares, a través de la “ley de justicia y paz”.<sup>153</sup>

Por otro lado, la progresiva naturalización de la presencia de desplazados en las calles y en las áreas marginales, confrontó los intereses de clase de la urbe con lo de los ahora “intrusos.” Su carácter de víctimas fue así virando con el tiempo.

La forma en que se ve los desplazados por la opinión pública no tiene que ver con la T025, tiene que ver con una forma de

---

152 El gobierno colombiano ha sido denunciado internacionalmente además, por casos en que el Ejército y bandas paramilitares ejecutaron civiles para presentarlos como guerrilleros muertos en combate (los conocidos “falsos positivos”). Ver detalles recientes en <http://www.caracol.com/node/124325>

153 La conclusión de Uprimny y Saffón es que a través de la ley de justicia y Paz del 2007, por la que se invita a desmovilizarse a los grupos armados para su reintegración, y que aparenta ser una ley dirigida a prevenir desplazamientos, es en realidad una forma de invisibilizar la problemática del desplazamiento forzoso, dejándolo sin política transicional (reparaciones, derecho a la verdad, etc.). Los autores señalan que existe una superposición normativa que ha dado carácter oficial a la legalidad fronteriza antagónica del derecho oficial de desplazados hasta ahora. Ello hace parecer que el derecho oficial perdió la disputa con las legalidades fronterizas.

El Decreto 1290 establece que las indemnizaciones por crímenes atroces no se entregan a las víctimas porque el Estado haya incumplido algún deber frente a ellas, sino como expresión de un “principio de solidaridad con las víctimas”. Ésta, para Uprimny es una estrategia discursiva de des-inculpación del Estado. (Uprimny Yepes, 2009 en *El Espectador*, 4 de agosto) en [http://dejusticia.org/interna.php?id\\_tipo\\_publicacion=1&id\\_publicacion=629](http://dejusticia.org/interna.php?id_tipo_publicacion=1&id_publicacion=629)

acceder a los recursos y la forma en que estos se distribuyen por el Estado, debido a que se plantea que es una partida de aprovechados que quieren hacerse ricos pasando a estos recursos. (de la entrevista a Clara Atehortua Arredondo, 2009).

El enfrentamiento de la sociedad y los desplazados disimula el antagonismo entre los intereses del gobierno y los de los desplazados. En el imaginario de la opinión pública burguesa no es sino una confrontación de pobres contra pobres por los escasos recursos de ayuda social. Por ello la estrategia gubernamental más reciente tiende a invisibilizar las dimensiones del fenómeno del desplazamiento, e incluso a estigmatizar a los desplazados como cómplices de la insurgencia, culpables así de su propia migración forzosa. Se genera así “una posición ambigua de la sociedad frente al desplazamiento, a medio camino entre la caridad y el miedo, que impide el antagonismo político en torno al desplazamiento -el antagonismo desplazados vs. Estado es sustituido por el antagonismo sociedad vs. desplazados-” (Vidal López, 2007:214-215).

Vidal López explica que la tendencia del Gobierno ha sido precisamente generar migraciones forzosas como estrategia contrainsurgente, lo cual evidencia una clara contradicción con sus deberes de prevención del desplazamiento. Ello explica que se incline cada vez más a invisibilizar el fenómeno.<sup>154</sup>

Los responsables jerárquicos de la administración fluctúan su posición discursiva de acuerdo a los contextos y circunstancias. Un asesor presidencial llegó a decir recientemente que *en Colombia ya no hay desplazados, sino migrantes*.

Este caso parece un ejemplo claro de la manera en que el escenario público burgués responde frente a un problema desde sus percepciones acerca de quiénes son los amigos y quienes los enemigos. También deja en claro la íntima relación entre la agenda burocrática (en la que trata de impactar la intervención judicial) y ese escenario.<sup>155</sup>

---

154 Un reciente estudio del Comité Internacional de la Cruz Roja y el Programa Mundial de Alimentos encontró que el porcentaje de los hogares desplazados que formaban parte del Registro Único de Población Desplazada (RUP) -que por lo tanto pueden optar por beneficios que se otorgan a través de las políticas públicas para la población desplazada- fue apenas del 25,3% en Bogotá, del 61,9% en Barranquillas, del 24,7 % en Cartagena, del 46,4 % en Florencia, del 58,8 % en Medellín, etc. Véase Informe de Verificación de la Comisión de Seguimiento sobre Población Desplazada. Enero 31 del 2008. Pág. 19, cita del CICR-Programa Mundial de Alimentos (2007). Una mirada a la población desplazada en ocho ciudades de Colombia: respuesta institucional local, condiciones de vida y recomendaciones para su atención. Resumen ejecutivo. Bogotá D.C. Noviembre de 2007.

155 Existen investigaciones en curso, que intentarían demostrar el impacto que, las representaciones promovidas por la corte, tuvieron en los funcionarios de la burocracia estatal, lo que repercutiría positivamente en el proceso de implementación de políticas.

## UNA BARRICADA SIMBÓLICA PARA LOS DESPLAZADOS

Según señala CODHES (2008) continúa habiendo un grave sub-registro oficial del desplazamiento, el que superaría el 30 % en el promedio nacional. La atención de emergencia continúa siendo ineficiente e insuficiente, y se va produciendo gradualmente la incorporación de los desplazados a la categoría de pobres estructurales en los municipios de llegada.

Además, lejos de detenerse el desplazamiento, éste se ha incrementado porcientualmente en el 2007 y 2008 (CODHES, 2008).<sup>156</sup> Ello en razón de la continuidad de la lucha armada, y tal vez, debido al rearme de paramilitares supuestamente desmovilizados a partir de la “ley de justicia y paz”.

Las comunidades afrodescendientes y sus territorios siguen en la mira de los grupos armados y de quienes tienen intereses asociados a los agrocombustibles (Codhes, 2008). Doscientos cincuenta y cinco dirigentes de organizaciones de población desplazada nacionales y locales han sido amenazados, muchos de los cuales están de nuevo desplazados o en exilio, y muchos otros han sido, y continúan siendo, asesinados. También aumenta la estigmatización y acusaciones temerarias contra las organizaciones no-gubernamentales y defensoras de derechos humanos que trabajan junto a los desplazados (Codhes, 2008:5). En todos estos casos, la CCC ha intervenido, visibilizando las circunstancias, y dando órdenes de protección que no han resultado demasiado exitosas.

En un solo semestre, siete líderes de la población desplazada que participaban en acciones para la protección de sus derechos y en procesos de restitución de tierras, fueron asesinados. Por otro lado, los intentos de retorno al hogar de algunos grupos de desplazados se han hecho sin que el Estado les de ninguna garantía de seguridad, provocando revictimización, o nuevos desplazamientos forzados (Codhes, 2008).<sup>157</sup>

---

Se espera que podría estar replanteándose la relación entre los burócratas y las víctimas “titulares de derecho,” es decir, la micro legalidad de la implementación. Sin embargo, en las aleatorias entrevistas formales e informales realizadas no he encontrado ningún indicio de ello. Sólo repetidas quejas por la pedantería, arbitrariedad y maltrato en relación a la población desplazada por parte de los burócratas. Además de cierta selectividad en el trato prodigada por los burócratas, distinguiendo al campesino pobre reclamando atención de emergencia como un indigente suplicando ayuda, del propietario desplazado, reclamando reparación por sus tierras, en garantía de *su derecho*.

---

156 Según CODHES en el 2000 había 480 municipios colombianos afectados por el desplazamiento (de los 1140), mientras que en el 2008 ya hay 785. En cuanto a la tasa de retorno que en 2000 era del 37%, ya en el 2002 había caído al 11%. (CODHES, 2008).

---

157 “Benigno Gil fue asesinado el sábado pasado en Chigorodó, Antioquia por haber ocupado junto con varias familias, predios que les habían sido usurpados por paramilitares. El pecado de Benigno fue liderar un grupo de cerca de 1200 campesinos desplazados de sus tierras por las extintas Autodefensas Unidas de Colombia AUC, que frente a la indi-

En tanto, la Corte ya había verificado en el 2004 una disminución presupuestal destinada a la atención de la población desplazada, y ahora se prevé una disminución presupuestal en la rama de la justicia. Los informes tanto de la Comisión de Seguimiento establecida por la Corte, como de la Procuraduría General de la Nación, denotan el incumplimiento de los objetivos mínimos de la política de acuerdo a los indicadores dados por la CCC, la continuidad de los problemas de coordinación entre las agencias administrativas, y la incesante violación de derechos.

No obstante, el arsenal legal generado a favor de los desplazados por la Corte en sus numerosos autos, y el discurso de derechos situado en el centro de las políticas prestacionales, aparece como una salvaguarda simbólica importante para la población desplazada, en un clima político que le es excesivamente adverso. Lo que no puede negarse, es que la T025 ha constituido una heroica barricada simbólica que defiende la posición de víctima de los desplazados en un ambiente político que tiende a ignorarlos, estigmatizarlos y avasallarlos.

Pero tal vez sea hora de dejar de buscar más *ripple effects* en el campo jurídico a través del razonamiento deductivo, y la formalización de más derechos subjetivos e indicadores de políticas. Esos caminos han sido minados por las trampas del formalismo jurídico y las promesas hipócritas de gobernantes cuyos intereses están en conflicto con sus promesas.

La barricada de la T025 debería tender a convertirse en un arma de lucha más asequible para la población desplazada, en verdadero poder político para las comunidades desplazadas, consideradas desde sus circunstancias más particulares.

Convertidos en parias y en nómadas [los desplazados] no tardan en darse cuenta que su lucha por la existencia y por volver a existir en tanto sujetos sociales, exige la implementación de estrategias sustentadas en lazos de solidaridad y en la construcción de identidades colectivas (Osorio Pérez, 2009:17).

---

ferencia del Estado ante sus reclamaciones, decidieron el año pasado retomar las tierras que les pertenecían sin ninguna medida de seguridad o acompañamiento estatal. Como era de esperarse, los nuevos poseedores de esos terrenos, que según afirman habitantes de ese municipio, son testaferros de los ex comandantes paramilitares Vicente Castaño y Raul Hasbún, no se quedaron quietos frente a la acción de los desplazados. El grupo de campesinos había conformado desde junio pasado una Mesa para la Recuperación de Tierras, de la que Gil era el principal vocero. Tras el crimen, el vocero de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación en Antioquia, Gerardo Vega, declaró a los medios de comunicación que. 'Fue una decisión arriesgada por tratarse de una medida de fuerza, pero no por eso ilegítima luego de muchas solicitudes a la Procuraduría, el Gobierno, la Defensoría del Pueblo y demás instituciones para que se cumpliera con la restitución' ". Bogotá, Prensa CODHES, 25/11/08.

La lucha particular del desplazado parece ser una lucha por la reconstrucción de la sociabilidad perdida al abandonar sus lugares de origen, por recuperar conocimientos, valores y redes sociales que le permitan sobrevivir, regresar y recuperar. Para fortalecer esa lucha y otras posibles es necesario reconocer y dar lugar a la construcción de espacios de legalidades propios, que responderán a sus necesidades, perspectivas, e intereses particulares. El uso estratégico del derecho del desplazamiento podría tender a generar escenarios de reconocimiento de esas legalidades, y de negociación entre ellas y la legalidad oficial, en lugar de insistir tan persistentemente con escenarios de homogenización bajo las promesas de “protección estatal,” los que contribuyen al control poblacional mediante dispositivos de ensamble de la población desplazada en la clase de los pobres estructurales.

### **EL CASO DEL SISTEMA PENITENCIARIO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

A principios del 2000, el número de presos en las cárceles de la Provincia de Buenos Aires, en Argentina, casi duplicaba la capacidad de las plazas. Las condiciones generales de la infraestructura eran paupérrimas (falta de ventilación, luz natural, mobiliarios, sanitarios, etc.), y los servicios eran escasos y de baja calidad (pésima alimentación e higiene). En ese hábitat, la dinámica de convivencia penitenciaria (o de supervivencia) devenía inhumana.

La superpoblación carcelaria generó a la vez superpoblación en las comisarías, precintos, o dependencias policiales, en los que se alojaba a los detenidos que no podían ser transferidos a las cárceles por falta de espacio. Allí se reprodujo el sistema de hacinamiento, con algunas precariedades adicionales: ni los policías de las comisarías están entrenados para ser guardias permanentes de personas privadas de su libertad, ni las instalaciones policiales fueron pensadas para alojar personas por más de algunas horas. Además, ocasionalmente, algunos de los detenidos resultaba ser un menor de edad, una mujer embarazada, o estar enfermo.

Todas las personas detenidas en comisarías, y un porcentaje muy alto de los privados de su libertad en las cárceles, no han sido siquiera condenados por los crímenes de los que se los acusan. Ello se debe en parte a la lentitud del sistema judicial, la que a su vez responde a la falta de recursos, y al ritualismo y formalismo general del sistema judicial.

Las únicas estadísticas de la situación que se conocen son las oficiales, los únicos datos cuantitativos son organizados, colectados y generados por el propio Estado, en general por el Ministerio de Justicia y Seguridad de la Provincia de Buenos Aires. Algunos datos cualitativos del funcionamiento de las cárceles y precintos son colectados por organiza-

ciones de la sociedad civil, como la Comisión Provincial por la Memoria, defensores oficiales y diversos funcionarios judiciales. Ellos permiten evaluar la gravedad del estado en el que se encuentran algunas personas privadas de su libertad, y hacer algunas estimaciones respecto de los demás.

No obstante, la característica dominante es la opacidad del sistema penitenciario. Es decir, los obstáculos de acceso y producción de información no burocrática y estructural.

La situación descripta no es exclusiva de esta Provincia. La mayor parte de las cárceles y comisarías de Argentina atraviesan crisis similares. Hay casos denunciados ante la Comisión Interamericana de Justicia,<sup>158</sup> y una cantidad lamentable de motines y tragedias de diverso tipo ocurridas en los últimos años. Pero sobre todo, una cantidad relevante de hechos de violencia y decesos que quedan sin explicación.

En Mayo del 2005, la Corte Suprema de Justicia la Nación (CSJ) hizo lugar a un pedido colectivo presentado por una organización de la sociedad civil en nombre de todas las personas detenidas en la Provincia de Buenos Aires (el distrito más grande y poblado del país). El caso, conocido como *Verbitsky*, llamó fuertemente la atención de la opinión pública no sólo por las características de los hechos denunciados (condiciones inhumanas de detención), sino en particular, por la decisión de la CSJ de emprender una empresa judicial semejante a la que los tribunales inferiores venían evadiendo a través de distintos artilugios formalistas.

La sentencia significó además una importante innovación en el campo jurídico,<sup>159</sup> la que fue replicada e invocada en muchos otros casos en el país.<sup>160</sup>

Sin embargo, en los hechos, las medidas tomadas por la CSJ fueron en extremo prudentes y respetuosas del ámbito de decisión burocrático provincial, a tal punto que luego de dictada la sentencia la Corte prácticamente no intervino, sino formalmente, en la ejecución de la misma.

Este es un caso que muestra mucho menos *activismo judicial* que los dos anteriormente analizados, y a la vez, por las características opacas de la institución penitenciaria, y la particular situación de las víctimas, presenta grandes dificultades para evaluar su impacto.

---

158 La OEA intervino en la Provincia de Mendoza solicitando medidas correctivas en la cárcel provincial, tras los violentos sucesos registrados en el 2004 en el penal de Boulogne Sur Mer y la Colonia Penal Gustavo André, en Lavalle. En el 2007-8 se arribó a un acuerdo entre los peticionarios y los Estados nacional y provincial, con proyectos de mejoras sanitarias, de educación, etc.

159 En particular al reconocer la posibilidad de reclamar Habeas Corpus colectivo. Ver sobre el particular Courtis, 2006

160 Ver en [www.cels.org.ar](http://www.cels.org.ar)



Pero también es un caso cuya característica sobresaliente es que el gobierno provincial coincidió inicialmente con los demandantes, no sólo en el diagnóstico de la situación, sino también en la prognosis del problema. Esa coincidencia respecto de medidas centrales para paliar la situación, determinará un excepcional período (el del Gobierno de Felipe Solá) que no sólo denotará significativos *ripple effects*, tanto legislativos como burocráticos, sino en particular mejoras cuantitativas en la población carcelaria, las que sugieren mejoras en las condiciones generales.

### UNA INTERVENCIÓN JUDICIAL SIN REMEDIO

El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), una organización no-gubernamental que defiende derechos humanos, reclamó ante la justicia por condiciones de detención inhumanas.

“El carácter colectivo de la acción de *habeas corpus* interpuesta se relacionó con la necesidad de dar respuesta a las limitaciones que se evidenciaban en el abordaje individual y desagregado de un problema de carácter estructural como lo es el de las condiciones inhumanas de detención en cárceles y comisarías de la provincia de Buenos Aires. El CELS tomó conocimiento de estos problemas a través de la Defensa Pública, que patrocina al noventa por ciento de los detenidos.” (de la entrevista al CELS, 2009)

La intervención judicial en términos estructurales fue posible gracias a la reforma constitucional de 1994, la que incorporó en el artículo 43 la posibilidad de que organizaciones de la sociedad civil demanden en representación de un colectivo de personas afectadas por un hecho común a todos. Así, en un solo caso y de una sola vez pudo reclamarse la situación de cientos de miles de personas privadas de su libertad en la provincia de Buenos Aires. La representación colectiva reconocida al CELS garantizó además una posición procesal estratégica frente al Gobierno, sin duda más fuerte que la de un solo individuo (un preso y su abogado) frente al gobierno. (Ver Galanter en García Villegas, 2001).

Sin embargo, una vez más, ello ocurrió sin que el relato de un solo afectado o familiar interfiriera en el debate judicial, y bajo el total monopolio de los operadores jurídicos y la narrativa legal. Se presentaron cifras, se describieron hechos confirmados por el propio gobierno, se invocaron los derechos que se violaban en tales circunstancias, se enunciaron las normas, y se dictó sentencia.

El caso no presentó antagonismos relevantes durante la tramitación ante la Corte Suprema, ya que desde el principio el gobierno reconoció la situación denunciada y manifestó su voluntad de reforma.

**LEGISLAR, “SÍ”; ADMINISTRAR, “JAMÁS”.**

La Corte Suprema *creó* derecho para el caso al declarar aplicables las “Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos.” Es decir, estableció que el Estado Argentino estaba obligado por los estándares propuestos por un grupo de expertos internacionales convocados en Ginebra por la ONU en 1955.<sup>161</sup>

Pero luego de ese acto de *creación jurídica*, la misma Corte restringió al extremo su poder jurisdiccional sobre las circunstancias del caso. No ordenó ni una sola medida estructural dirigida a que se alcancen esos estándares, y sólo solicitó al ejecutivo que le informara de las medidas que éste adoptará en adelante (cualesquiera que él decida).

Fue una sentencia paradójica en algún sentido, pues desafiaba al formalismo del campo jurídico, por un lado, al reconocer una herramienta de alto impacto político como es el *habeas corpus colectivo* y dictar reglas estructurales para el caso, mientras que por otro lado reducía su jurisdicción frente a los hechos casi a la nada. En otras palabras, dio reglas exportadas de una autoridad no política, pero sin establecer las *reglas remediales* o medidas para implementarlas. En fin, creó derecho sin interferir sobre los hechos, como si el hiato entre el ser y el deber ser no existiera, o no fuera de su competencia. Acrecentó la burocracia jurídica, ocupando el lugar de los legisladores tal vez, pero no el del Gobernador o el Ministro.

Tampoco estableció sanciones o plazos para el caso de que la situación continuara frustrando los estándares establecidos. Deslizó en la fundamentación del fallo que, dado el reconocimiento del demandado sobre la situación (al cual ponderó positivamente),<sup>162</sup> el *status*

---

161 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, Res. 2076 (LXII) del 13 de Mayo de 1977. Cristián Courtis cuestiona la adopción de éste estándar por ser el instrumento más antiguo del *soft law* en la materia (reglas que surgen de grupos de expertos de los organismos internacionales para interpretar principios generales dados por esos organismos). Varios de los documentos posteriores como el “Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión” las han complementado y actualizado, y constituyen estándares más modernos para interpretar las cláusulas de los tratados de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional y supralegal en nuestro país. (Courtis, Cristián, 2006:23)

162 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

quo, como situación genérica, colectiva y estructural, violaría ciertos derechos. Lejos está esa glosa del fallo de aquella *declaración* del Estado de Cosas

Inconstitucional que hiciera la Corte Constitucional Colombiana en el caso analizado anteriormente, que abriera un proceso de seguimiento constante y detallado de la Corte sobre las actividades del gobierno en relación a los desplazados.

La Corte Argentina, en cambio, pareció honrar la manifiesta voluntad política del gobierno de hacer algo para cambiar la situación injusta, con su extrema autolimitación.<sup>163</sup>

### **MEDIDAS**

La única orden *remedial directa* que dio, en relación a la situación de hecho, fue que no hubiera más enfermos o menores en las comisarías, y que se impidieran los malos tratos que pudieran considerarse torturas. Orden cuyo cumplimiento hasta hoy resulta difícil de evaluar. En efecto, según fuentes judiciales, ya antes del fallo el Gobierno de Felipe Solá había sacado a los enfermos y menores de las comisarías. Pero un año después del fallo en periódicos locales aparecían nuevamente denuncias respecto de menores en comisarías. Hasta hubo menores que solicitaban, por *habeas corpus*, quedarse en las comisarías hacinadas junto a mayores, para no ser trasladados a instituciones alejadas de la jurisdicción de sus residencias habituales. La Corte parece no haber considerado suficientemente las dificultades que surgen de la raíz sistémica del problema de la justicia de menores, como obstáculo para la implementación de una medida directa como ésta.<sup>164</sup>

---

*encomiable sinceridad*" (el énfasis es propio)".

163 Muchos atribuyen ésta autorestricción a cierto respeto federalista. Es decir, se cree que la Corte Suprema temía interferir demasiado en una cuestión respecto a la cual su competencia constitucional no es clara, dado los principios federales que la determinan.

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

Por otro lado tomó varias *medidas indirectas*, que no han tenido una recepción o impacto estable. Por un lado exhortó al poder legislativo y ejecutivo de una manera general y bastante vaga, a que reformara ciertas leyes relativas a la privación de la libertad (prisión preventiva, excarcelación, y la ley de ejecución penal y penitenciaria) de manera de que ellas respetaran los principios constitucionales e internacionales en la materia.<sup>165</sup> Los exhortó a que hicieran lo que ellos mismos sugerían que debía hacerse. En efecto, en los trámites previos a la sentencia, el gobierno diagnosticaba la situación como una cuestión no sólo relativa a *plazas penitenciarias* o edilicias, sino originada en buena parte en el *encarcelamiento innecesario*.<sup>166</sup> En este sentido, el Gobierno provincial señalaba:

Dos aspectos aparecen como principales responsables del fenómeno [de sobrepoblación carcelaria] que estamos estudiando: a) la sanción de leyes que promovieron un incremento de las prisiones preventivas y limitaron la capacidad de los jueces para otorgar libertades; b) la demora excesiva en el proceso penal. (Dichos del ministro de justicia de la provincia de Buenos Aires, citado en la entrevista vía *e-mail* al CELS, 2009).<sup>167</sup>

---

Aires trata el tema, lo que haría pensar en la repetición de un círculo conocido. Ya en el 2001 habían manifestado su preocupación al respecto por una acordada y hasta el 2005, y aun después, las denuncias en diarios locales sobre menores en comisarías se repitieron.

---

165 Este fue el resolutorio número 7 de la sentencia. 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, específica y puntualmente, está la colisión entre las normas del caso con la Constitución nacional o el derecho internacional.” A esa orden imprecisa llama, siguiendo la doctrina europea sobre tribunales constitucionales, una *exhortación por constitucionalidad precaria*, y la critica por su falta de precisión. (Sagües, Néstor Pedro, 2006). Por su parte, Gargarella y otros comentaristas, refutan interesadamente las críticas de Sagües y defienden este estilo de intervención judicial por establecer un diálogo entre los poderes. (Ver el Blog de Gargarella “Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política. Una mirada igualitaria sobre el constitucionalismo”, del 21 de Septiembre de 2007. Sólo cabe agregar, la inocuidad de la distinción de Sagües en los términos relevantes para éste trabajo. Nótese que la exhortación de la Corte fue exitosa al menos en relación a una de las leyes (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” resultó desobedecida, dado que el Congreso Nacional nunca obedeció tal exhortación. El ejemplo contrafáctico demuestra que en términos de acatamiento de una orden judicial, la precisión o imprecisión del mandato, es una cuestión de segundo orden.

---

166 Cita al Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, *Estado, Justicia y Ciudadanía*, op. cit, pág. 22. De las respuestas dadas por CELS, 2009 por cuestionario vía *e-mail*.

---

167 Cita al Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, *Estado, Justicia y Ciudadanía*. op. cit, 7, pág. 17. De las respuestas dadas por CELS, 2009 por cuestionario vía

El gobierno reformó la ley 13.449 de prisión preventiva, aunque dejó sin concretar las otras reformas exhortadas en la sentencia. Ni la Corte Suprema insistió en que se modificara la otra legislación, ni la reforma de la ley 13.449 modificó de manera estable las reglas de la prisión preventiva.

En efecto, los jueces que dictan prisiones preventivas tienen distintos criterios, y algunos siguen resistiendo el sentido de la ley.<sup>168</sup> Actualmente, el nuevo gobierno de la provincia propende a retroceder en esas reformas.

Otra medida indirecta de la Corte, fue la de exigir a los jueces de primera instancia el envío de información específica sobre las condiciones de detención de las personas privadas de libertad bajo su jurisdicción. Ello abrió la expectativa de una descentralización en la ejecución, de manera que cada juez local pudiera implementar algún remedio-medida (que la Corte no propuso) para alcanzar los estándares de detención establecidos. Tal vez se esperaba que los jueces de primera instancia, ahora informados de las condiciones brutales de las cárceles, y con estándares claros para comparar, intervinieran, interpelaran, o usaran su poder de jurisdicción en algún sentido que mejorara la situación.

Ya sea por estar fundada en la falsa creencia de que los jueces ignoraban los detalles de las condiciones, o por pretender que el poder simbólico de su intervención sería suficiente para redirigir los hábitos judiciales y penitenciarios, lo cierto es que esta medida, al igual que las otras, no parece haber impactado de manera cierta en la situación de presos y detenidos.

No obstante, sí se produjo una intensificación de los reclamos, denuncias e interpelaciones de las defensorías públicas a los jueces de primera instancia por las condiciones de detención en varios distritos de la provincia, invocando la autoridad del fallo *Verbitsky*. Es decir, aquellos que originariamente habían advertido al CELS acerca de la situación, eran quienes ahora vieron fortalecido su discurso legal con el fallo, y cuentan con parámetros legales para contrastar

---

e-mail. Y luego agregaba: “En los últimos seis años la población carcelaria experimentó un fuerte incremento *que no tuvo relación de proporcionalidad alguna con el aumento demográfico ni con el índice delictivo en la Provincia de Buenos Aires*”. (CELS, 2009).

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

con la situación denunciada: las reglas mínimas de los expertos de Naciones Unidas.<sup>169</sup>

Pero la orden indirecta más resonada de la CSJ fue la dirigida al Ministerio de Justicia para que éste convocara a una *mesa de diálogo* con el demandante y con las organizaciones que habían presentado *amicus curiae*.<sup>170</sup> Dos de ellas, *Human Rights Watch* y la Asociación Mundial de Juristas, nunca se presentaron a las reuniones. Se trataba de organizaciones internacionales que suscribieron su apoyo al caso abogando por el reconocimiento de estándares internacionales de derechos humanos, es decir, por un argumento legal-formal dentro del campo jurídico argentino. La mesa, en cambio, parecía una articulación dirigida a abordar asuntos prácticos de implementación de las reglas, y por tanto de reformas prácticas en las políticas públicas. La gran expectativa estaba ahí.

Sin una agenda clara, y con la jurisdicción de la Corte totalmente retraída en la etapa post-sentencia, las conversaciones de la mesa no llegaron demasiado lejos. El gobierno nunca proporcionó información relevante, alegando proteger la *governabilidad*, y mostrando con ello que, si bien tenía voluntad política de administrar cambios en la política criminal y penitenciaria, no la tenía para compartir esa administración o someterla al escrutinio de las organizaciones de la sociedad civil. Así, el demandante y los *amicus*, nunca pudieron articular una estrategia clara, ni siquiera concertada entre ellos, confundidos por el abandono de la Corte, y situados en un espacio que entendían demasiado débil institucionalmente.

A meses de iniciarse el diálogo, el CELS abandonó la mesa por algunos meses. Retomadas las conversaciones, y semanas antes del cambio de gobierno en la provincia, el CELS propuso y consiguió consensuar con las autoridades salientes un reglamento para la mesa. Este reglamento no obligaría a los eventuales signatarios, sino que, se pretendía, obligaría al gobierno entrante.

Ello, por supuesto, no funcionó.<sup>171</sup> El nuevo gobierno nunca asimiló tal reglamentación, y aunque las reuniones continúan, no hay periodicidad, ni rumbo claro.

---

169 En otro lugar hemos criticado la débil *performatividad* de los estándares propuestos por la Corte, manifestando mi falta de confianza en su capacidad normativa, en contexto. Ello debido, entre otras cosas, a la cercanía (histórica, geográfica y política) de las fuentes de producción y el caso concreto. Ver Puga y Lanusse, 2009:184 (nota 30).

170 El *amicus curiae* es un escrito con argumentos a favor de una de las partes del proceso, que se presenta frente a la Corte, en general por expertos, sin ser parte formal del proceso, y a los efectos de ayudar o enriquecer el caso.

171 He participado de cerca en el proceso de gestación de esas reglas, y observado el desarrollo de la estrategia. Con el tiempo, me resulta cada vez más obvio lo ingenuo de la pretensión de atar a una administración política entrante, a reglas gestadas de esa manera.

En síntesis: en términos instrumentales, o de *tecnología remedial*, la intervención judicial fue sin duda un fracaso, el que hasta ahora la Corte no intentó revertir. Por ello, son los efectos indirectos o simbólicos del caso los que vale la pena considerar aquí.

### AGENDA PÚBLICA

Se le atribuye a esta intervención judicial un potencial importante en términos de incidencia en la agenda pública; es decir, en la atención prestada por el Estado provincial al asunto.

El fallo posibilitó incorporar a la agenda pública el problema de las condiciones de detención en la provincia de Buenos Aires [...] puso en tela de juicio la naturalización, por parte de funcionarios políticos, administrativos y judiciales, de la sobrepoblación carcelaria y el abuso de la prisión preventiva, y obligó a adoptar medidas para revertir esta situación reforzando la condición de sujetos de derechos de las personas privadas de su libertad (entrevista al CELS, 2009).

La evidencia más clara en este sentido fue la sanción de la ley 13.449 de prisión preventiva (aunque ella responda a un exhorto de la Corte, o medida indirecta). Otro hecho importante a resaltar, aunque inicia con anterioridad a la sentencia, es el del aumento presupuestario para el diseño del Patronato del Liberado Bonaerense (PLB), el que podría suponer generar alternativas superadoras al encierro.<sup>172</sup> A ello se suman una serie de reuniones intersectoriales, inter-orgánicas y proyectos que no llegaron a concretarse, pero que movieron la agenda y la burocracia gubernamental por un buen tiempo.<sup>173</sup>

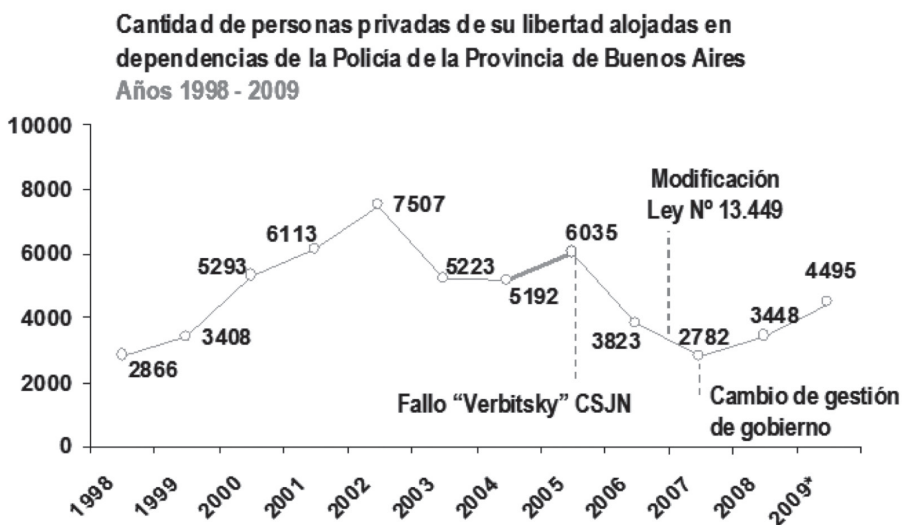
No hay dudas de que el Gobierno de Felipe Solá (2003-7) bajo el marco de legitimación provisto por la Corte, avanzó una agenda de

---

172 "Se declaró la emergencia de la institución (Ley 13.190) y se planificó la transformación de la estructura del PLB, dotándolo de recursos humanos y materiales y aumentando significativamente el presupuesto proyectado". Ver nota 11. Se proyectó un fuerte aumento presupuestario para los años 2004, 2005 y 2006 (2004: 4 millones de pesos; 2005: 10 millones de pesos; 2006: 14 millones de pesos). En 2002 el presupuesto del PLB era de 1,8 millones de pesos. Presentación del Ministerio de Justicia de la provincia de Buenos Aires ante la CSJN con fecha 1 de diciembre de 2004. Ver también a este respecto, Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, *Estado, Justicia y Ciudadanía*, op. cit., Pág. 90 ( CELS, 2009).

173 Entre ellos merece especial atención la presentación en el 2006 del proyecto de Ley de Cupos Carcelarios (A-11/05-06), el que aún no se ha aprobado. Otra iniciativa fue ampliar el número de equipos del sistema de monitoreo electrónico como medida alternativa al encarcelamiento cautelar. Pero en este caso, tampoco nunca se amplió el número de 300 dispositivos iniciales.

política criminal diferente a la del gobierno anterior, y a la del actual gobierno. No hay dudas de que la asociación de sentido entre esta política y la intervención judicial, es responsable en buena medida de la significativa disminución de los detenidos en comisarías en el período 2005-07.<sup>174</sup> En efecto, hacia fines del 2007, el número de detenidos en comisarías se redujo casi en un 50%.



Fuente: CELS, atribuida al Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires.

Nota: Los datos de 2009 corresponden al 4 de junio de ese año.

Esa disminución debió suponer (aunque no hay pruebas de ello) un aliviamiento importante en el hacinamiento denunciado, y un mejoramiento sustancial en las condiciones de privación de la libertad de los presos.

Si se observa el cuadro, se advierte que son varios los factores que podrían haber determinado la variación en el número de detenidos que se registran, y es difícil determinar el grado de influencia de la intervención judicial al respecto. Por ejemplo, en el periodo 1999-2003, la subida estrepitosa de detenidos bien podría atribuirse a la crisis económica

<sup>174</sup> La Corte ya había advertido 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)



del 2001 y la muy alta tasa delictual en ese periodo.<sup>175</sup> Por otro lado, los gobiernos con políticas criminales más duras o represivas (1999-2003, y 2007-9), o más blandas (2003-7), constituyen otro factor a tener en cuenta en la suba y disminución de detenidos.

Desde esa óptica, la sustancial disminución de detenidos en el período 2005-2007 que parece iniciarse con el fallo *Verbitsky*, podría estar influida también por otros factores. Parece claro que la modificación de la ley 13.449 del 2006, incitada por el fallo (aunque propuesta por el mismo Gobierno), sería uno de ellos, pero también se registra una leve disminución de la tasa delictual que se da en el 2007,<sup>176</sup> y un mejoramiento de las condiciones económicas del país a partir del 2004, así como la importancia de la política de seguridad general del gobierno de Solá, iniciada en el 2003.

En tanto, el ascenso del número de detenidos después del 2007, parece estar signado por las políticas criminales más duras del actual gobierno de Daniel Scioli, además que por la situación socioeconómica general.

Aunque las relaciones causales de este tipo son difíciles de determinar a ciencia cierta, sobre todo con tan pocos datos, el gráfico parece reflejar coincidencias muy claras entre

1. El gobierno de Felipe Solá.
2. El caso *Verbitsky*.
3. La reforma de la ley 13.449 por la legislatura provincial (sugerida por el gobernador y exhortada por la Corte).
4. La mejor situación socioeconómica del país, y la baja de la tasa delictual.

Tal conjunción de factores, alineados y asociados entre sí, sin embargo, no perduró, y el periodo siguiente es de retroceso en la materia.

Por ello me permito afirmar que fue la falta de un *remedio judicial estable* o generador de una disciplina penitenciaria con mayor autonomía y estabilidad, lo que contribuyó a la volatilidad de los éxitos alcanzados. En efecto, ni bien cambió el gobierno, cambiaron las políticas de seguridad en consonancia con el clima socioeconómico, de manera que el número de detenidos se volvió a disparar hacia arriba.

Por lo tanto, más que elementos para afirmar la incidencia en la agenda pública del caso *Verbitsky*, los escasos datos disponibles per-

---

<sup>175</sup> La tasa de delitos por cada 100 mil habitantes estuvo arriba de 2000 hasta el 2004. Bajó a 1633 en el 2005.

<sup>176</sup> En el 2007 la tasa delictual baja hasta 1614 delitos cada 100 mil habitantes, mientras en el 2003 la tasa era de 2278, en el 2004 de 2044, y en el 2005 de 1633

miten señalar que el fallo de la Corte coincide *eficientemente* con esa agenda, y legitima su acción episódica.

Tal coincidencia, no obstante, parece ser singularmente fructífera en términos de resultados tangibles para las víctimas (disminución del hacinamiento), aunque tan efímera como el gobierno que sostuvo esa agenda.

## DEBATE PÚBLICO

Durante el trámite del caso, el diagnóstico en el que coincidieron demandante y demandado es que el problema del hacinamiento tenía que ver con los altos índices de encarcelamiento.<sup>177</sup> Tal diagnóstico lleva implícita una crítica al derecho penal y sus dinámicas, como forma de resolver problemas esencialmente socio-económicos. Este es sin duda el contenido ideológico del reclamo, en el que coincidieron el demandante, el gobierno de turno, y la Corte.

Sin embargo, en la sociedad bonaerense no existe un consenso al respecto. De hecho, el actual gobierno emprendió una fuerte política de persecución penal (“mano dura”) y encarcelamiento, amparado en buena medida en el apoyo de la opinión pública.<sup>178</sup> Los jueces locales

---

177 “Cfr. Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, *Estado, Justicia y Ciudadanía*, op. cit., pág. 17. Los destacados son originales del texto. Además, señalaba lo siguiente: “(...) gran parte del aumento de la población carcelaria tiene su origen en diferentes leyes dictadas en la Provincia de Buenos Aires entre las que se destacan la Ley 12.405 de abril de 2000, y la Ley 12.543 de diciembre de 2000. Esas normas incrementaron el uso de la prisión preventiva y limitaron la capacidad de los jueces para otorgar libertades (pág. 18). Su instrumentación produjo el mayor crecimiento de la población carcelaria del que se tenga memoria en la República Argentina. Del mismo modo, la demora en los procesos penales en la Provincia constituyen una importante causa de incremento de la cantidad de detenidos, por cuanto si el cuadro de crecimiento de la población carcelaria es preocupante (más del 100% entre 1997 y 2004) más alarmante aún es el aumento de la cantidad de personas detenidas sin sentencia firme [...] Ello indica que nos encontramos ante un uso desmedido y desnaturalizado del instituto de la prisión preventiva, que lejos de constituir una medida cautelar, opera en la práctica como una pena anticipada, con la que de alguna manera el sistema intenta dar respuesta inmediata o de corto plazo a las expectativas de ‘justicia’ que tiene la opinión pública. claro está que ello se produce en desmedro de los derechos y garantías individuales de los involucrados y que finalmente lo único que hace es posponer y agravar el problema” Cfr. Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, *Estado, Justicia y Ciudadanía*, op. cit., pág. 18 y 19.” (CELS, 2009).

178 “La derecha le da todo el poder a la policía. Pero cuando el progresismo dice “todos los problemas son sociales”, también está tirando la pelota afuera. Y cuando dicen “yo no estoy dispuesto a conducir este aparato represivo, abusivo, corrupto e irrecuperable” es un modo de dejar que ese sistema se reproduzca y autogoberne” en relación a los problemas de seguridad y policía en la Provincia de Buenos Aires, en entrevista a Marcelo Sain “La caja, la cana y la mafia” en *Diario Crítica Argentina*, 6 de mayo de 2008 en <http://www.criticadigital.com.ar/impresia/index.php?secc=nota&nid=3950>

y demás operadores del sistema, parecen responder de manera bastante homogénea al clamor social por una justicia más represiva. Sin embargo, vale hacer notar que sea cuál sea la perspectiva y prognosis del problema que tengan los operadores inmediatos del sistema (tanto los jueces, como los administradores de baja jerarquía), e incluso las mismas víctimas, ello nunca entró en el debate ni judicial ni público.

En este sentido, el mensaje simbólico del caso *Verbitsky* resulta hoy prácticamente silenciado en la esfera pública burguesa de la provincia de Buenos Aires, la que determina, en última instancia, la voluntad política de los operadores jerárquicos del sistema. La debilidad *prescriptiva y remedial* de la sentencia se hace más evidente, frente a la desaparición de un supuesto *potencial simbólico* del caso en la esfera pública.<sup>179</sup>

Es tiempo de asumir que el campo de impacto simbólico de la intervención judicial se dio en el campo jurídico. El discurso de la sentencia posicionó mejor a los juristas que luchan dentro del campo a favor de un sistema procesal penal más garantista, e incluso de ciertas tendencias abolicionistas. Defensores públicos, abogados en todo el país, profesores de derecho, e incluso presos en huelga<sup>180</sup> invocan el fallo *Verbitsky* como la bandera de un *modelo jurídico* a construir.

Todos piden su cumplimiento, pero lo cierto es que el fallo no dio demasiadas pistas acerca de que es lo que hay que cumplir, y en cambio dejó muchas zonas grises a ser llenadas por la discrecionalidad del gobierno de turno (como ocurría con las normas internacionales en el caso anterior). Dice la CSJ en el fallo:

Que reconoce la actora que la actuación judicial tiene sus límites y que en materias tales como la presente *no puede imponer estrategias específicas*, sino sólo exigir que se tengan en cuenta las necesidades ignoradas en el diseño de la política llevada a cabo. En consonancia, acepta que no se trata de que la Corte Suprema defina de qué modo debe subsanarse

---

179 Pero no hay nada que garantice que la situación continúe así. A nivel nacional, importantes políticos y organizaciones de la sociedad civil disputan por estrategias diferentes a la actualmente vigente, y ligan el problema de la cárcel a un problema de “modelo” de política de seguridad.

180 “El 20 de septiembre de 2006, internos de la Unidad N° 9 de La Plata se declararon en huelga de hambre en reclamo por las condiciones de detención y la demora en los procesos judiciales. Paulatinamente, se fueron sumando al reclamo otras unidades como Unidad N° 24 de Florencio Varela, la Unidad N° 1 de Olmos, la Unidad N° 36 de Magdalena, la Unidad N° 30 de Gral. Alvear, la Unidad N° 38 de Sierra Chica y la N° 37 de Benito Juárez, entre otras. Según fuentes periodísticas, al 4 de octubre, 14.400 internos formaban parte de la medida de fuerza. Puntualmente, el reclamo incluía, entre otras medidas: d) el cumplimiento del fallo “*Verbitsky*”.(CELS, 2006)

el problema pues ésta es una competencia de la Administración, en tanto una *Corte Constitucional fija pautas y establece estándares jurídicos* a partir de los cuales se elabora la política en cuestión.” (considerando 26, de la Sentencia de la Corte Suprema Argentina en la causa “Verbitsky”. El énfasis es propio de la autora)

Esta deferencia democrática de la Corte a la administración demuestra, en última instancia, su deferencia a los procesos políticos, los cuales, como evidencia el caso, están presos del clamor mayoritario por políticas represivas que oprimen a las personas privadas de su libertad.

Al permitir que el caso se *judicialice*, y responder con reglas en lugar de remedios prácticos, la Corte le tendió una trampa formalista a las aspiraciones de un trato digno proveniente de las víctimas del sistema penitenciario.<sup>181</sup> Reprodujo burocracia, legitimó una política pasajera y ganó, claro, legitimidad propia.

Es claro que su verdadera deferencia ha sido con el sistema opresivo consolidado por una administración penitenciaria opaca, y presa de los intereses y prejuicios de la opinión pública más reaccionaria.

Frente a los graves daños que sufren día a día las personas privadas de su libertad, amparados por los procesos políticos que excluyen sus intereses no sólo del debate democrático entre poderes, sino en particular de la discusión pública burguesa que influye en ese debate, la necesidad práctica no es la de *deferencia política*. Por el contrario, la Corte debió, al menos, mostrar cierta cautela *epistémica* en relación al campo al que difería la decisión de cómo subsanar un problema tan grave.

Si bien es cierto que la Corte no puede reemplazar a la administración penitenciaria, sí puede impulsar una *recreación de las estructuras de toma de decisiones* penitenciarias para alcanzar estándares mínimos de privación de la libertad. Esas estructuras deberían incluir perspectivas que no estén atadas a procesos y formas políticas, que ya demostraron ser persistentemente excluyentes.

---

181 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, 2000). Este reconocimiento tácito de los valores que se encuentran en disputa en el juego, y el dominio de sus reglas, es también parte de la conciencia práctica de los guardianes de las formas burocráticas, de los grandes *censores epistémicos* del sistema jurídico. Se trata de una conciencia práctica que presupone la necesidad de cierto esquema de formas en el cuál se ha consolidado la situación problemática.





## BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Victor y Courtis, Christian 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. Università di Bologna. N° 1, 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)> acceso Abril, 2008
- Atria, Fernando 2001 “Legalismo, Política y Derechos” en <<http://islandia.law.yale.edu/sela/satria.pdf>> acceso abril de 2008.
- Atria, Fernando 2004 “¿Existen derechos sociales?” en *Discusiones* (Bahía Blanca) N° 4.
- Auyero, Javier y Swistun, Débora 2008 *Inflamable. Estudio del Sufrimiento Ambiental* (Buenos Aires: Paidós).
- Berros, María Valeria 2009 “Aportes posibles del derecho en la intersección entre ordenamiento ambiental del territorio y participación ciudadana (una mirada a partir del caso Mendoza)” ponencia en *V Jornadas Latinoamericanas de Medio Ambiente*. Salta, 13 al 15 de Agosto.

- Binder, Alberto 2007 “La cultura jurídica, entre la innovación y la tradición” en <<http://www.pensamientopenal.com.ar/cdcongreso/ponen30.pdf>> acceso septiembre 2008.
- 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 F. 1997 “Algunas sugerencias para escapar del silencio en las aulas” e *Concurso Jurídico “Hacia el octavo congreso provincial de abogacía”*, organizado por el Colegio de abogados de la provincia de Buenos Aires (La Plata), Octubre.
- 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.
- Botero Bernal, Andrés 2003 *Diagnóstico de la Eficacia del Derecho en Colombia y otros ensayos* (Medellín: Biogénesis/Señal).
- Bourdieu, Pierre 2000 (1987) “Elementos para una sociología del campo jurídico” en *La Fuerza del Derecho* Pierre Bourdieu y Gunther Teubner (Bogota: Siglo del Hombre Editores).
- Bourdieu, Pierre y Wacquant Lóic 2005 (1992) *Una invitación a la Sociología Reflexiva* (Buenos Aires: Siglo XXI).
- Bourdieu, Pierre 1999 (1997) *Meditaciones pascalianas* (Barcelona: Anagrama).
- Bourdieu, Pierre 2007 (1999) *Intelectuales, política y poder* (Buenos Aires: Eudeba).
- Bourdieu, Pierre 2001 (2000) *Poder, Derecho y Clases Sociales* (Bilbao: Desclée de Brouwer).
- Brown, Wendy y Williams, Patricia 2003 *La crítica de los derechos* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores/Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho).
- Bullard, Alfredo y Mc Lean, Ana Cecilia 2002 “La enseñanza del derecho: ¿Cofradía o archicofradía?” en <http://islandia.law.yale.edu/sela/bullards.pdf> acceso 2008.
- Cárcolva, Carlos María 1996 *Derecho, Política y Magistratura* (Buenos Aires: Biblos).



- Cárcova, Carlos María 2006 “Acerca de las funciones del derecho” en *Materiales para una teoría Crítica del Derecho*. Marí Enrique et al (Buenos Aires: Lexis Nexis-Abeledo Perrot) Segunda Edición Ampliada, pp. 141-152.
- CELS 2008 *La lucha por el derecho* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina).
- Cifuentes Muñoz, Eduardo 1997 “La acción de tutela” en *Ius Et Praxis* (Talca, Chile: Universidad de Talca) Año 3, Nº 1, pp. 165-174.
- CLACSO *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales de CLACSO. Crítica y Emancipación* 2008 (Buenos Aires: CLACSO) Año 1, Nº 1.
- Courtis, Christian (comp.) 2001 *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho* (Buenos Aires: Eudeba).
- Courtis, Christian 2005 “El caso “Verbitsky”: ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?” en *Nueva Doctrina Penal*. Nº 2, pags. 529-565.
- Crítica Digital (redacción) 2009 “Greenpeace: El Riachuelo es un papelón” *Crítica Digital* 9 de julio en <http://www.criticadigital.com.ar/index.php?secc=nota&nid=26179> acceso 5 de agosto de 2009.
- Engle Merry, Sally; Griffiths, John y Tamanaha, Brian 2007 *Pluralismo Jurídico* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores/Universidad de Los Andes/Pontificia Universidad Javeriana).
- Fasano, Yanina (2009) Documento de la Junta Interna de Medio Ambiente ATE-CTA Capital (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) Noviembre de 2009.
- Fernández Moores, Lucio 2008 “Fondos previstos originalmente para el financiamiento del Riachuelo. Amplian la denuncia contra Piccolotti por un desvío de plata a Córdoba” *Clarín* 4 de diciembre, en <http://www.clarin.com/diario/2008/12/04/elpais/p-01815574.htm> 5 de agosto de 2009.
- Filippini, Leonardo 2007 “La ejecución del fallo Verbitsky: Una propuesta metodológica para su evaluación”. *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* 3, Leonardo Pitlevnik (ed.) (Buenos Aires: Hammurabi), pp. 148-175.
- Fraser, Nancy 1997 *Iustitia interrupta* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores/Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho).
- Fish, Stanley 1999 *The trouble with principle* (Massachusetts: Harvard University Press).

- Fiss, Owen 1998 (1984) “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.
- García Villegas, Mauricio 1989 “El derecho como instrumento de cambio social” en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* (Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana) N° 86.
- García Villegas, Mauricio (ed.) 2001a *Sociología jurídica* (Bogotá: Unibiblos).
- García Villegas, Mauricio 2001b “Notas preliminares para la caracterización de la democracia en América Latina”, en [http://www.oas.org/Juridico/spanish/mauricio\\_garc%C3%ADa\\_villegas.htm](http://www.oas.org/Juridico/spanish/mauricio_garc%C3%ADa_villegas.htm) acceso 16 de septiembre de 2008.
- García Villegas, Mauricio y Saffón, María Paula 2005 “Is there a hope in Judicial Activismo n Social Rights?”, en [http://dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos\\_publicacion&field=archivo&id=65](http://dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos_publicacion&field=archivo&id=65), acceso 2008.
- Gargarella, Roberto; Domingo, Pilar y Roux, Theunis (eds.) 2006 *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?* (Gran Bretaña: Ashgate Publishing Limited).
- Gargarella, Roberto 1996 *La Justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial* (Barcelona, Ariel).
- Gargarella Roberto 2008 “Injertos y rechazos: Radicalismo político y trasplantes constitucionales en América” en Gargarella Roberto (coord) *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional* (Buenos Aires: Abeledo Perrot) Tomo I.
- Giarraca, Norma 2008 “Viejos y nuevos pensamientos emancipadores en América Latina en *Crítica Digital* Sección El País, 18 de enero del 2009. <http://www.criticadigital.com/imprensa/index.php?secc=nota&nid=18661> acceso, enero 2009.
- Grosman, Lucas S. 2008 *Escaséz e Igualdad. Los derechos sociales en la constitución* (Buenos Aires: Librería).
- Grosman, Lucas S. 2009 “Elogio de las formas” en *Diario La Nación*. Nota de opinión 2 de Marzo de 2009. [http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota\\_id=1104535&high=grosman](http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1104535&high=grosman)
- Habemas, Jürgen, 1979 *Communication and the Evolution of Society* (Boston: Beacon).

- Keck Margaret E, Sikkink Kathryn 1998 *Activist Beyond Borders* (Itaca & Londres: Cornell University Press).
- Kennedy, Duncan 1999 (1986) *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho* (CLS) (Bogotá: Siglo del Hombre Editores).
- Kennedy, Duncan 1997 *A Critique of Adjudication (fin de siècle)* (Maschussets: Harvard University Press).
- Lanata, Jorge 2009 “Cuenca del río envenenado” en *Crítica Digital* (Buenos Aires) 19 de marzo. En <http://www.criticadigital.com.ar/index.php?secc=nota&nid=21993> acceso del 19 de marzo de 2009.
- Lemaitre, Julieta 2007 “Fetichismo legal. Derecho, violencia y movimientos sociales en Colombia” en <[http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/JulietaLemaitre\\_\\_Spanish\\_.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/JulietaLemaitre__Spanish_.pdf)> acceso abril de 2009.
- Lipovich, Pedro 2007 “Un día de explicaciones en la Corte” *Página 12*, Secc. Sociedad 5 de julio. En <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-87624-2007-07-05.html> acceso 5 agosto de 2009.
- Maurino, Gustavo; Nino, Ezequiel y Sigal, Martín 2005 *Las acciones colectivas* (Buenos Aires: Lexis Nexis).
- Nápoli, Andres 2008 “El Riachuelo en la Justicia. La causa Mendoza”, *Power Point* presentado en la clase de la Universidad de Palermo (Buenos Aires) 13 de agosto, inédito.
- Napoli, Andres y Essain, José 2008 “Habemus Sentencia” en *Revista de Derecho Ambiental* (Buenos Aires: Abeledo Perrot).
- Nápoli, Andrés 2009 “Una política de estado para el Riachuelo. Informe Ambiental Anual de Fundación Ambiente y Recursos Naturales” en <[http://www.farn.org.ar/riachuelo/documentos/documento\\_riachuelo\\_plan\\_obras.pdf](http://www.farn.org.ar/riachuelo/documentos/documento_riachuelo_plan_obras.pdf)> acceso Agosto 2009.
- Nino, Carlos 1998 (1973) *Introducción al Análisis del Derecho* (Buenos Aires: Astrea) 2º edición ampliada y revisada, 9º reimpresión.
- 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.
- Nino, Carlos 1992 *Un país al margen de la ley* (Buenos Aires: Emecé).

- Osorio Perez, Flor Edilma 2009 *Territorialidades en suspenso. Desplazamiento forzado, identidades y resistencias* (Bogotá: CODHES- Antropos).
- Perez Murcia, Uprimny Yepes y Garavito, 2007 *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas* (Bogotá: DeJusticia-IDEP).
- Puga, Mariela 2008 “La realización de los derechos en casos estructurales: Las causas Verbitsky y Mendoza” (Buenos Aires: Universidad de Palermo Publicaciones).
- Puga, Mariela & Lanusse Máximo 2009 “El regreso del búmeran” en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* Año 10, Número 1, Agosto, 2009.
- Robbins, Jeremy 2007 “Re-Leyendo los casos ‘Brown V. Board of Education’, ‘Marbury V. Madison’ y ‘Verbitsky, Horacio s/Hábeas Corpus’: Lecciones para el Litigio Estratégico”, en *Nueva Doctrina Penal* (Buenos Aires), N° 1, pp. 73-125.
- Radio La Voz 2007 “Cuestiona en Córdoba el uso de los fondos enviados por Picolotti” [www.lavoz901.com.ar](http://www.lavoz901.com.ar) 5 de agosto de 2007, en [http://www.lavoz901.com.ar/despachos.asp?cod\\_des=43087&ID\\_Seccion=5](http://www.lavoz901.com.ar/despachos.asp?cod_des=43087&ID_Seccion=5) acceso 5 de agosto de 2009.
- Rosenkrantz, Carlos F. 2003 “La Pobreza, la ley y la Constitución” en *El derecho como objeto e instrumento de transformación* (Buenos Aires: SELA-El Puerto) pp. 241-257.
- Rosenkrantz, Carlos F. 2006 “La autoridad del derecho y la injusticia económica y social” y “Réplica a mis comentaristas” en *Discusiones. Derecho y Autoridad* (Bahía Blanca: Universidad Nacional del Sur) Año V, N° 6. pp. 9-58 y 209-241.
- Rosenberg, Gerald 2008 *The hollow hope. Can courts bring about social change?* (Chicago: University of Chicago Press).
- Rodríguez Garavito, Cesar 2006 “Globalización, reforma judicial y estado de derecho en América Latina: El Regreso de los Programas de Derecho y Desarrollo” en Rodrigo Uprimny, Cesar Rodríguez Garavito y Mauricio García Villegas: *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (Bogotá: Norma) 405-470.
- Rodríguez Garavito, Cesar A. y Santos, Boaventura de Sousa 2007 *Derecho y Globalización desde abajo* (Barcelona: Anthropos).

- Sabel, Charles F. y Simon, William H. 2004 “desestabilization Rights: How public Law Litigation Succeeds” en *Harvard Law Review* (Cambridge) Vol. 117, N° 4, february.
- Sachs, Jeffrey D. 1998 “Globalization and the rule of law” en [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Globalization\\_and\\_the\\_Rule\\_of\\_Law.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Globalization_and_the_Rule_of_Law.pdf) .
- 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.
- Sanchez Fajardo Luis Alfonso “Una mirada socio-jurídica al trabajo de la Corte Constitucional Colombiana de 1991 a 2000” Investigación inédita.
- Santos, Boaventura de Sousa 1998 (1995) *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la posmodernidad* (Bogotá: Siglo del hombre Editores/Ediciones Uniandes/Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes).
- Santos, Boaventura de Sousa 2003 (2000) *Crítica de la razón indolente* (Bilbao: Desclée de Brouwer).
- Santos, Boaventura de Sousa 2001 “El Estado y el derecho en la transición postmoderna: por un nuevo sentido común sobre el poder y el derecho” en Courtis Christian (comp.) *Desde otra Mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*. (Buenos Aires: Eudeba) pp. 273-304.
- Shue, Henry 1980 *Basic Rights. Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*. New Jersey: Princeton University Press).
- Silvestri, Graciela (2003) *El color del río. Historia cultural del pasiaje del Riachuelo*. (Quilmas: Universidad Nacional de Quilmes y Prometeo 3010).
- Simon, William H. 2000 (1998) *The practice of Justice* (Massachuset: Harvard University Press).
- Sunstein, Cass & Holmes, Stephen (1999) *The Cost of Rights. Why liberty depends on taxes*. (New York: Norton & Company).
- Tapia Garzón, Lorena 2009 “Riachuelo: Dudas por el destino de los U\$S 840 millones” *Diario Perfil* 10 de junio en [http://www.perfil.com/contenidos/2009/06/10/noticia\\_0031.html](http://www.perfil.com/contenidos/2009/06/10/noticia_0031.html) acceso 5 de septiembre de 2009.
- Teubner, Gunther 2005 *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia).

- UNHCR-ACNUR 2007 *Balance de la política pública para la atención integral del desplazamiento forzado en Colombia* (Bogotá: Pro-Offset Editorial).
- Uprimny Rodrigo y Saffón, María Paula 2008 “Desplazamiento forzado y justicia transicional en Colombia”. Documento Sectorial. (Bogotá: Dejusticia) [http://dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos\\_publicacion&field=archivo&id=31](http://dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos_publicacion&field=archivo&id=31) .
- Ventura, Adrián 2006 “Entrevista con los jueces Lorenzetti y Argibay. La causa del Riachuelo no se resuelve con una sentencia” en *La Nación* en [http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota\\_id=817472](http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=817472) acceso 24 de junio de 2009.
- Ventura, Adrián 2011 “Riachuelo: sospechan del uso de los fondos. Auditaron solo \$581 millones sobre 7400” en *La Nación*, Jueves 17 de Marzo de 2011. En [http://www.lanacion.com.ar/1358016-riachuelo-sospechan-del-uso-de-los-fondos?utm\\_source=newsletter&utm\\_medium=titulares&utm\\_campaign=NLInfoGral](http://www.lanacion.com.ar/1358016-riachuelo-sospechan-del-uso-de-los-fondos?utm_source=newsletter&utm_medium=titulares&utm_campaign=NLInfoGral) acceso 20 de Marzo de 2011.
- Vidal López, Roberto Carlos 2007 *Derecho global y desplazamiento interno* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana).
- Videla, Eduardo 2007 “Falta pasar mucho agua bajo los puentes” *Página 12*, Secc. Sociedad 21 de febrero. En <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-80694-2007-02-21.html> acceso 5 agosto de 2009.
- Viana, Manuela Trinidad 2009 “Cooperación internacional y desplazamiento interno en Colombia: Desafíos a la mayor crisis humanitaria de América del Sur” en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, Año 6, Nro 6, Junio 2009. [http://www.surjournal.org/esp/conteudos/getArtigo10.php?artigo=10,artigo\\_viana.htm](http://www.surjournal.org/esp/conteudos/getArtigo10.php?artigo=10,artigo_viana.htm).
- Vituro, Paula 2001 “El carácter político del control de constitucionalidad” en Christian Courtis (comp.) *Desde otra Mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*. (Buenos Aires: Eudeba), pp. 81-108.
- Yofre, Francisco, entrevista a Homero Bibiloni. “Cloacas y Agua son las Prioridades” En [www.miradasal-sur.com](http://www.miradasal-sur.com) 14 de junio de 2009.

## INFORMES Y REPORTEES

- APOC 2008 “Riachuelo. El Paradigma del descontrol” en *Circular de la Asociación de Personal de los Organismos de Control (APOC)*, en <http://www.apoc.org.ar/html/noticias/circulares/Riachuelo.doc> acceso 30 de julio.
- Auditoria General de la Nación, Abril 2010, Informe sobre la ACUMAR en relación al Plan de Gestión Ambiental de la Cuenca Matanza-Riachuelo. Periodo auditado: noviembre de 2006 a mayo de 2009. [http://www.agn.gov.ar/informes/informesPDF2010/2010\\_146.pdf](http://www.agn.gov.ar/informes/informesPDF2010/2010_146.pdf) acceso 10 de Julio de 2011.
- CODHES 2008 *Boletín Informativo de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento*, Número 74, Bogotá, 25 de Septiembre del 2008. [www.codhes.org](http://www.codhes.org).
- Comisión de Seguimiento a la Política Pública Sobre Desplazamiento Forzoso 2008 *Proceso Nacional de Verificación de los Derechos de la Población Desplazada V Informe a la Corte Constitucional*, Bogotá, Junio 4 del 2008.
- Comisión de Seguimiento a la Política Pública Sobre Desplazamiento Forzoso 2008 Mesa temática sobre superación del Estado de Cosas Inconstitucional. Documento de Trabajo. Victor Manuel Moncayo. Bogotá, Marzo 2008.
- Comisión de Seguimiento a la Política Pública Sobre Desplazamiento Forzoso 2008 Mesa temática sobre superación del Estado de Cosas Inconstitucional. Documento de Trabajo. Henrik López. Bogotá, Marzo 2008.
- Comisión de Seguimiento a la Política Pública Sobre Desplazamiento Forzoso 2008 Mesa temática sobre superación del Estado de Cosas Inconstitucional. Documento de Trabajo. Luis Eduardo Perez Murcia. Bogotá, Marzo 2008.
- Comisión de Seguimiento a la Política Pública Sobre Desplazamiento Forzoso 2008 Mesa temática sobre superación del Estado de Cosas Inconstitucional. Documento de Trabajo. Rodolfo Arango. Bogotá, Marzo 2008.
- Consejería en Proyectos *Evaluando el impacto de intervenciones sobre el desplazamiento forzado interno. Hacia la construcción de un índice de realización de derechos*. Miguel Serrano López Editor.

- Defensoría del Pueblo de la Nación, Colombia 2006 “Informe de Seguimiento a Sentencia T-025” Cumplimiento del auto 337 del 2006. Análisis de Indicadores para la valoración de los avances en la superación del desplazamiento forzado.
- Defensoría del Pueblo de la Nación, Argentina, FARN, CELS, AVB 2008 Presentación ante la Cortes Suprema de Justicia Argentina antes del fallo.
- FARN, Informe Nro. 1, 15 de Julio de 1009. [http://www.farn.org.ar/riachuelo/newsletter\\_riachuelo/NL\\_riachuelo1.pdf](http://www.farn.org.ar/riachuelo/newsletter_riachuelo/NL_riachuelo1.pdf). Ultima consulta 20 de Diciembre de 2009.
- *Greenpeace* 2009 “Plan de rescate para el Riachuelo” Abril [www.greenpeace.org.ar](http://www.greenpeace.org.ar)
- Ministerio de Protección Social. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Pre-términos de referencia para seleccionar el contratista que coordine las acciones de atención a la población desplazada en cumplimiento de la sentencia T025 y el auto 178/05.
- Procuraduría General de la Nación. Colombia 2006 “Conclusiones definitivas sobre cumplimiento de la sentencia T025”.
- “The World’s Worst Pollution Problems: The Top Ten Of The Toxic Twenty” 2008, en <http://www.worstpolluted.org/reports/file/World's%20Worst%20Pollution%20Problems%202008.pdf>. Acceso diciembre 2008.

## **FALLOS Y AUTOS**

- Corte Constitucional. 2004. Sentencia T-025 de 2004.
- Corte Constitucional. 2006. Sentencia C-370 de 2006.
- Autos de la sentencia T025 177/05, 178/05, 218/06, 335/06, 052/06, 278/07, 027/07, 122/07.
- Suprema Corte Argentina “Verbitsky Horacio s/ Habeás Corpus” Recurso de Hecho 3/5/05.
- Suprema Corte Argentina “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental) 08/07/08.
- Suprema Corte Argentina “Badaro, Adolfo Valentín c/ANSeS s/reajuste varios” 26/11/07.



## **LEGISLACIÓN**

### **COLOMBIA**

- Constitución Política de la República de Colombia de 1991.
- Ley 387 de 1997.
- Ley 975 del 2005 (Ley de justicia y paz).
- Decreto 2591 de 1991.
- Decreto 2569 de 2000.
- Decreto 173 de 1998.

### **ARGENTINA**

- Ley 25675 (Ley General de Ambiente).
- Ley 13449 (Ley de reforma de la prisión preventiva).
- Ley 26168 (Creación del ACUMAR).
- Ley 13190 de la Provincia de Buenos Aires (declaración de emergencia del PLBA).
- Resolución 36/09 de la Auditoria General de la Nación.

## **PAGINAS DE CONSULTA**

[www.acnur.org/](http://www.acnur.org/)  
[www.dejusticia.org](http://www.dejusticia.org)  
[www.codhes.org](http://www.codhes.org)  
[www.ilsa.org.co](http://www.ilsa.org.co)  
[www.cels.org.ar](http://www.cels.org.ar)  
[www.farn.org.ar](http://www.farn.org.ar)  
<http://surargentina.org.ar>  
<http://www.avelaboca.org.ar>  
<http://espacioriachuelo.org.ar>  
<http://www.corteconstitucional.gov.co/>  
<http://www.csjn.gov.ar/>  
<http://www.cij.gov.ar/>  
<http://www.jus.gov.ar/>  
[www.perfil.com.ar](http://www.perfil.com.ar)  
[www.clarin.com.ar](http://www.clarin.com.ar)  
[www.página12.com.ar](http://www.página12.com.ar)  
[www.lanacion.com.ar](http://www.lanacion.com.ar)

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

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

<http://www.acumar.gov.ar>

<http://www.apoc.org.ar>

<http://www.avelaboca.org.ar>

<http://www.greenpeace.org>

<http://www.politicadelsur.com.ar/00134/0134lanus03.htm>

<http://partidoobrerosdelanus.blogspot.com/2009/05/acumar-y-el-municipio-de-lanus.html>

<http://www.po.org.ar/node/23330>

## **CUESTIONARIOS VÍA E-MAIL ENTREVISTAS**

María Luisa Rodríguez Peñaranda, Asesora de la Procuraduría General de la Nación (Colombia). Docente – Investigadora de la Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho Constitucional. (17/04/09).

Erika Castro Buitrago. Profesora de la Clínica Jurídica de Medellín, en la que se atienden casos de desplazados. (24/08/09, 2009).

Clara Atehortua Arredondo, profesora de tiempo completo de la Universidad de Medellín, funciones: docencia, investigación y proyectos de proyección social (26/08/09).

Andrés Nápoli, abogado de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (25/06/09).

Centro de Estudios Legales y Sociales CELS, Departamento de Investigación, Septiembre 2009.



