

Litigio Estructural en la Corte presidida por Petrachi 2004 -2006

Mariela G. Puga

I. Introducción - II. Enfoques y terminología - III. Judicialización o deferencia política frente a los conflictos policéntricos - IV. La policentría como forma de relatar los hechos en la *litis* estructural - V. De porqué *Bustos* y *Badaro* son casos estructurales - VI. Pretensión Normativa Estructural (PNE) y efectividad- VII. Los remedios estructurales de *Verbitsky* y *Mendoza*- VIII. Conclusiones -

I. Introducción:

Durante la presidencia del Dr. Enrique S. Petrachi la Corte Suprema de Justicia de la Nación intervino en dos casos estructurales de una trascendencia pública inusual. Dos causas que no solo instigaron a la prensa y a expertos, sino que rápidamente se convirtieron en hitos de nuestra jurisprudencia. Se trató de la causa *Verbitsky* decidida en el año 2005,¹ y el caso *Mendoza*, cuya admisibilidad se resolvió en el 2006² y se tramitó activamente en los años siguientes hasta la sentencia del año 2008.³ En la primera los magistrados juzgaron las condiciones paupérrimas en las que miles de personas estaban privadas de su libertad por el sistema de justicia de la Provincia de Buenos Aires,⁴ en tanto, en *Mendoza* (2006-8) adjudicaron responsabilidades y ordenaron complejas medidas remediales en relación a la contaminación apocalíptica de una cuenca hídrica de 64 kilómetros de largo, la que afecta a cerca de 5 millones de personas.

Aquí se analiza la “teoría de la adjudicación judicial” que sustentaría estas dos decisiones judiciales, y la que lleva a calificarlas de “casos estructurales”. Al detallar los elementos teóricos que las distinguen como tales, se intenta mostrar que aquellos elementos se verifican también en (al menos) otras dos causas falladas por la Corte en el mismo periodo, las que sin embargo no son usualmente calificadas como litigios estructurales por la doctrina. Me refiero aquí a las causas *Bustos* (2004) y *Badaro* (2006), ambas con igual o mayor trascendencia pública que *Verbitsky* y *Mendoza*, las que quizás por no haber sido tramitadas en procesos colectivos, o no haber implicado procesos de remediación compleja, no suelen examinarse en tanto casos estructurales.

¹ “*Verbitsky, Horacio s/ Hábeas Corpus*” llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación por un Recurso de Hecho, y fue decidida el 3 de Mayo de 2005.

² “*Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/Daños y Perjuicios* (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo) CSJN 20/06/2006

³ “*Mendoza, Beatriz y otros c/ Estado Nacional y otros s/ Daños y Perjuicios* (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo). CSJN 8/7/2008 – M. 1569. XL.

⁴ En la demanda se expusieron las condiciones de superpoblación de detenidos y reclusos indicando que “en el territorio provincial funcionan[aban] 340 comisarías cuyas instalaciones permiten albergar 3174 personas, pero que en realidad alojan 6364; haciendo hincapié en que esta situación se agrava notablemente en las seccionales del cono urbano bonaerense, en las cuáles a la fecha de la presentación se hallaban detenidos 5080 personas en celdas que sólo podían cubrir 2068 plazas” (Ver fallo *Verbitsky* 2005, considerando 2).

En la audiencia ante la Corte (2005) la actora señaló un agravamiento de la situación: la población carcelaria había crecido un 31% en el término de 3 años, que a pesar de la construcción de nuevas plazas, el excedente de detenidos era de entre el 30% al 50% de superpoblación.

Buena parte del análisis que sigue refiere a los elementos teóricos de acople entre estas cuatro (4) decisiones de la Corte (*Verbitsky, Mendoza, Bustos y Badaro*) en el intento de desnudar lo que pareciera ser una tendencia estructuralista desplegada por la Corte en el periodo liderado por el Dr. Enrique Petrachi. Hacia el final del trabajo se buscará mostrar cómo esta mirada teórica sobre la adjudicación judicial contribuye a entender mejor tanto las estrategias remediales de la Corte en cada uno de estos casos, como sus efectos jurídicos.

II. Enfoques y terminologías

Las casusas *Verbitsky* (2005) *Mendoza* (2006-8) dispararon una larga lista de interpelaciones y reflexiones académicas desde enfoques muy diversos: ¿Hacia dónde van las Cortes con estas decisiones?, ¿Cómo leer semejante ambición remedial desde el campo jurídico?, ¿Cuál es el límite de la acción de la Corte frente al Gobierno?, ¿Qué hace diferente a estos casos de otros?, ¿Cuánto y cómo las cortes pueden guiar cambios estructurales?, ¿Son legítimas las medidas estructurales tomadas por una juez? ¿Cuánto de innovación procesal necesaria y cuanto de activismo judicial ilegítimo hay en estos nuevos procesos colectivos?...⁵ Estos y otros interrogantes se valieron de términos diversos para referir al fenómeno judicial que se intentaba singularizar. Términos tan misceláneos como los de “casos colectivos”, “litigios complejos”, “casos de impacto”, “casos de interés público”, “casos de derecho público”, “casos estructurales”, “litigio estratégico”, “litigio de derechos sociales”, “litigio de reforma pública”, etc. mostrando en estos usos la gran diversidad en los enfoques disciplinares, así como la pluralidad de apelaciones teóricas con las que se abordó el análisis del fenómeno judicial que se intentaba caracterizar.

⁵ Entre los muchos trabajos que reaccionaron a estos casos, mencionamos los siguientes: *Basterra Marcela I.* (2005) “Procesos Colectivos: La Consagración Jurisprudencial del *Habeas Corpus* colectivo en un valioso precedente de la CSJN. El fallo *Verbitsky*”, en Revista La Ley. Suplemento de Derecho Constitucional, 25/7/2005; *Carnota, Walter F.* (2005) “Un problemático supuesto de habeas corpus colectivo (nota al fallo *Verbitsky*)” en El Dial, www.eldial.com, Suplemento de Derecho Público. Año VIII-Nº 1811, 21/VI/2005; *Sabsay, Daniel Alberto* (2005) “Una decisión que amplía el acceso a la justicia para garantizar la igualdad y el cumplimiento de compromisos internacionales”, en Revista La Ley, 25/08/2005; *Courtis, Christian* (2005) “El caso “*Verbitsky*” ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?” en Colapso del sistema carcelario, Buenos Aires, CELS-Siglo XXI Editores; *Merlinsky, Gabriela* (2009) “La causa Beatriz Mendoza y el conflicto por la apropiación de los recursos naturales en la Región Metropolitana de Buenos Aires” ponencia presentada en el XXVII Congreso ALAS, Bs. As. Argentina, 31/8/09 al 4/9/09; *Gutierrez R.A. & Merlinsky G.* (2010) “Judicialización del conflicto ambiental y coordinación intergubernamental en la Cuenca Matanza-Riachuelo (Buenos Aires) ponencia preparada para el V Congreso Latinoamericano de Ciencia Política ALACIP, Bs. As, 28 al 30 de Julio de 2010; *Berros, María Valeria* (2012) “Relatos sobre el río, el derecho de la Cuenca Matanza-Riachuelo” en Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo (Año I, Número 1, Mayo 2012); y entre los propios: *Puga, Mariela* (2008-A) ¿A dónde va la Corte en las causas *Verbitsky* y *Riachuelo*?: Ni uñas, ni dientes, intervenciones experimentalistas” en Revista del Colegio de Abogados de la Plata Año L, Nro 69, Julio, pp.151-165; *Puga, Mariela* (2008-B) “La realización de los derechos en casos estructurales: Las causas “*Verbitsky*”y “*Mendoza*” en; *Investigaciones Jurídicas Universidad de Palermo* (Buenos Aires: Universidad de Palermo) disponible en <https://www.palermo.edu/derecho/noticias/pdf/Realizacion%20de%20derechos%20-Mayo-2.pdf> ; *Puga, Mariela* (2009-12) *Litigio y Cambio Social en Argentina y Colombia* (Bs. As: CLACSO) disponible en <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20120308124032/Puga.pdf>

Desde el enfoque socio-jurídico los análisis de las causas *Verbitsky* y *Mendoza* incitarían trabajos de investigación orientados a observar al “derecho en acción”. La mirada de los sociólogos del derecho tomó como nominación preferida la de “litigio de impacto”, “casos de reforma estructural”, o “judicialización de conflictos ambientales”, entre otros, para asentar sus observaciones del accionar judicial en estas inusuales dimensiones, y registrar los distintos efectos sociales de la judicialización de problemas de esta magnitud.⁶ Podría decirse que los análisis de la causa *Mendoza*, en particular, contribuyeron en la expansión de campos de investigación que hoy ocupan un lugar central en la agenda socio-jurídica argentina, tales como, la justicia ambiental y el derecho a la ciudad.

Desde el enfoque jurídico prevalecieron los desarrollos de la dogmática procesalista. Las nominaciones favorita de los expertos del derecho procesal serían la de “caso colectivo” (en referencia a la terminología del artículo 43 de la CN), y la de “caso complejo” (en alusión a la participación de muchos actores en el trámite procesal, o por la gran densidad probatoria y de medidas remediales ordenadas). Con este lente los análisis doctrinales se concentrarían en las reglas del trámite colectivo, y en la caracterización y justificación de ciertas eventualidades procesales que se vieron como esenciales a las causas *Verbitsky* y *Mendoza*. Tales, las reglas de legitimación activa colectiva en *Habeas Corpus* y Amparos, las audiencias públicas, los requerimientos oficiosos de informes, dictámenes de expertos, planificaciones y gestiones administrativas. Un asunto de especial interés fue el de los problemas de ejecución de las sentencias, su alcance normativo, y las nuevas figuras como las mesas de diálogo.⁷ Años más tarde, muchas de las conclusiones de estos análisis encontrarían arraigo jurisprudencial en los casos *Halabi* (2009)⁸ y *PADEC* (2013)⁹.

Por otro lado, el enfoque jurídico-político de estos casos vigorizó un significativo debate sobre la intersección entre lo político y lo jurídico a partir de la intervención estructural de la Corte. Los comentaristas con este enfoque cabalgarían sobre términos como “litigio estratégico” o “litigio de interés público” y discutirían cuestiones como el “activismo judicial”, la “judicialización de la

⁶ Ver en este sentido el trabajo citado de *Merlinsky G.* (2009), y el de *Fainstein, Carla* (2016) “La relocalización de la población del camino de sirga de la villa 21-24 ¿erradicación o integración a la ciudad? Representaciones y repertorios de acción colectiva en torno al reasentamiento” en QUID 16, Nro. 5 (Nov. 2015-Octubre 2016).

⁷ En este sentido existen varias decenas de trabajo, a modo ejemplificativo ver *Basterra, Marcela I.* (2005) ob. Cit.; *Carnota, Walter F.* (2005) ob. cit.; *Filippini L* (2007) “La ejecución del fallo Verbitsky: Una propuesta metodológica para su evaluación” en Pitlevnick, Leonardo (ed.) *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* Nro. 3 (Buenos Aires: Hamurabi) pp. 148-175; *Cafferatta, Néstor* (2008) “Sentencia colectiva ambiental en el caso Riachuelo” en *Revista de Derecho Ambiental* (Buenos Aires: Abeledo Perrot)

⁸ “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. – Ley 25.783 – dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986” CSJN 24/02/2009. Frente a la omisión del legislador de regular el artículo 43 de la CN, la Corte establece en sus considerandos, diversas y extensas reglas de admisión de la legitimación activa, y tipos de casos de incidencia colectiva.

⁹ “PADEC c/ Swiss Medical s/ Nulidad de cláusulas abusivas” CSJN 21/08/2013. En ella la Corte reconoce la legitimación colectiva de las asociaciones de defensa del consumidor y precisa aspectos tratados en “Halabi” del trámite de este tipo de procesos como la necesidad de controlar la representatividad adecuada (idoneidad del representante), la importancia de la publicidad y de las notificaciones, y el derecho de los afectados individuales representados por la organización a optar por excluirse de la clase, etc.

política”, la “justicia dialógica”, “la participación ciudadana a través de la justicia”, etc. Les interesará en particular la discusión sobre la legitimidad jurídico-política del uso del derecho desde las agendas de la sociedad civil, el rol político del poder judicial, las reglas de deferencia de éste hacia los otros poderes del estado, en fin, las fronteras entre lo jurídico y lo político.¹⁰

Desde el enfoque de la teoría jurídica, en cambio, el eje del debate se centró en la teoría del caso que encarnaban estas decisiones. Abandonada ya la antológica terminología de “casos políticos no justiciables”, algunos teóricos empezaron a usar la terminología de “litigio público”, o “de reforma pública” con la pretensión de vincular la singularidad de estas decisiones a la racionalidad específica de las reglas del derecho público en el mundo moderno. De manera que la adjudicación judicial del derecho privado se presentaba como el paradigma a preservar, frente a la excepcionalidad difusa de lo público desafiado por la complejidad moderna. Otros, optaron por explicar a *Verbisky* y *Mendoza* a partir de las particularidades (o racionalidades) de cierto tipo de derechos subjetivos. Así, unos se apoyaron en el concepto de “litigio de derechos fundamentales”, mientras otros lo hicieron en el de “litigios de derechos de incidencia colectiva”, intentando marcar cierta sujeción de las singularidades de estos casos, a una racionalidad determinada por el tipo de derechos violados en ellos. Con similar inclinación estuvieron quienes los refirieron como “litigios de derechos sociales”, e incluso como “litigio de derechos humanos”, enmarcándolos así en esquemas de protección más amplios, y justificando sus particularismos a partir de una obligación derivada de los compromisos internacionales del estado argentino.

Varios de estos enfoques vincularon estos casos a los debates siempre vigentes en torno a la exigibilidad de los distintos tipos de derechos humanos (civiles y sociales), o de los tipos de derechos constitucionales (operativos y programáticos), o de los derechos negativos y positivos¹¹, así como a las controversias entorno a las capacidades judiciales para intervenir en temas de gestión pública, o de distribución de recursos públicos.

Finalmente, algunos teóricos desempolváramos la vieja categoría anglosajona que distingue entre conflictos o problemas policéntricos y bipolares, como otra forma de singularizar teóricamente a las decisiones en *Verbisky* y *Mendoza*. Estas categorías se prestarían como un punto de apoyo transversal, tanto para los debates procesales, como para los jurídico-políticos y teóricos

¹⁰ Este enfoque ha transversalizado en buena medida a la mayoría de los trabajos. Entre los muchos trabajos focalizados en la discusión, vale remarcar los de *Gargarella, Roberto* (2006) “La Corte, el Riachuelo y las comisarias” en *Página 12* – Contratapa del 18/07/2016 disponible aquí <https://www.pagina12.com.ar/diario/contratapa/13-70077-2006-07-18.html>, (2007) “Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia en interpretación judicial de la Constitución” en *Tribunales Constitucionales y consolidación de la democracia* (México: Suprema Corte de Justicia de la Nación) págs. 231-268; *Robbins, Jeremy* (2007) “Re-leyendo los casos “Brown v. Board of Education”, “Marbury v. Madison” y “Verbisky, Horacio s/hábeas corpus”: lecciones para el litigio estratégico en la Argentina”, en *Nueva Doctrina Penal* (Buenos Aires: Del Puerto) 2007-A, entre muchos otros.

¹¹ Alguna doctrina sostiene la diferencia entre derechos que exigen que el estado se abstenga de actuar de determinada manera (derechos negativos), y aquellos derechos que imponen al estado la realización de ciertas conductas (derechos positivos). El derecho a que el estado no se entrometa en mi vida privada es un típico caso de derecho negativo, mientras que el derecho a que el estado me provea de un servicio de salud gratuito, aparece como un caso prototípico de derecho positivo.

señalados. Y es precisamente ésta la categoría sobre la que interesa reflexionar en el presente trabajo. En los siguientes apartados se discutirá la idea de casos *policéntricos* como criterio de identificación de los casos estructurales, y su utilidad teórica para los otros debates.

III. Judicialización o deferencia política frente a los conflictos poli céntricos

En otros trabajos definí a las decisiones de la Corte en *Verbitsky* (2005) y *Mendoza* (2006-2008) como “casos o litigios estructurales”. También las referí como aquellas que retratan un conflicto policéntrico, en cuanto categoría teórica opuesta a la de conflictos *bipolares* (Puga 2008-14).¹² Aquí haré un breve recuento explicativo de los avances teóricos respecto a estas categorías de análisis y su utilidad en nuestro sistema jurídico.

La categorización de los conflictos en policéntricos y bipolares suele atribuirse a los juristas norteamericanos Lon Fuller (1978-79)¹³ por un lado, y Abram Chayes (1976)¹⁴, por el otro. Doctrinarios con ideas encontradas sobre los límites de la decisión judicial, pero cuyas propuestas categoriales son usualmente tomada como parte de un mismo marco conceptual.¹⁵

Según suelen entenderse las enseñanzas de Lon Fuller, un problema policéntrico es aquel que implica una larga y complicada red de relaciones interdependientes, tal que, un cambio en una de esas relaciones produce una incalculable serie de cambios en las que están ligadas a ella. Fuller

¹² Puga, Mariela (2008-B) Ob. cit., (2009-12) Ob.cit. (2013) *Litigio Estructural* Tesis Doctoral no publicada, disponible en https://www.researchgate.net/publication/251231477_LITIGIO_ESTRUCTURAL_-_Tesis_Doctoral_Mariela_Puga , (2014) “Litigio estructural” en *Revista de Teoría de la Universidad de Palermo* Año 1, Nro. 2, Noviembre del 2014, pp.41-82

¹³ Fuller, L. (1978-1979) “The Forms and Limits of Adjudication” 92 *Harvard Law Review* 353 El artículo, ya canónico, fue un borrador publicado *post-mortem*. El primer borrador fue escrito en 1957 (según lo explica el editor), y revisado en 1959 y 1961. Es a partir de este artículo que se le atribuye a Fuller la autoría de la idea de “caso policéntrico”, aunque la idea más general de tarea policéntrica, de la que éste abreviaría, proviene del trabajo de Michel Polanyi en *The Logic of Liberty: Reflections and Rejoinders* (Routledge & Kegan Paul, 1951) p. 170 y ss.

Fuller, al igual que Polanyi nunca dio de una definición precisa de tarea o caso policéntrico, aunque su detallada explicación y canónicos ejemplos (la telaraña y el puente) fueron de gran impacto en la teoría del derecho.

¹⁴ Chayes, A. (1976) “The role of the Judge in Public Law Litigation) 89 *Harvard Law Review* 1281 A Chayes se le atribuye el concepto de caso bipolar, precisamente para criticar bajo esta categoría a una perspectiva de la adjudicación judicial asimilable a la defendida por Fuller.

¹⁵ Mientras Fuller refería a los problemas policéntricos como aquellos que constituirían el límite de la actividad judicial, lo que en nuestras pampas llamaríamos “casos políticos no justiciables”, Chayes los veía como la manifestación clara de la forma de judicialización de las nuevas regulaciones públicas del estado de bienestar. Para Chayes la categoría de caso bipolar (la que para Fuller era el paradigma de la adjudicación) no daba cuenta de que los jueces estaban saltado irreversiblemente al otro lado de la supuesta frontera de judicialización, en especial en las más recientes decisiones de la Corte Norteamericana de ese momento, tales como el histórico *leading case Brown vs. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

A pesar de que en el derecho norteamericano la objeción a la justiciabilidad de un caso por su policentría perimió rápidamente, la categoría de caso policéntrico como categoría de análisis nunca perdió del todo actualidad en los debates de varios sistemas jurídicos, incluido el nuestro.

calificaba a esas relaciones interdependientes como múltiples “centros interactivos”, y los ejemplificaba con las uniones de los hilos de una red de telaraña. En esos puntos de unión de la red o centros interactivos, los agentes de la relación interactúan entre ellos a través de negociaciones, intercambios, o de alguna otra manera. Su interconexión determina que una interferencia sobre alguna de esas relaciones impacte en las demás, tal como la tensión aplicada sobre la hebra de una telaraña se distribuye hacia el resto de la red.¹⁶ Visto de esta manera, si los jueces deciden un caso particular que es parte de un problema policéntrico, arriesgan producir efectos indeseables e incontrolables en otras relaciones que no requirieron su intervención jurisdiccional.

Aquí interesa ver que la metáfora de la telaraña es altamente ilustrativa para explicar teóricamente el relato judicial del conflicto decidido en el caso *Verbtsky* (2005). Más aún, lo que permite en realidad es justificar el abordaje no parcializado del caso policéntrico, para así evitar efectos involuntarios por fuera del proceso.

Recuérdese que la Corte Suprema refirió a los hechos no controvertidos de este caso como “una situación genérica, colectiva y estructural” que consiste en la “superpoblación carcelaria” (considerando 23). El tribunal asumió, además, la vinculación de ese hecho genérico con ciertas condiciones específicas de hacinamiento sufridas por los internos, la que reseñó como déficit de higiene, de instalaciones sanitarias, de ventilación, de luz natural, de mobiliarios en los calabozos y de alimentos. Todas ellas violatorias de normas jurídicas que el tribunal refirió con precisión.

Es posible que la Corte haya entendido que una intervención judicial focalizada en cualquiera de esas condiciones de hacinamiento supondría tensionar la compleja red de la superpoblación carcelaria de una manera imprevisible, o previsiblemente indeseable. Es decir, si se reclamaba mejorar la higiene en las cárceles, por ejemplo, ello podría llevar a la reducción de recursos para alimentación, y viceversa. O bien, como efectivamente había ocurrido (según lo denunció la actora en su demanda), cuando se plantearon *habeas corpus* individuales ante los jueces de ejecución a cargo, el efecto obtenido fue que se traslade a los internos de un lugar a otro. Así se alivió la situación de algún amparista, pero se agravaba la de otros, mientras el problema de fondo se mantenía. Esta es la típica situación de interconexión policéntrica a la que refiere Fuller.

Si acercamos la lente del análisis a los detalles con que la Corte presenta el conflicto, se advierte también que al fijar los hechos relaciona explícitamente las condiciones de hacinamiento mencionadas con enfermedades infecciosas, violencia física y sexual entre los internos, riesgos diversos para los trabajadores penitenciarios, vecinos y visitantes. Aquí la Corte pareciera estar hablando ya de un segundo nivel de la red, el cuál emerge vinculado a las insuficientes e inadecuadas condiciones mencionadas antes (la falta de higiene, alimentación, mobiliarios, etc.). En resumen, este relato que vincula condiciones y situaciones está retratando un complejo panorama policéntrico de distintos niveles. Panorama que la Corte inicialmente resume con el

¹⁶ Fuller (1978-79) p. 397.

calificativo de “hecho genérico” de “superpoblación carcelaria”, como si ésta fuera el centro neurálgico de las relaciones antijurídicas descriptas, o su mejor síntesis conceptual.

Finalmente, en su relato el tribunal también enfatiza que el 75% de los detenidos en estas condiciones son personas procesadas con prisión preventiva, y que entre ellos hay, incluso, menores y enfermos (Considerando 24). En estos énfasis podemos ver, quizá, la intención de resaltar algunos de los *puntos interactivos* del conflicto policéntrico sobre los cuáles la Corte va a considerar necesario (o posible, o más urgente) ejercer tensión a través de sus órdenes remediales, previendo en ello efectos positivos. En efecto, esos énfasis adelantan la justificación del resolutorio Nro. 3) de la sentencia, en el que se dispondría el cese de las detenciones en comisarías de menores y enfermos, y del resolutorio 7) en el que se exhortaría a los poderes legislativos y ejecutivos a revisar la legislación procesal penal de la provincia en materia de prisión preventiva y excarcelación.¹⁷

Para Fuller, los problemas con esta fisonomía policéntrica (como la de a superpoblación carcelaria) no deberían judicializarse. Entiende que las limitaciones del proceso judicial y la insuficiente capacidad técnica de los jueces llevarían a que estos casos sean mal decididos. También lo preocupa, y en realidad es otra cara de la misma moneda, el riesgo de que una decisión judicial de este tipo tenga efectos no buscados por fuera de las partes procesales, alcanzando relaciones que no son parte del debate judicial. Ello desnaturalizaría el rol de los jueces y provocaría distorsiones en lo que él consideraba la esencia del proceso, tal, *la participación adversarial, argumentativa, y efectiva de las partes afectadas por la decisión*.¹⁸

Jeff King (2008)¹⁹ propone dos ejemplos paradigmáticos del tipo de problemas a los que teme Fuller, los que en apariencia serían diferentes a las causas *Verbitsky* y *Mendoza*. Por un lado, la fijación del precio de un producto básico, y por otro, la fijación del salario de un empleado. Decisiones judiciales sobre estas cuestiones puntuales, planteadas en casos individuales, podrían afectar indirectamente tanto al precio general del producto, como a la oferta y demanda de

¹⁷ Estas decisiones remediales sobre estos particulares puntos de interacción del problema, y no otros, pueden tener diferentes justificaciones, que no son, sin embargo explicitadas por la Corte. En cualquier caso ambas fueron cumplidas por un tiempo (punto para la Corte en su evaluación de factibilidad) y ello seguramente registra efectos positivos.

¹⁸ Aunque Fuller reconoce que la policentría es una cuestión de grados, insiste en que hay un grado de policentría que convierte a un problema en no justiciable, porque no es la tarea que conviene asignar a las Cortes. Da varias razones para sostenerlo. Por un lado, como ya se dijo, porque el formato del proceso judicial tiene limitaciones para canalizar este tipo de problemas (se los desnaturalizaría para transformarlos en asuntos judiciales) y porque los jueces no están capacitados técnicamente para este tipo de problemas (tenderían a tomar decisiones no ortodoxas fuera de su *expertise*). Por otro lado, es difícil saber quién será afectado por el cambio ordenado en una relación que forma parte de un esquema entrelazado como este. Ello hace temer que la intervención judicial en este tipo de problemas tendrá consecuencias no buscadas por los jueces, en otras relaciones y agentes que no son partes. Para Fuller la esencia de la decisión judicial es precisamente el modo de participación de las partes afectadas en el proceso, al que consideraba el foro de la razón, la argumentación racional y los principios neutrales. Desde que este tipo de casos podría haber partes afectadas que no participarán en el proceso, esa es una buena razón para no judicializarlos.

¹⁹ King, Jeff A. (2008) “The pervasiveness of Polycentricity” *Public Law*, pp. 101-124. Disponible en SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1027625

empleo en el mercado, incidiendo indirectamente en la producción, en las primas de seguros, etc. Es decir, decisiones de este tipo podrían tener repercusiones en otros asuntos y sujetos que están interconectados al asunto individual decidido, y así, sobre sujetos que no aparecen ante los estrados del decisor. Lo interesante del ejemplo de King es que siguiendo a Fuller muestra que no es necesario que el caso se atienda colectivamente para que la decisión alcance a terceros, y que ese tipo de decisiones es bastante usual en la jurisprudencia anglosajona.

Aunque los ejemplos de King cobran relevancia en el marco de un sistema jurídico como el anglosajón donde existe la obligación de seguir el precedente (regla de *stare decisis*), ellos también son pertinentes en nuestro sistema jurídico, sobre todo cuando afinamos el análisis teórico de las decisiones judiciales policéntricas (como se hará en los próximos párrafos de este trabajo). En efecto, como se observará más adelante, la normatividad de la decisión judicial es compleja, no depende sólo de la colectivización del trámite procesal, y no se acaba en el alcance de las órdenes instrumentales/remediales que se dan en la sentencia.

Pero antes de llegar hasta allí es necesario aclarar un poco más el marco de análisis de Lon Fuller. Para ello vale la pena detenerse en otra de las metáforas que el autor ofrece para retratar las características policéntricas de un problema. Me refiero a la metáfora del puente, con la cual ilumina la necesidad de que el decisor subordine el interés de las partes individuales a una definición global de la estructura que conecta ese interés con otros. El autor propone imaginar que las demandas individuales en un conflicto policéntrico son como el reclamo de colocar una viga que sostiene un puente con cierto ángulo de inclinación, digamos, 80 grados. Para responder a ese reclamo, reflexionaría Fuller, el decisor necesita tener una idea previa del puente como “un todo”. Sólo de esta idea estructural puede surgir la respuesta a la pertinencia o no del reclamo individual. En definitiva, la decisión sobre el ángulo apropiado para instalar cada viga del puente está subordinada al diseño del puente o la visión de ese diseño que tiene el implementador de la obra, visión que aquí llamaremos estructural.

Así las cosas, cualquier pretensión individual en un conflicto policéntrico depende de la definición previa de esa visión estructural, o de la *litis* como un todo común o colectivo, en la cual se imbrica la/s pretensión/es individual/es. Esta idea de subordinación al todo es la que parece guiar la primera intervención de la Corte Suprema en la causa *Mendoza* (2006), en la que aquí nos detendremos.

Recordemos que el caso *Mendoza* empieza con diecisiete (17) personas que demandan a tres (3) niveles estatales (nacional, provincial y municipal) y a cuarenta y cuatro (44) empresas, en un reclamo por daños y perjuicios individuales y colectivos a causa de la contaminación de la Cuenca Matanza- Riachuelo. En el 2006, la Corte toma la decisión de asumir su competencia sólo en relación a la tutela del bien colectivo, inhibiéndose del entender en las cuestiones individuales. Entre las razones que provee para fundar esta inhibición, refiere a los diferentes supuestos de causación del daño (basurales, efluentes industriales, cloacales, etc.), los que en su multiplicidad parecerían diluir la posibilidad de una determinación causal adecuada del daño individual de cada uno de los demandados. Después de sentar estas consideraciones, la Corte establece la prioridad

de prevenir el daño futuro y la recomposición de daño ambiental producido, postergando la determinación de los daños individuales irreversibles que en consecuencia se identifiquen. En fin, la prioridad al todo sobre las partes. Entonces, antes de determinar las reparaciones individuales que correspondan a los damnificados, los magistrados eligen concentrarse en el daño colectivo. Ello parecería estar sujetando la determinabilidad de los primeros, a la determinación del segundo.

Sirve tener en cuenta que las decisiones sobre bienes como el ambiente parecen requerir prioritariamente una visión del todo antes de (o para) determinar qué le corresponde a las partes. Mientras Fuller explica esta necesidad prioritaria con la metáfora del puente, algunos procesalistas suelen referir a la indivisibilidad del ambiente en cuanto bien jurídico. Con ello se intenta justificar la necesidad de un abordaje procesal colectivo y una remediación colectiva en este tipo de conflictos. En fin, ya sea porque el ambiente es indivisible material o jurídicamente, o porque los conflictos ambientales son policéntricos e imponen su prioridad estructural sobre los derechos individuales a gozar de él, la idea central siempre será la de la prioridad de una decisión global o estructural. Por otro lado, también parece claro que decisiones parciales sobre alguna de las relaciones individuales interconectadas en un conflicto ambiental como el decidido en *Mendoza*, pueden causar efectos sobre otras relaciones o cuestiones que el juzgador debería tener en vista. Sin embargo, insisto en que son justamente estas las decisiones que Fuller entiende no deberían judicializarse. Tanto porque la visión global de los conflictos correspondería a los poderes políticos y no a los jueces, como porque la legitimidad de la intervención judicial depende de la participación de todos los afectados en el proceso, lo que no sería posible en un caso como *Mendoza* que vincula a más de cinco millones de personas.

La claridad explicativa de ambas metáforas (la telaraña y el puente) y su nítida pertinencia para explicar decisiones de nuestra Corte en *Verbitsky* y *Mendoza*, no nos lleva, sin embargo, a compartir las conclusiones de Fuller respecto a la no justiciabilidad de los conflictos policéntricos. Para empezar, porque la visión crítica de Fuller se asienta en un modelo de proceso judicial en el que el juez es el árbitro de los argumentos dados por las partes y toma decisiones sobre ellos sin afectar a nadie más que a las partes procesales. Este modelo bipolar del proceso se asienta en presupuestos quizás demasiado arcaico para nuestro tiempo.

Será Abram Chayes (1976)²⁰, como ya se adelantó, el primero en cuestionar esa visión ideal-bipolar del proceso judicial en la que se recuesta la posición de Fuller. Chayes enfrenta esa visión ideal con las tendencias de judicialización en el campo del derecho público de la época. Se ocupa entonces de describir las múltiples decisiones policéntricas tomadas por los jueces norteamericanos en ese momento histórico, y asume que ellas efectivamente tienen efectos por fuera del proceso, obligando a los jueces a cambiar dinámicas y motores procesales, pero no a dejar de intervenir en ellas. No ve en esas intervenciones una distorsión del rol judicial sino más bien una respuesta jurisdiccional realista y *aggiornada* a las formas de interacción social de estos

²⁰ Chayes, Abram (1976) "The role of the Judge in Public Law Litigation" en *Harvard Law Review* Vol. 89, Nro. 7 (May, 1976), pp. 1281-1316

tiempos, caracterizada por la burocratización y las formas rutinarias crecientes en el moderno Estado de Bienestar.²¹

Owen Fiss (1979) es aún más contundente en su crítica al ideal bipolar de Fuller, al señalar que probablemente todo el derecho producido por los jueces sea policétrico (no solo los litigios de derecho públicos a los que refiere Chayes), y que la misma doctrina del *stare decisis* (obligación del precedente) lo es.²² Más adelante Fiss propondrá la idea de “demandantes innominados”, como aquellos que no participan en el proceso (a diferencia de los demandantes nominados) y que son alcanzadas por la decisión judicial, con el propósito de discutir las reglas de representación y de trámite que resguarden su derecho de defensa en los trámites colectivos.²³

Es oportuno tener presente que a pesar de estas influyentes oposiciones a las ideas de Fuller sobre el límite a lo justiciable, ellas continuaron ejerciendo cierta influencia en la teoría del derecho occidental, en distinto grado, y en distintos tiempos y lugares. Muchos juristas de relevancia considerarán aún a esta categoría (la de problemas policéntricos) como el límite a la intervención judicial.²⁴ Aun aceptando que la policetría es una cuestión de grados, como el mismo Fuller lo hacía, estos autores continuaran viendo en cierto grado de policetría de un problema, una buena razón para la deferencia judicial a los poderes políticos.

No obstante, es necesario también dar cuenta de que los términos de este debate van mutando conforme el avance teórico. El trabajo citado de Jeff King (2008) demuestra (con múltiples y convincentes ejemplos) que la policetría es en realidad una característica omnipresente en las decisiones judiciales del derecho anglosajón actual, y que esa omnipresencia se ha ido incrementando con el tiempo. King también demuestra que muchas veces ella está en la ley (en la hipótesis operativa de la norma), haciendo inevitable el abordaje policéntrico por parte de los jueces en su función adjudicativa. Este parece el caso en la decisión en *Mendoza* (2006-8), donde las reglas de protección del derecho al medio ambiente sano que son aplicadas, tienen como

²¹ Abram Chayes refiere a esta nueva tendencia en los casos judiciales como “un reflejo de nuestra creciente conciencia de que un montón de interacciones públicas y privadas importantes —quizás las más importantes en la definición de las condiciones y oportunidades de vida de la mayoría de la gente— se gestionan sobre bases rutinarias o burocratizadas y no pueden ya ser visualizadas como transacciones bilaterales entre individuos privados” (Chayes: 1976, 6) (la traducción es propia).

²² Fiss, Owen (1978) “The forms of Justice” 93 *Harvard L. Rev.* 1 p. 43. Para el autor la decisión judicial es un “proceso social por el cual los jueces le dan significado a nuestros valores públicos”. Desde este ángulo postulará un modelo de adjudicación en el que lo esencial no es la participación en el proceso de los afectados por la decisión, sino la obligación del juez de ser imparcial y participar en un diálogo cuya agenda no controla, confrontar y responder las quejas que se le plantean, justificando su decisión en valores públicos.

Fuller, que por otro lado también era consciente del problema impuesto por la doctrina del precedente, recomendaba simplemente morigerarla.

²³ Ver Fiss, Owen (1996) “La teoría política de las acciones de clase” en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* Año 1, Número 1, Abril 1996 (Buenos Aires: Universidad de Palermo) pp. 5-12.

²⁴ King señala que a pesar de que la “llama policéntrica ha disminuido a un tenue parpadeo en el pensamiento legal norteamericano..., [ese concepto] continua ejerciendo una influencia poderosa sobre el derecho inglés en relación a la justiciabilidad y la deferencia judicial”. Cita entre los autores ingleses a Geoffrey Marchall y Sossi L. entre otros. Ver King (2008) ob. Cit. P. 10-11.

hipótesis operativa casos genéricos policéntricos²⁵, cuya aplicación judicial no puede sino configurar casos estructurales.

King va aún más lejos, y denuncia el uso sesgado de la categoría policéntrica por algunos jueces ingleses. A través de una ilustrativa exégesis jurisprudencial carga contra la inconsistencia de auto-restringir el poder jurisdiccional en casos de derechos sociales con argumento similares a los de Fuller respecto a la policentría de los problemas. En tanto, “en materia de derecho impositivo los jueces usualmente deciden conflictos altamente policéntricos sin dudar sobre su competencia”.²⁶ De esta forma el autor anglosajón no sólo intenta demostrar que la policentría es un rasgo omnipresente en el derecho, sino además, que su utilización como justificación de la justiciabilidad es selectiva, o al menos ha estado fuertemente sesgada en el sistema jurídico inglés.

Afortunadamente los jueces argentinos son menos proclives a desatender demandas de judicialización de derechos sociales en base a argumentos que toman como excusa a la policentría. Ello puede tener que ver con la inexistencia de una obligación del precedente en nuestro país (lo que rebajaría la percepción del impacto estructural -por fuera del proceso- de las decisiones judiciales en casos no-colectivos), o también podría relacionarse con la menor cuestionabilidad de los derechos sociales en un sistema que, como el nuestro, los incorpora en el bloque de constitucionalidad. Sea cuál fuera la razón, es claro que la categoría de la policentría no ha interpelado fuertemente a nuestros tribunales como un límite a la justiciabilidad de los conflictos, y por el contrario, tiende a aparecer como el fundamento que subyace a la decisión de imprimir un trámite colectivo a ellos, y dar así representación procesal a los intereses de quienes no participan en el proceso pero podrían verse afectados por la decisión.

No obstante, entre nuestros juristas influyentes hay quienes sostienen la obligación de deferencia judicial basada en alguna combinación del argumento de la policentría del conflicto, con formas subrepticias de distinción entre derechos positivos y negativos.²⁷ En efecto, aunque esta última

²⁵ Obsérvese en este sentido las hipótesis de daño ambiental planteadas en los artículos 27 al 31 de la Ley 25.675 (Ley General de Ambiente).

²⁶ “La interpretación de las normas tributarias tienen ramificaciones significativas para el tesoro público así como sobre la operación de los mercados o las grandes transacciones... Los objetivos subyacentes a la legislación fiscal son múltiples, altamente complejos e interdependientes con otros objetivos sociales... las cortes, en comparación con la Agencia de Impuestos, es una institución menos competente para entender la naturaleza de esos objetivos y los mejores medios para alcanzarlos. Mientras un tribunal escucha ocasionalmente apelaciones y solicitudes de revisión judicial en asuntos impositivos, la Agencia de Impuestos y los Tribunales Administrativos que escuchan apelaciones sobre valoraciones de impuestos tratan exclusivamente con asuntos impositivos. La agencia de impuestos tiene un rango más flexible de poderes para evaluar los ingresos probables y, por tanto, las consecuencias redistributivas de cualquier acción o interpretación particular. De hecho, la discreción ejercida al decidir si litigar un asunto dado es considerable, como señaló Tiley. Sin embargo, no hay un llamamiento generalizado al Parlamento para que retire a los tribunales de este dominio de la ley... Aquí no se sugiere que los tribunales no son [o que deban ser] deferentes a los Tribunales de Ingresos o Fiscales. Está claro que lo son. Pero lo que se vuelve más claro en el siguiente tratamiento es que lo hacen mucho menos que en la revisión de las decisiones de asignación de recursos públicos” (King, J. (2008) Ob. Cit. p. 23-24) (la traducción es propia).

²⁷ Ver en este sentido el trabajo de Lucas Grosman, ex decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Andrés en Argentina. El jurista parece desdeñar la distinción entre derechos positivos y negativos al

distinción también ha sido vastamente criticada (la de derechos positivos y negativos)²⁸ como base para distinguir el terreno de lo justiciable, ella tampoco ha desaparecido del todo. King ha mostrado también el sesgo político-conservador escondido detrás de esta última distinción, revelando que más allá de que estemos a favor o en contra de distinguir entre derechos positivos y negativos, en el estado de la teoría actual ya no podríamos pretender que esta es una distinción que refleja una racionalidad meramente analítica. Afirma que la distinción se sostiene en la creencia de moral-política respecto a que el derecho debe servir a la preservación del *status quo* en materia de distribución de bienes y recursos.²⁹ En este sentido, establecer como frontera de la judicialización a los casos policéntricos que se asientan en demandas de derechos positivos, resulta la herramienta teórico-conceptual predilecta de juristas que compartirían esta particular moralidad política conservadora.

Hecho este recuento de ejes teóricos para el análisis jurisprudencial (y de sus sesgos) se podría colegir que en el marco del derecho argentino la categoría de problemas policéntricos, como se la presentó aquí, resultaría útil para decodificar teóricamente los litigios a que usualmente llamamos estructurales, como el caso *Verbitsky y Mendoza*. La policentría del esos conflictos es una

comienzo de su trabajo, para reactualizarla subrepticamente en la idea de “precondiciones del estado” (que generarían derechos del tipo negativos), y la de “funciones del estado” (respecto a las cuáles también él sólo reconocería derechos negativos a no ser discriminados en las prestaciones). Así, en su trabajo se limita la justiciabilidad de los derechos positivos, que aparecerían en los casos en los que él llama del “paradigma de la escasez” (concepto que por impreciso, no resulta menos polémico en el uso que le da el autor). Las razones que vuelven no justiciables los casos que encajan en este último paradigma (todos casos de derechos positivos) claramente funcionan de forma muy similar a las que llevan a Fuller a sostener la no justiciabilidad de casos policéntricos que aquí comentamos. Incluso sostiene Groxman que el problema de la policentría señalado por Fuller solo aparece en los casos en que hay escases de recursos (sick). Entiende que en esos casos “la decisión de conceder un beneficio social a una persona implica que las necesidades de otras personas permanecerán insatisfechas. Estas personas, sin embargo, no han participado del proceso. De hecho, no hay forma de que lo hagan...” Aunque el autor no cree que esto quite legitimidad al proceso, en diferentes pasajes de su obra liga los mismos problemas de la policentría a los casos que llama de escases, los cuáles cuando suponen demandas de derechos positivos para él no serían justiciables. *Grosman, Lucas (2008) Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la constitución* (Buenos Aires: Librería) pp. 126.

²⁸ Ver entre las críticas más conocidas al credo conservador detrás de la distinción entre derechos positivos y negativos la de Cass Sunstein en “Constitutionalism after the New Deal” (1987) 101 Harvard L Rev 421, p. 502, y su libro con Stephen Holmes (1999) *The cost of rights. Why liberties depends on Taxes* (New York, London: W.W. Norton & Company)

²⁹ Para alguno de estos juristas, la distinción entre derechos negativos y positivos (derechos a que el estado se abstenga de intervenir en mis asuntos, y derecho a reclamar una actividad estatal) explicaría que sí pueda revisarse judicialmente la actividad tributaria del estado, por ejemplo, y no su acción en relación a beneficios sociales. Detener el avance del interés recaudador del estado sobre la propiedad de los sujetos a través de los impuestos sería legítimo, pero no así, el avance de las reivindicaciones distributivas de los sujetos sobre los recursos del estado.

King otra vez enriquece esta discusión argumentando que tal distinción entre derechos positivos y negativos tiende a sugerir que el credo en que el derecho debe privilegiar el *status quo* ante la intervención estatal tributaria, no hace sino exponer valores morales substantivos que simplemente dan una mayor prioridad a la distribución existente de la sociedad sobre otras pretendidas por los legisladores a través del reconocimiento de derechos. Estos valores apuntan a discutir la competencia judicial para intervenir en ciertas causas, como un asunto diferentes, e independiente al de la policentría del problema, aunque la use como excusa. (King, J.:2008, p. 21-22)

categoría que resulta de especial utilidad para explicar tanto la colectivización del trámite procesal, así como el origen de algunas eventualidades procesales en esos casos (en particular los relativos a la representación). Ella también podría ser de utilidad para particularizar (aunque no cerrar) los debates relativos a la competencia y deferencia judicial en un marco conceptual más preciso que el presentado hasta aquí.

Estas bondades teóricas justifican que avancemos un poco más en calibrar los alcances de la categoría de problemas policéntricos en el marco de un sistema jurídico sin obligación de seguir precedentes como el nuestro, y teniendo en cuenta los estándares jurisprudenciales demarcados por nuestra Corte Suprema de Justicia en el periodo en análisis. Mayores precisiones permitirían demostrar que la policentría no aparece sólo en casos con trámite colectivo, como *Verbitsky* y *Mendoza* (aunque sirva para justificar su colectivización), sino también en casos con trámites individuales y con sentencias acotadas a las partes, como son *Bustos* (2004) y *Badaro* (2006). Con ello se apreciará mejor la tendencia estructuralista en el periodo jurisprudencial en análisis, la que desde este trabajo se intenta singularizar.

IV. La policentría como forma de relatar los hechos en la *litis* estructural

Cuando Fuller refiere a problemas policéntricos pareciera referirse a hechos observables; hechos de la realidad cuyas características definitorias desaconsejan su justiciabilidad en el marco de un modelo ideal de adjudicación judicial. Sin embargo, la cuestión de la policentría también puede referirse a las formas de describir hechos probados en el proceso, en otras palabras, el formato de de lo que llamamos la *litis* (o incluso en la descripción de los hechos operativos previstos en una norma)³⁰. Es con esta última acepción de la policentría que analizamos hasta aquí las decisiones de *Verbitsky* y *Mendoza*.

Entiendo que es importante advertir estos diferentes sentidos de policentría, ya que lo que ocurre en el mundo empírico puede ser previsto de diferentes maneras en el hecho genérico de una norma, y sobre todo, puede ser representado de formas diferentes en la narración judicial del conflicto a decidir (la *litis*). La discusión teórica requiere precisión respecto a qué policentría referimos cuando usamos esta categoría de análisis. La que aquí interesa es la policentría de la *litis* judicial, en cuanto predicado fáctico de la regla de decisión judicial.

³⁰ Desde la teoría analítica las reglas o normas tienen dos partes esenciales, un predicado fáctico (también conocido como hipótesis operativa o *prótasis*), y un consecuente normativo. Los hechos descriptos en el predicado fáctico son generalizaciones descriptivas que exigen una instanciación frente a los conflictos concretos, a través del ejercicio de adjudicación (Ver Schauer, Frederick (1991-2004) *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana* (Madrid-Barcelona: Marcial Pons).

Si bien en general esta distinción conceptual está pensada para el análisis de las reglas legales (emitidas por el legislador) aquí se utiliza también para referir a la regla derivada, o regla que el juez instaura (interpretando reglas legales) para decidir el caso concreto.

Entonces, la decisión judicial teóricamente significativa en términos de justiciabilidad no es la de intervenir en hechos de la realidad que sean esencialmente policéntricos, sino en narrarlos de esa forma. Para aprenderla debidamente, es preciso notar que cuando los jueces narran un conflicto de acuerdo a lo acaecido (y probado) pueden optar por (o verse impelidos a) relatarlo como un conflicto bipolar, entre dos partes que debaten la significación de un hecho discreto del pasado, o como un conflicto policéntrico. En este último caso, lo retratan como un conflicto con ramificaciones interdependientes que transvasan los intereses de quienes son parte en el proceso judicial ante sus estrados.

Un ejemplo, en parte sugerido por Owen Fiss, nos invita a mirar de cerca este asunto de particular relevancia para la teoría de la adjudicación judicial y sus límites. Imaginemos por un momento un hecho de violencia arbitraria contra un individuo joven de un barrio marginal perpetrado por un agente de la policía. Consideremos la posibilidad de que ello ocurra en un contexto de extendida violencia policial en contra de jóvenes marginales. Así las cosas, el hecho podría relatarse como un conflicto individual, discreto y particularizado, que tiene como autor al agente de policía, quien resultaría responsable frente a la víctima en la medida de su acción individual. La evaluación judicial retrospectiva de esa acción del pasado será el patrón de medida de la responsabilidad individual de una de las partes procesales hacia la otra.

Pero los mismos hechos también podrían narrarse como la instanciación de una práctica extendida de brutalidad policial, dirigida a una clase de personas de la cual el actor procesal es solo un miembro. En este último caso la responsabilidad sería más amplia, quizá de toda la fuerza policial. De tal forma que aquellos individuos que fueron y son potenciales víctimas de esa práctica, serían también sujetos agraviados en esta *litis*, aún sin participar como demandantes. El interés actual y futuro de estos sujetos innominados³¹ determinaría una decisión menos preocupada por la acción pasada de este policía, y en cambio, asentada en análisis prospectivos de la práctica.

Lo que se intenta mostrar con este ejemplo es que la forma de narrar judicialmente el conflicto es la que involucra o desvincula a otros en la decisión judicial, y así determina evaluaciones inclinadas a lo retrospectivo o a lo prospectivo. Pero además, sea cual fuera la narración del conflicto que se elija ella siempre constituirá el predicado fáctico o hipótesis operativa de la regla de decisión judicial (más allá de cual sea la regla legal que se esté instanciando en el caso). De manera que la *litis*, al determinar sobre qué se va a decidir, determina el alcance de la regla de decisión judicial.

Ello es así porque las reglas judiciales no se construyen en abstracto. Si el juez elige un relato policéntrico para describir el conflicto o *litis*, está dando un paso normativo decisivo. Está optando por instaurar una regla de decisión que tendrá un alcance más amplio, y estará orientada a regular más casos que aquel que relaciona sólo a las partes ante su estrado. Inversamente, si elige el

³¹Ver Fiss, O. (1996) obra citada en la nota 23.

primer relato más discreto, la regla de decisión judicial sólo alcanzaría al policía abusivo y a la víctima que lo demanda.³²

Obsérvese que estamos hablando del alcance normativo de la regla de decisión judicial, y no del alcance normativo de las órdenes instrumentales/imperativas que los jueces efectivamente dictan en sus resolutorios para remediar o responder a las específicas demandas de los actores ante sus estrados. Los remedios judiciales, como se verá más adelante, tienen un alcance normativo que no siempre coincide con el alcance normativo de la regla de decisión.

Desde este ángulo teórico, la expresión “litigio estructural” o “caso estructural” calificaría a las intervenciones judiciales que expanden normativamente el territorio de lo justiciable más allá de los intereses de las partes procesales. Ello no depende estrictamente de una propiedad empírica del conflicto que se aborda, sino más bien de cómo el juzgador define ese conflicto en la *litis* que va a decidir. Finalmente, la normatividad estructural a la que refiero, tampoco depende del alcance de las órdenes remediales de la sentencia (Ver Puga: 2013-14)³³, sólo es relativa al alcance de la regla de decisión judicial determinada por la definición de la *litis*.

La expansión del territorio de lo justiciable en los casos estructurales (con *litis* policéntricas) se nos presenta como un hecho jurídico antes que como un asunto empírico. Basta que la normatividad de la decisión pretenda regular jurídicamente relaciones que trascienden a las partes procesales para que estemos ante un caso estructural. Ello será así, aun cuando tal pretensión regulativa no se haga efectiva en los hechos, o no esté acompañada de remedios judiciales vinculantes que pretendan hacerla efectiva para todos los casos alcanzados por la regla de decisión.

Para entender mejor esta última racionalización teórica, el mejor ejemplo del que disponemos son los casos estructurales del periodo jurisprudencial en análisis: *Bustos (2004)* y *Badaro (2006)*.

V. De porqué *Bustos (2004)* y *Badaro (2006)* son casos estructurales

³²Quizás uno de los ejemplos más elocuentes de nuestra jurisprudencia reciente es el caso “*La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ acción posesoria de aguas y regulación de uso*” decidido por la Corte Suprema Argentina el 1ero de Diciembre de 2017. La provincia de La Pampa demandó a la provincia de Mendoza aludiendo un incumplimiento convencional en relación al uso del Río Atuel (río inter-jurisdiccional), asunto que había sido objeto de una decisión previa de la Corte. Frente a la objeción de cosa juzgada, la Corte en el 2017 señaló que el caso ahora ante sus estrados no es aquel caso bilateral que enfrentaba a los intereses provinciales, sino un caso ambiental que requiere una visión policéntrica que dé cuenta de los intereses que exceden el marco de los intereses meramente estatales. Interesantemente, dando cuenta de un cambio en la configuración de la *litis* traída a sus estrados, la Corte decide en un caso que de otra manera le hubiera estado vedado por el principio de la cosa juzgada.

³³ Nótese que me aparto aquí de otras definiciones de caso estructural que se asientan en la perspectiva de Owen Fiss (1978) referida al alcance de lo que llaman la *structural injunction* (Ob. Cit. en nota 22).

El caso *Badaro* fue decidido en dos etapas, entre el 2006 y el 2007.³⁴ En la primera resolución la Corte exhorta al Congreso a cambiar la ley previsional, y en la segunda, le concede el reajuste jubilatorio al demandante. Adolfo Badaro había demandado en nombre propio por su derecho individual a la movilidad jubilatoria (artículo 14bis de la Constitución Nacional) impugnando una norma general del sistema previsional que en ese momento no le garantizaba dicha movilidad. Para analizar el derecho al ajuste de sus haberes, la Corte evaluó la validez del sistema previsional vigente en relación al significado de la norma constitucional sobre la movilidad jubilatoria. Es decir, sopesó y comparó dos sistemas regulatorios expresados en la ley infra constitucional 24.463, por un lado, y en el artículo 14bis de la Constitución Nacional, por el otro. Esta operación de interpretación normativa (entre reglas infra constitucionales y constitucionales) fue el eje de los extensos análisis y debates doctrinarios.

Aquí se propone otro ángulo de análisis del caso. Propongo identificar la regla que la Corte creó para fundar su decisión, más allá de las reglas legales (infra constitucionales y constitucionales) de las cuáles la derivó. Como ya sostuve antes, la interpretación judicial de las reglas generales no ocurre en abstracto, sino en relación a un caso que se define como *litis* en la sentencia. Propongo entonces reflexionar sobre esa *litis*, en cuanto base fáctica que determina el alcance de la regla de decisión judicial.

Importa entender cómo la regla con la que se decide *Badaro* tiene una pretensión normativa cuyo alcance sobrepasó al caso del señor Adolfo Badaro, alcanzando a otros jubilados en similar situación a él, pero quienes no participaron en este proceso judicial.³⁵ Es decir, a pesar de estar decidiendo un caso individual y vincular en su orden remedial solo al actor del caso, la Corte imbricó en su regla de decisión los intereses de muchos otros jubilados en la misma situación de

³⁴ La Corte dictó dos resoluciones relevantes en este caso. En la primera, del 8 de agosto de 2006, definió la *litis* juzgando la invalidez del sistema previsional, y exhortó al Congreso de la Nación para que dictara las disposiciones necesarias para adecuar el sistema previsional a las reglas constitucionales invocadas (se habla aquí de una orden de reenvío al Congreso). La segunda resolución es del 26 de noviembre de 2007, en los mismos autos. En esa oportunidad, ya frente a la omisión del Congreso de responder a su exhortación, dictaminó un reajuste completo sólo de los haberes del demandante, y desde el 2002, de acuerdo a los índices de salario del INDEC, ordenando se abone el nuevo haber y las retroactividades conforme a la liquidación.

³⁵ *Badaro* no es el primero, ni el último caso en este sentido, pero sí el que más consecuencias regulativas ha tenido. El primer paso lo dio el caso *Sánchez (2005)*. En esa oportunidad, la Corte restituyó el 82% al denunciante y "restableció el derecho a la movilidad". En la causa *Badaro*, tomó en cuenta dos variables: el costo de vida y la suba de los salarios. Siguiendo esta lógica, consideraron que por el período 2002/2006 debían otorgar un aumento del 88,57 por ciento. En un caso posterior -*Elliff (2009)*- continuó en esa línea. Mientras en *Badaro* afectó a los que se jubilaron antes de 1993 y en el curso del mismo año, regidos por la ley 18037, en el caso *Elliff* la Corte amplió la aplicación del estándar al grupo de jubilados comprendidos bajo la ley 24.241, es decir, aquellos que accedieron al beneficio entre 1993 y 2006. En esta última sentencia la Corte detalla aún más su estándar, y establece que se aplique el índice de salarios del INDEC entre enero de 2002 y diciembre de 2006, para ajustar el haber de este jubilado. Más aún, agrega otro estándar para el cálculo de la actualización, estableciendo que la ANSES debe recalcular el haber de inicio de un jubilado aplicando la actualización al valor de los salarios cobrados durante los últimos diez años de actividad. Es el promedio de esos años el que se toma en cuenta para calcular la jubilación inicial. (Ver en Pérez Zavala y San Giovanni: 2009)

Badaro: todos aquellos que percibían más de \$1000 y se jubilaron antes o durante 1993. Insisto, esta imbricación no es producto de la aplicación analógica del caso de Badaro a esos otros casos, sino de la definición del caso o controversia que la Corte realiza en su sentencia, donde los incluye en la definición del caso genérico que define en la *litis*.

Adviértase, para empezar, que el análisis del tribunal no se asentó en las características individuales o particulares del señor Badaro, ni en algún factor que distinga a este caso, de otros típicos (los previstos en las normas constitucionales e infra constitucionales referidas). Las particularidades del caso del actor que se rescatan son sólo aquellas que lo muestran como instancia de una clase particular de casos, a la que se le aplican las normas legales. Así evalúa en primera instancia que:

“(…) la política de otorgar incrementos sólo a los haberes más bajos trae como consecuencia el achatamiento de la escala de prestaciones y provoca que **quienes** contribuyeron al sistema en forma proporcional a sus mayores ingresos se acerquen cada vez más al beneficio mínimo, poniendo en igualdad de condiciones a **los** que han efectuado aportes diferentes y **quitándoles** el derecho a cobrar de acuerdo con su esfuerzo contributivo” (Considerando 12° de Badaro, 2006) (La negrita es nuestra y tiene el propósito de acentuar el uso del plural en la evaluación de los elementos de juicio)

Insisto en advertir que el juicio de la Corte no se asienta en algún especial daño infringido al señor Badaro, sino en el daño que sufre la clase de contribuyentes de la que Badaro es miembro. Su agravio individual depende de cómo se defina el daño de los jubilados de su clase: aquellos a quienes no se les ha incrementado los haberes en las políticas previsionales recientes.

Esta presentación de los hechos que hace la Corte parece confirmar lo que Chayes señalaba respecto a los casos de litigio público (estructurales, en este trabajo). Son “un reflejo de nuestra creciente conciencia de que un montón de interacción públicas y privadas (...) se gestionan sobre bases rutinarias o burocratizadas que no pueden ya ser visualizadas como transacciones bilaterales (...)”(Chayes, A., 1976:6)

Sintomáticamente, el tribunal define a la *litis* en sus propios términos, desplazando los propuestos por el demandante. Así, el derecho individual de Badaro dependerá del nuevo agravio estructural que establece la Corte en la *litis*:

“Que la **movilidad** de que se trata **no es un reajuste por inflación**, como pretende el actor, sino que es una previsión con profundo contenido **social referente a la índole sustitutiva de la prestación jubilatoria**, para la cual es menester que su cuantía, que puede ser establecida de modo diferente según las épocas, mantenga una proporción razonable con los ingresos de los trabajadores” (Fallos: 293:551; 295:674; 297:146; 300:616; 304:180; 305:611, 770, 953; 308: 1848 y 310:2212... (Considerando 14°, *Badaro, 2006*) (La negrita es propia) ver parentesis

Ahora bien, es posible que en este particular momento de nuestra historia cultural resulte difícil pensar el derecho del señor Adolfo Badaro en otros términos que no sean policéntricos. La tendencia es a reflexionar jurídicamente sobre su derecho como parte del derecho colectivo de la clase de los jubilados a la que él pertenece. Aquellos que según la Corte no tienen un derecho individual al ajuste por inflación, sino un derecho colectivo a la proporcionalidad con los ingresos de los trabajadores. Sin embargo, también es cierto que el caso pudo haberse narrado de manera diferente. La Corte pudo atender a las particularidades del actor, o a las propias de los derechos individuales a la propiedad. Desde un relato más discreto, también podría haber explicado la no aplicabilidad de la ley previsional sólo respecto al actor, o la inconstitucionalidad de ella sólo en relación a él. Pero en cambio, los magistrados eligen postular una visión global del problema en la *litis*, una visión como la del puente de Fuller. Desde esa visión global la inconstitucionalidad de la ley previsional es en relación a todos los miembros de una particular clase de jubilados. En este sentido *Badaro* será un caso estructural al igual que *Verbitsky* y *Mendoza*. Un caso en el que la Corte presidida por Petrachi establece una regla de decisión cuya pretensión regulativa se extiende por fuera de las partes del proceso y alcanza a todos los jubilados en la misma situación que Badaro.

Ello explica porque el caso *Badaro* fue el disparador de una corriente litigiosa que desbordaría los tribunales federales de todo el país por más de 10 años, hasta que una ley del Congreso Nacional estableciera finalmente un mecanismo de ajuste y de acuerdo judicial entre el Estado y los jubilados afectados (Ley 27.260 de Reparación Histórica). En otras palabras, la llamada pretensión normativa de la decisión de la Corte en *Badaro* es la que alcanzaría a esos otros jubilados, a pesar de que el remedio judicial en este caso no los vincule de forma imperativa.

El caso *Bustos* (2004) también fue un caso estructural como *Badaro*, con una *litis* policéntrica y una “pretensión normativa estructural” (PRE) en la regla de decisión. Detenerse en la *litis* de *Bustos* y en su pretensión normativa permite verificar el marco teórico propuesto.

El afamado caso *Bustos* (2004) refería a la cuestión del llamado “corralito financiero”. Con estos términos se nombró a la singular situación generada a instancias del decreto 1570/01, la ley 25.561 y el decreto 214/02. De acuerdo a ese régimen el Estado Nacional quedó habilitado para dictar medidas de restricción de la disponibilidad de los depósitos bancarios en todos los bancos del país. Entre esas medidas estableció la conversión a pesos de aquellos depósitos efectuados en moneda extranjera a una paridad sensiblemente inferior a la del mercado libre. “Ello dio lugar a la promoción de una cantidad extraordinaria de acciones de amparo por parte de quienes se sintieron afectados por tales medidas, lo cual generó una situación sin precedentes en los tribunales federales de todo el país” (Considerando 7º del caso *Massa*, 2006³⁶). Hasta ese momento, los tribunales venían dando sentencias contradictorias entre sí, en casos que por lo general eran definidos en términos bipolares.

³⁶ “*Massa*, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional – dto.1570/01 y otro s/amparo ley 16.986” CSJN, 27 de Diciembre del 2006.

La decisión de la Corte en *Bustos* (2004) impuso una pretensión regulativa estructural (en adelante *PRE*), invalidando con ello su propio precedente en *Smith* (2002).³⁷ Eso fue posible precisamente porque la Corte cambió el relato de los hechos. Mientras en *Smith* juzgó una causa individual en términos bipolares, en *Bustos* definió un caso, que podría ser análogo, de forma policéntrica, llegando así a un resultado diferente.

Smith (2002) había azuzado una litigiosidad de resultados contradictorios en todo el país. Distintos jueces ordenaban devolver, o negaban la devolución de los depósitos en dólares a los depositantes conforme a las características particulares de los casos y las interpretaciones divergentes del sistema jurídico que aplicaban. En tanto, en *Bustos* (2004) le niega la devolución de depósitos al demandante en base a una *PRE* con la que parece haber iniciado el camino inverso, el del cierre de la litigiosidad.

El carácter policéntrico o estructural de las premisas del caso *Bustos* salta a la vista desde el comienzo. En el considerando 14º se señala que:

“(…) el caso tiene una gravedad institucional de insospechable trascendencia por el **impacto** que el pago más o menos inmediato tendría **sobre la economía, las finanzas y, en verdad, sobre la vida nacional**. Sería, pues, gravemente imprudente dejar de considerar las **consecuencias** de un fallo de esta Corte en las presentes circunstancias. Un *fiat iustitiae peream ego peremmundis*, hacer justicia aunque se caiga el mundo, en rigor no es hacer justicia sino destruir las bases mismas de las relaciones en las cuales se persigue hacer valer la llamada justicia...” (La negrita es propia)

La preferencia por un enfoque policéntricos en la definición de la *litis*, centrado en las consecuencias que trascienden a las partes, resulta clara. En especial cuando el tribunal aparta de su análisis la pretensión regulativa bipolar (en adelante *PRB*) de juzgar el caso como un asunto contractual y discreto entre el Banco depositario y el actor depositante. En cambio, elige considerar el caso desde una perspectiva más general. En el considerando 14º afirma:

“Hacer justicia conmutativa, singular y pura entre bancos y depositantes sin atender el contexto de las enormes injusticias **distributivas** existentes y **las nuevas que sobrevendrían**, conculca la idea misma de justicia a secas, legal o general o como quiera llamársela en doctrina...” (La negrita es propia)

“La justicia conmutativa que debe presidir las relaciones contractuales no puede entrar en conflicto con el interés general o el bien común, con el bien de todos y no sólo el de algunos...” (son dos párrafos separados???)

Al apartar los criterios de justicia conmutativa típicos de la disputa bipolar, la Corte introduce criterios distributivos propios de las disputas policéntricas.

³⁷ “Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ Sumarísimo” CSJN, 1ero de Febrero de 2002.

Es claro que no se trató de sopesar el interés del depositante con el dogmático interés “de los otros”, o “el interés general”, representado formalmente en la ley estatal. Este hubiera sido el tipo de respuesta implícita en la doctrina de las “razones de conveniencia y oportunidad” que exige una deferencia judicial amplísima a los poderes políticos. En cambio, el tribunal se asentó en una descripción bastante más precisa del conflicto policéntrico entre distintas clases de ahorristas, y otros sujetos del mercado. En el considerando 13º señala de manera esclarecedora:

“(…) reconocer que a los depositantes en dólares se les devuelva sin más demora el mismo importe de la moneda extranjera en que se registraron sus depósitos implicaría la creación de una **clase privilegiada**, que no sólo se habría beneficiado... sino que ahora percibiría cantidades que... tendrían un poder adquisitivo en el mercado interno considerablemente mayor a lo de lo originariamente depositado.” (La negrita es propia)

La *litis* instaurada imbricó así el interés del señor Bustos como parte del interés colectivo de los ahorristas en dólares, y se empezó a tratar a Bustos como el representante de los intereses de una clase de sujetos: aquellos que pretendían tener un “excepcional” poder adquisitivo en el mercado interno al recibir dólares del sistema financiero. De esta forma, el derecho individual a la propiedad de lo depositado por Bustos quedó subordinado a los límites del interés de su clase. En el razonamiento de la Corte, el alcance del interés de Bustos dependía del alcance del interés del colectivo de depositantes en dólares, al igual que en la metáfora del puente de Lon Fuller.

Desde este marco de análisis el tribunal desestima el reclamo individual de Bustos basado en derechos contractuales y de propiedad privada y que lo enfrentaría al banco depositario, y que proponía a una *litis* bipolar. Consideró en cambio que su reclamo es parte de un interés colectivo, el que podría resultar privilegiado frente a la emergencia. Sólo en este relato cobra sentido la aplicación del principio de igualdad del artículo 16 de la CN, como regla distributiva entre clases de actores del sistema financiero.

La evidencia más clara del abordaje de una causa estructural, y de su anclaje en la idea de intereses de clases, se deja ver en el voto del magistrado Raúl Zaffaroni cuando señala que “se impone un tratamiento diferenciado de depositantes de cuantías mayores y menores”. El magistrado proporciona estándares específicos de valores para devolver los depósitos en dólares a los depositantes de menos de U\$S 140.000, y no hacerlo en relación a los demás. En fin, la pretensión de este juez era refinar la regla distributiva general establecida por la mayoría de la Corte, en atención a la diferente situación de los miembros innominados de la clase, generando así subclases de ahorristas.

VI. Pretensión Normativa Estructural (PNE) y efectividad

Como se señaló antes, la primer decisión de *Badaro* (2006) definió una *litis* policéntrica y exhortó al Poder Ejecutivo y Legislativo para que tomaran las medidas necesarias para adecuar la política de haberes jubilatorios a la PNE de la decisión. El exhorto de la Corte no fue atendido ni por el

Legislativo ni por el Ejecutivo, con lo cual la PNE de su regla de decisión quedo, en principio, sin efectividad. En el año 2007 la Corte dictó una sentencia definitiva en *Badaro* (2007), ahora sí con una orden remedial imperativa y vinculante, pero dirigida únicamente a las partes procesales. La regla de decisión seguía siendo la misma, con la misma PRE del 2006³⁸ aunque sin remedio estructural. Todo ello ocurría sin que el trámite procesal se hubiera colectivizado.

Una manera de explicar las etapas de esta decisiones podría empezar por distinguir entre la pretensión normativa (PN) de una decisión judicial y la orden regulativa (OR) o remedial de esa misma decisión. La PN, como ya se adelantó, refiere al alcance de la regla de decisión del caso, determinada por la *litis*. La OR, en cambio, es un mandato o un conjunto de mandatos instrumentales, vinculantes, y operativos dirigidos a remediar o dar efectividad a una parte o a toda la PN de la decisión. En *Badaro* la PN fue estructural porque la *litis* sobre la que se resuelve fue policéntrica, pero la OR fue bipolar, en tanto el resolutorio de la decisión sólo se dirigió a las partes en el expediente. Al hacerse efectiva esta OR, se dio una efectividad parcial a la PNE.

La litigiosidad masiva que se generó después de la decisión de *Badaro* es explicable desde su PNE y no desde su OR. En efecto, aunque la OR de *Badaro* se limita a los actores procesales, la PNE que los trasciende imbrica normativamente a todos los casos que se incluyen en la definición de la *litis*. A ellos se les aplica la regla de *Badaro* no por analogía, sino porque la decisión de la Corte los vincula también aunque sin orden operativa. El seguimiento homogéneo de la decisión por parte del resto de los tribunales inferiores verifica esta normatividad.

La ANSES,³⁹ en cuanto demandada en todos los casos, lejos de aceptar la regla de *Badaro* opuso una estrategia de defensa, apelación y expresión de agravios sistemática, periódica y flexible.⁴⁰ Esta estrategia mantuvo atiborrados a los tribunales federales de todo el país, de casos similares, y por varios años. Hacia finales de 2010 se hablaba de 362 mil causas abiertas (diario *Perfil*, 20/06/2010). Se decía, en ese momento, que “[d]urante el transcurso de los últimos cinco años, la cantidad de juicios contra el ANSES se multiplicó por cuatro...” (Abogados.com.ar, 22/03/2010).⁴¹

³⁸Que, en cuanto a la proyección de la presente decisión sobre la numerosa cantidad de pleitos en los que se debaten controversias similares, cabe recordar que las consideraciones expuestas en el presente fallo en torno al ajuste de la prestación del actor por el período reclamado **se limitan únicamente al caso concreto reseñado**: ése es el acotado ámbito de debate traído en esta oportunidad a conocimiento del Tribunal... (Considerando 23°, *Badaro*, 2007) (La negrita es propia)

³⁹ Sigla que refiere a la Administración Nacional de la Seguridad Social, organismo de la Administración Pública Nacional encargado de la aplicación y gestión de las políticas previsionales.

⁴⁰ En las distintas oficinas de los abogados de la ANSES de todo el país circulan, y aparecen pegadas en las paredes, distintas “Guías de apelaciones”, “Pautas para consentir sentencias”, extensos documentos llamados “Tips de Defensas” que demuestran la existencia de una estrategia sistemática, organizada y reflexiva del organismo frente a los litigios fundados en el caso *Badaro*. Este dato, junto con alguna copia de los Tips, me fue proporcionado por profesionales que trabajan en las oficinas del ANSES.

⁴¹ En la misma nota de 2010 se señala: “De acuerdo a los datos de la Cámara Federal de la Seguridad Social, los Juzgados de Primera Instancia de la Seguridad Social recibieron durante los últimos 45 días 14.605 nuevos expedientes por juicios de jubilados, habiéndose sorteado 4.715 causas en segunda instancia, superando de esta manera la cantidad de causas sorteadas en igual período del año pasado, cuando se alcanzó un record de demandas.

Hacia el 2010, mientras los abogados de la ANSES llevaban adelante coordinadamente esa estrategia de defensa litigiosa, el Poder Ejecutivo también instauró una política sistémica de desobediencia a un alto porcentaje de sentencias condenatorias. La magistrada suprema Argibay acusaba a la ANSES de que “no paga (...) incluso cuando hay sentencias que obligan a pagar, insiste con no pagarlos y trata de llegar hasta la Corte” (diario *Perfil*, 20/06/2010). El hecho denunciado por Argibay se hizo claro cuando en 2011 se supo que el gobierno, en su plan presupuestal anual, había reducido aún más los montos destinados a cancelar fallos favorables a los jubilados. Cuando el gobierno ya cargaba con 420 mil juicios, e iban ingresando otros 100 mil por año, el presupuesto de 2011 alcanzaría sólo para cancelar unas 20 mil sentencias.⁴² El problema de la litigiosidad fue convirtiéndose en un escándalo a voces. Los jubilados con sentencia firme a su favor debían esperar a tener mejor suerte al año siguiente para cobrar, o fallecían durante la espera. Unos pocos cobraban sus haberes actualizados en cumplimiento de sus sentencias, y otros no demandaron por desinformación o falta de recursos, o porque los costos del litigio superaban al beneficio.

Aún en esta situación la Corte nunca colectivizó el caso *Badaro* ni emitió una orden regulativa estructural (en adelante ORE) que vinculara de forma imperativa al ANSES para dar plena efectividad a su PNE en *Badaro*. Recién en el 2016 el Congreso de la Nación sancionó la ley 27.260 de Reparación Histórica de Jubilados y Pensionado previendo un mecanismo de acuerdo judicial con los demandantes para cobrar ajustes de haberes, y de acogida al beneficio para los que no hubieran demandado, reconociendo con ello, en parte, la PNE del caso *Badaro*.

El propósito de este relato es señalar la existencia de una PNE en la sentencia *Badaro* (2006-7) como base explicativa de este intenso devenir litigioso que termina con una ley nacional. Es plausible pensar que si *Badaro* no se hubiera asentado en un caso con este grado de policéntrica, los niveles de litigiosidad alcanzados serían diferentes en cuanto la regla de decisión comprendería de manera más imprecisa a casos similares. Es en este importante sentido que *Badaro* fue un caso estructural al igual que *Verbitsky* y *Mendoza*, cuya PRE parece haber alcanzado una efectividad bastante alta después de más de una década de litigiosidad, que empujó a una ley nacional.

También vale la pena repasar las circunstancias que rodearon a *Bustos* (2004). En este caso, inversamente, la litigiosidad fue previa a la decisión, y empezó a detenerse con ella. La primera intervención de la Corte Suprema en los casos del “corralito financiero” había sido dos años antes en el caso *Smith* (2002). En esa oportunidad, con una *litis* que no alcanzaba a ser policéntrica el alto tribunal había validado la devolución en dólares de los ahorros a un ahorrista que litigaba contra el Banco Galicia, impugnado las primeras medidas de la emergencia financiera. *Smith* (2002) fue antecedido y precedido por resoluciones contradictorias entre sí. El escenario

De esta manera, se estarían presentando un promedio de 500 juicios contra la ANSeS por día, correspondiendo la mayoría de los reclamos a reajustes de haberes...”

⁴² Hacia mayo de 2012 se hablaba de 18.400 sentencias firmes pendientes de pago (diario *La Nación*, 16/05/12). En noviembre del mismo año se hacía referencia a 250.000 expedientes en trámite en relación a *Badaro* (diario *La Prensa*, 4/11/2012) Así, “por cada sentencia que liquida el ANSES ingresan cinco nuevos juicios.”

distributivo se estaba transformando en escandaloso. Por un lado se encontraban los ahorristas a quienes se les aplicaban las reglas del “corralito” (dado que no litigaban, o lo hacían con resultado desfavorable); y por otro, los que eran exceptuados judicialmente por la aplicación de la regla de *Smith* (2002), por analogía, o por la interpretación de otras particularidades de los casos presentados.⁴³

En *Bustos* (2004) la Corte decide en sentido contrario a su decisión en *Smith* (2002), pero sobre todo, esta vez lo hace con una PN claramente estructural, fundada en una *litis* policéntrica. Tampoco colectivizó la causa (como en *Badaro*), ni llamó a los otros ahorristas miembros de la clase, ni hizo uso de facultades instructivas o extraordinarias para mejor saber y entender las políticas que estaba juzgando, ni extendió los efectos de su OR a ninguna otra relación que aquella que unía a Bustos con el Banco demandado. En fin, juzgó a solas los intereses colectivos en juego, y postuló por sí misma una regla distributiva de base estructural producto de una evaluación prospectiva.

Aunque el fallo no detuvo inmediatamente la litigiosidad, y las disonancias distributivas continuarían un tiempo más (a raíz de la desobediencia de los tribunales inferiores de su decisión)⁴⁴, la Corte volvió a intervenir en otras ocasiones insistiendo con similar PNE. *Bustos* tuvo un impacto regulativo importante al disminuir los incentivos para que los ahorristas acudan a la justicia, y empezó el camino para detener la litigiosidad sobre la materia. Finalmente, será la decisión de la Corte en la causa *Massa* (2006) la que intentará poner fin a las heterogéneas respuestas judiciales con estándares claros para las devoluciones de depósitos en el marco de la PRN de *Bustos*, y declarando la constitucionalidad del nuevo tipo de cambio (en cuanto facultad soberana del Estado).⁴⁵

⁴³ Dice la Corte, años más tarde, que “los beneficiarios de esas medidas [refiriéndose a sentencias en casos individuales que fueron favorables a los ahorristas] han obtenido un lucro indebido a costa del sistema, en definitiva del país, y de quienes encontrándose en similares circunstancias no solicitaron o no obtuvieron ese disparatado beneficio” (Considerando 15º de *Massa*, 2006).

⁴⁴ Según Manilli, “Pocos fallos en la historia del máximo tribunal fueron tan ignorados por los tribunales inferiores como éste: los amparos siguieron prosperando tanto en primera instancia como en casi todas las Cámaras Federales del país” (Manili, P., 2007:1133)

⁴⁵ También señaló que para ese momento la pesificación (conforme a los índices establecidos por la legislación de emergencia, más los intereses según la reinterpretación de la Corte) no violaba el derecho a la propiedad de los depositantes. En fin, el alto tribunal volvió a mirar el caso de manera estructural, pero cambiando los elementos de juicio conforme al nuevo contexto. Ya no era relevante especular qué pasaría en el futuro con la clase de los depositantes en caso de devolverse sus depósitos en dólares, ya que el futuro había llegado. La regulación cambiaria había dejado de ser una “reforma” que confrontaba con el *status quo* (en particular con el precio del dólar en el mercado libre), para ser el régimen del *status quo*. Para la Corte, la devolución en los términos de la legislación de emergencia, y de los intereses (según el ajuste judicial), no violaba ningún derecho de propiedad. Señala Manili: “La síntesis sería «como los números cierran, no hay inconstitucionalidad alguna». No obstante, podría observarse que el juicio sobre el nuevo estado de cosas que realiza la corte no es sino la confirmación de su profecía inicial en *Bustos* en el considerando 13º respecto a que si se devolvieran los depósitos en dólares, se crearía «una **clase** privilegiada, que no sólo se habría beneficiado... sino que ahora percibiría cantidades que... tendrían un poder adquisitivo en el mercado interno considerablemente mayor a lo de lo originariamente depositado»”.

Otra vez nos encontramos ante un caso estructural que no se colectiviza, con una OR que efectiviza solo una parte de la PRE de la decisión, pero que aun así parece alcanzar en el largo plazo, e insistiendo con su PRE, cierta efectividad regulativa.

VII. Los remedios estructurales de *Verbitsky* (2005) y *Mendoza* (2006-8)

Al momento de las decisiones en *Verbitsky* (2005) y *Mendoza* (2006-8) ya habían pasado más de diez años desde la reforma constitucional de 1994, y se habían alcanzado varios consensos teóricos sobre los procesos colectivos y los derechos de incidencia colectiva. Aun así, la intervención del más alto tribunal de la república en causas judiciales de esta magnitud sorprendió a los juristas de entonces. El paisaje de un trámite judicial colectivo en el que se juridizaban asuntos que involucraban a miles, y hasta millones de personas, resultaba particularmente inusual. Que ello ocurriera a instancia de una Corte Suprema que llamaba a audiencias públicas, donde interpelaba directamente a funcionarios y a sociedad civil, aparecía como una escena espectacular de la democracia constitucional que rápidamente hechizó a legos y expertos. Sin embargo, lo que volvió a estas causas instancias revolucionarias de nuestra jurisprudencia fue el desafío remedial abordado por la Corte a través de procesos ambiciosos de ejecución de sentencias. En efecto, tanto en *Verbitsky* como en *Mendoza* se dictaron una multiplicidad de órdenes regulativas (OR) en el marco de esquemas remediales destinados a alcanzar la efectividad completa de sus pretensiones normativas estructurales (PNE).

En *Verbitsky* el esquema remedial consistió en una combinación de órdenes regulativas (OR) directas e indirectas. Entre las OR directas, la Corte dispuso que las autoridades competentes hicieren cesar las detenciones de menores y enfermos, así como las situaciones que importen un trato cruel, inhumano o degradante hacia los detenidos. Exhorto, exitosamente al Ejecutivo y Legislativo provincial para que revisen las leyes de prisión preventiva y excarcelación (y así lo hicieron). También emitió órdenes que podríamos llamar de remediación indirectas, como la de producir información particularizada y remitirla a los jueces de ejecución, producir información periódica para la Corte, y llevar adelante una mesa de diálogo entre el Ejecutivo y organizaciones de la sociedad civil intervinientes como demandantes y *amicus curiae*. Mientras la mayoría de sus OR directas tuvieron una efectividad muy alta, la órdenes indirectas parecen haber sido abandonadas por la misma Corte. A diferencia de lo que sucedería luego en *Mendoza*, la Corte y los demandantes parecieron desistir del espacio de ejecución de la sentencia como terreno de remediación, y la PRE de *Verbitsky* resultó extraordinariamente inefectiva.

En tanto, en *Mendoza* (2006-8), la sentencia empezó por hacer responsable al Gobierno Nacional, Provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de la ejecución del Plan Integral de Saneamiento para la Cuenca Matanza-Riachuelo, el que había sido exigido al gobierno durante el

Los defensores de la racionalidad de *Bustos* pueden ver en él, de alguna forma, una profecía auto-realizada, en cuanto acompañó a las causas que llevaron a las condiciones del *status quo* que se juzgan en *Massa* (2002).

proceso, y revisado por expertos convocados por la corte antes de que esta dictara sentencia. La Corte había engorrido el proceso antes de la sentencia y a través de múltiples ordenes de mejor proveer consiguió preparar las circunstancias para una ORE realmente ambiciosa. El esquema remedial de la sentencia creo un micro sistema jurídico para administrar la ejecución del plan (que previamente la Corte había ordenado hacer al Ejecutivo), tomando los mismos objetivos rectores y plazos que este tenía estipulado, y generando un sistema de sanciones (multas en caso de incumplimiento). Estableció con claridad la responsabilidad directa de una autoridad administrativa de la Cuenca (la ACUMAR)⁴⁶, y la sometió a la supervisión de un juez de ejecución especialmente designado al efecto.⁴⁷ Generó además dos dispositivos externos de fiscalización de la ejecución del plan. El primero, la Auditoria General de la Nación a cargo del control financiero, y el segundo el Defensor del Pueblo que junto a cinco organizaciones de la Sociedad Civil estarían a cargo del control de gestión (conocidos como el “cuerpo colegiado”).

Este remedio estructural dirigido al objetivo de dar efectividad a la PRE de recomponer la cuenca Matanza-Riachuelo, se implementaría en un esquema gradual y de largo aliento, el que estaría bajo la supervisión judicial, administrativa y popular.⁴⁸ El mismo sigue en marcha, con decenas de avances y retrocesos, de parabienes y críticas. Mucho se ha aprendido en el proceso, y mucho aún falta por aprender.

Entre lo aprendido, advertimos que las OR que forman el remedio judicial suelen verse como formas normativas que se justifican pragmáticamente. Ellas suponen y/o expresan la elección de ciertas herramientas para alcanzar determinados objetivos, componiendo así la idea de lo que podemos llamar *remedio* judicial.⁴⁹ Vistos de esta manera, no habría diferencias esenciales, o categoriales, entre esas formas de intervención regulativa de base pragmática (remedios judiciales), y las tareas que asume un gerente empresarial, o el administrador de un micro o macro proyecto estatal. Pero además, lo importante es que si nos tomamos seriamente este punto de

⁴⁶ Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo, ente inter jurisdiccional creado por ley 26.168 (2006). Ver <http://www.acumar.gob.ar/>

⁴⁷ 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. En el considerando 9) del fallo del 2008 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.

⁴⁸ Para Abramovich y Curtis, “El litigio complejo o de reforma estructural está dirigido a obtener la revisión judicial de una violación de gran escala, que involucra una situación colectiva, y que requiere una solución que no se agota en una orden única, sino que exige ponderación de múltiples factores, especificación de las medidas a adoptar, un cronograma de cumplimiento gradual, y evaluación de la implementación.” (Abramovich, V. y Curtis, C., 2006:149).

De acuerdo a Rodríguez Garavito, este litigio implica “órdenes de compleja ejecución: el juez de la causa, mediante estas órdenes, instruye a varias entidades públicas para que emprendan acciones coordinadas que protejan toda la población afectada, no sólo los demandantes del caso concreto” (Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Franco, D., 2010b:87-88)

⁴⁹ En efecto, como señalara Owen Fiss (1979), los jueces siempre toman decisiones “instrumentales” en la instancia remedial, es decir, decisiones que no son meras opreacones de hemenéutica normativa, sino que se asientan en un razonamiento de medio a fin. Los jueces eligen entre varias alternativas de medios disponibles, aquel o aquellos que pueda/n resultar eficaces para arribar a ciertos fines regulativos.

vista, lo justo es evaluar a las decisiones remediales desde una perspectiva prioritariamente pragmática antes que desde la lógica jurídica, o política.⁵⁰

Los comentaristas suelen referir al esquema remedial de *Verbitsky* y *Mendoza* como remedios judiciales complejos, por estar compuestos por diversas órdenes prácticas dirigidas a reestructurar, reorganizar o reformar agencias o instituciones, o a controlar la instauración de una política pública que satisfaga los derechos vulnerados. Los remedios complejos no son un asunto nuevo o una particularidad del litigio estructural. Las intervenciones judiciales complejas son usuales en los casos de concursos y quiebras de instituciones comerciales, incluso en materia de adjudicación administrativa en casos de derecho de la competencia. Diversas órdenes de variado carácter, en distintas etapas, con instancias de cumplimiento parcial, largos periodos de supervisión judicial, designación de síndicos para la fiscalización, etc., muestran al procedimiento de concursos y quiebras comerciales como el más desarrollado de los remedios judiciales complejos dirigido a la reestructuración o reforma de una organización. Lo novedoso en *Verbitsky* y *Mendoza*, en todo caso, es usar ese tipo de remedios complejos para reformar instituciones públicas, o impulsar explícitamente políticas públicas.

VIII. Conclusiones

La impronta estructuralista de la Corte en este periodo es su sello de época, significado en los cuatro casos analizados aquí: *Verbitsky*, *Mendoza*, *Bustos* y *Badaro*. Su mejor comprensión teórica exige precisiones conceptuales que permitan distinguir entre la pretensión normativa (PN) de la regla que decide el caso (su alcance), y la orden regulativa (OR) elegida por el tribunal como remedio para alcanzar sus objetivos normativos.

Este trabajo intentó mostrar que es la *litis* la que designa el alcance de la regla de decisión, y así su PN. De acuerdo a como se defina el conflicto en la *litis* tendremos una PN que se limite a regular la relación de los actores procesales, o bien una que sea el asiento de una decisión que instituya una

⁵⁰ En nuestra doctrina no hay un desarrollo relevante en materia remedial. Este es un campo abierto aún. La doctrina estadounidense, en cambio, tiene un desarrollo teórico tan amplio, que justifica que en las facultades de derecho se dicten cursos específicos sobre “remedios judiciales”, y que existan manuales de enseñanza muy difundidos sobre la temática.

En ese campo, la construcción teórica se asienta, tradicionalmente, en la definición del vínculo conceptual entre la “violación del derecho” y la “remediación.” Para algunos es un vínculo de derivación lógica, y para otros se trata de un vínculo de “ajuste.” En efecto, se asume que el remedio es la orden judicial que en nombre de los demandantes se dirige a transformar su realidad para que se ajuste al derecho sustantivo (Rendleman, D., 2004:3) En otras palabras, “[l]os remedios *dan sentido* a las obligaciones impuestas por el derecho sustantivo... son órdenes dirigidas al demandado para que se abstenga de continuar con su conducta violatoria del derecho, o revierta sus consecuencias.” (Laycock, D., 2002:1) (La traducción, y la cursiva es propia). Esta perspectiva tradicional ha sido desafiada por las corrientes del realismo jurídico. Los realistas tienden a rechazar la inteligibilidad de ese supuesto vínculo. En general suelen pensar que la mejor manera de considerar al derecho es no dándole tanta relevancia a las ideas de “derechos” y “obligaciones”. Señalan, en cambio, que lo importante del derecho son las consecuencias prácticas que se establecen frente a distintas opciones de conducta. La pregunta relevante sobre el mismo debería agruparse, entonces, en torno a lo que solemos llamar “garantías”, o a un interrogante como éste: ¿sobre la base de qué hechos puede hacer uso un hombre de cada una de las formas concretas de provocar que el tribunal importune a otro hombre [sick]? (Llewellyn, K. N. 1930, 1994).

verdadera política de alcance más general, que trascienda a dichos actores. En los términos analíticos clásicos se dirá que la *litis* funciona como el predicado fáctico o condición práctica de aplicabilidad de la regla que se instaura con la decisión.

En este sentido, si la *litis* relata un conflicto bipolar, la PN de la decisión se limita a las partes del proceso, pero sí en cambio la *litis* retrata un conflicto *policentrico* en términos de Lon Fuller, estaremos frente a un caso estructural.

Como ya se demostró en el análisis de las causas *Badaro* (2006-7) y *Bustos* (2004), no todo caso estructural (decisiones asentadas en *litis* poli céntricas) se tramita de forma colectiva, ni resulta en una sentencia remedial estructural, o remedio complejo. Aun así, estos casos demuestran que pueden concretar importantes grados de efectividad de sus PNE (pretensiones normativas estructurales) cuando se hace predecible que el sistema de justicia de forma coordinada presione en el sentido de la PNE de la Corte.

En este último sentido vale reivindicar aquí los remedios complejos articulados por la Corte en los Casos *Verbitsky* y *Mendoza* como ejemplos paradigmáticos del rol de los jueces frente a casos donde existen serios problemas de acceso a la justicia que no garantizan la activación masiva y coordinada de los tribunales para hacer cumplir la PNE de la decisión. En efecto, las cárceles y a la contaminación de la Cuenca Matanza-Riachuelo son casos en los que las instituciones públicas muestran un prolongado gerenciamiento fallido de los intereses en juego. Esa situación estaría indicando un bloqueo político para salir de esa falla, relacionado quizá con mayores obstáculos de acceso a la justicia de los demandantes, o su menor capacidad para incidir en las decisiones públicas y procesos políticos. Por ello la intervención de la Corte en relación a los presos y los afectados por los daños ambientales, parece inquirir un imperativo remedial diferente al de *Badaro* y *Bustos*.⁵¹ En estos escenarios una Corte conscientemente política, como fue la presidida por el Dr. Petrachi, eligió, no sin razón, el camino del trámite colectivo y los remedios estructurales complejos. Aunque todavía los resultados son insuficientes para alcanzar su pretensión normativa estructural, la concepción estructuralista de la Corte en este periodo es inteligible y de gran valor para el avance jurídico en nuestro sistema.

⁵¹ Se trata de “instituciones que han fracasado sistemáticamente... y permanecen inmunes a fuerzas tradicionales de [remediación] política” (Sabel, C. F. y Simon, W. H., 2004:1016). De manera que una orden remedial simple, de prohibición o autorización, dirigida al responsable de la burocracia política, o la resolución de un conflicto aislado con formato bipolar, sería igual a un pedido de agua en medio del desierto.

El caso *prima facie* al que refieren Sabel y Simon tiene dos elementos: la falla sistemática en alcanzar los estándares mínimos que justifican a la institución, y un bloqueo político para salir de esa falla (a lo que califican de “inmunidad a la corrección a través de los procesos políticos”). Explican los autores que “Cuando los actores privados se inmunizan frente a la competencia, intervienen las leyes antimonopólicas. En contraste, las instituciones del gobierno tienden a ser monopólicas. Su principal mecanismo de responsabilidad pública son los procesos electorales y políticos. Las normas públicas juegan un rol análogo a las leyes antimonopólicas en cuanto irrumpen en instituciones que se han escudado en acero frente a la presión política.” (Sabel, C. F. y Simon, W. H., 2004:1062-65)