

Derecho y cambio social

Repensar los derechos humanos y el cambio social
desde el litigio estructural

Mariela Puga y Máximo Lanusse Noguera

El motivo de la invitación

Mariela Puga fue una de mis maestras y entre muchas otras cosas me enseñó a pensar el derecho con un horizonte pragmático. En su mirada, al menos en el terreno del desafío de la realización de los derechos humanos¹, la tarea jurisdiccional, el trabajo del litigio, se trata más de la construcción prospectiva, siempre más o menos

¹ La expresión refiere a su ejercicio, al uso y goce efectivo.

experimental, de remedios estructurales para problemas sistémicos *imbricados* en causalidades múltiples y yuxtapuestas, que de *adjudicar* responsabilidad y consecuencias legales inculpatorias a un agente.

Cuando Mariela estaba enfocada en estos temas y trabajaba en esta línea de investigación, que luego plasmó en *Litigio estructural*, su trabajo doctoral presentado en 2013, el debate en relación a los derechos humanos de segunda y tercera generación todavía estaba, en su mayoría, colonizado por el problema importado de la *exigibilidad* de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) y la distinción entre los derechos operativos y programáticos.

El contraste no es menor porque mientras el neoconstitucionalismo ponía el acento allí, Mariela advertía que el problema no se reducía a convencer a los tribunales de que tenían competencia para actuar, a pesar de las críticas al llamado activismo judicial² ni tampoco a obtener sentencias declarativas de derechos, en definitiva, ya reconocidos por el bloque de constitucionalidad). El desafío, en cambio, era habilitar y construir procesos *remediales* que permitieran responder a la pregunta de cómo interrumpir cursos lesivos y avanzar hacia un estado de cosas respetuoso de los derechos humanos, cuando en virtud de la complejidad sistémica estructural del *statu quo*, no sabemos *cómo* ni tenemos la capacidad de hacerlo. Habitualmente la relación entre el derecho y la fuerza se ha reducido a garantizar la autoridad y ejecutoriedad de las normas y sentencias a través de la *fuerza de ley* que habilita la coerción en casos de incumplimiento. Sin embargo, la preocupación de Mariela se inscribe en que no se trata únicamente de torcer una voluntad, sino de reunir el compromiso de múltiples actores, múltiples saberes, que en condiciones políticas normales no encuentran los incentivos ni la potencia concreta y suficiente para confluir pragmáticamente en soluciones de mediano y largo plazo como las que se requieren.

² Se ha denominado de ese modo a la actividad o avance de los tribunales sobre esferas de competencia que tradicionalmente corresponden a los otros poderes del Estado: legislativo y ejecutivo.

Por ese motivo, la invitamos a un pequeño diálogo epistolar durante el segundo semestre de 2022. No tanto para que expusiera lo que ha desarrollado rigurosamente en tantos trabajos, sino para que nos ayudara a pensar cómo este cambio de mirada tiene implicancias más amplias y generales a la hora reflexionar sobre el campo de los derechos humanos.

En las páginas que siguen transcribimos el intercambio. Decidimos respetar el tono coloquial para conservar la frescura de una conservación que empezó en las aulas y se perpetuó en el tiempo de nuestra amistad.

Primera parte

Un disparador, la paradoja de los derechos humanos y la civilización

Buenos Aires, 8 de julio de 2022

Querida Mariela,

Qué gusto entablar un diálogo con vos luego de tanto tiempo
¿Te acordás de nuestro *Búmeran* (Puga y Lanusse, 2009)?

Solo para calentar motores, dice Costas Douzinas:

Los derechos humanos son el destino de la posmodernidad, la energía de nuestras sociedades, el cumplimiento de la promesa ilustrada de la emancipación y la autorrealización. Los derechos humanos son la ideología que queda tras el fin y la derrota de las ideologías, o, para adoptar un término en boga, la ideología de la globalización en el “fin de la historia”.

Y, sin embargo, muchas dudas persisten. El récord de violaciones de los derechos humanos desde sus más sonadas declaraciones a finales del siglo xviii es apabullante. “Es un hecho innegable”, escribe Gabriel Marcel, “que la vida humana nunca ha sido tratada tan universalmente como un artículo vil y perecedero como en nuestra propia era”.

Si el siglo XX fue la época de los derechos humanos, su triunfo es, como poco, paradójico. Nuestra era ha presenciado más violaciones de sus principios que ninguna de las épocas precedentes y menos "ilustradas". El siglo XX fue el siglo de la masacre, el genocidio, la limpieza étnica, la era del Holocausto. En ningún momento de la historia de la humanidad ha existido tal distancia entre pobres y ricos en el mundo occidental y entre norte y sur a escala global. Ningún grado de progreso permite a uno ignorar que nunca antes en términos absolutos tantos hombres, mujeres y niños habían sido subyugados, matados de hambre o exterminados. Es esta paradoja de triunfo y de desastre la que quiero examinar.

Una segunda paradoja caracteriza la teoría de los derechos humanos. Aunque los derechos son una de las instituciones liberales más nobles, la filosofía política y jurídica liberal se presenta incapaz de atrapar por completo el modo en que operan. Parte del problema debe atribuirse al lamentablemente inadecuado sentido histórico y la conciencia filosófica de los liberales. El mundo en el que viven es un lugar atomizado que está constituido por contratos sociales, motivados por la ceguera y velos de ignorancia, atribuidos a situaciones ideales de habla que retroceden a la certeza premoderna de la existencia de una única respuesta correcta a los conflictos morales y jurídicos. De manera similar, el modelo de persona que habita este mundo es el de un individuo seguro de sí mismo, conocedor y reflexivo, un sujeto autónomo kantiano que no pertenece a una clase o género, que no tiene experiencias inconscientes o traumáticas y que se enfrenta al mundo en una posición de perfecto control. En realidad, es sorprendente que nuestros más reconocidos teóricos de los derechos olviden 200 años de teoría y filosofía social y actúen como si nunca hubiesen oído hablar de Marx, Freud, Nietzsche o Weber. (Douzinas, 2008).

Así Costas Douzinas ofrece sus siete tesis condensadas sintéticamente, una genealogía y filosofía de los derechos alternativa.

1. La naturaleza y el derecho natural fueron creaciones de un pensamiento revolucionario, actos de una rebelión como la de Prometeo.

2. Los derechos naturales y la soberanía, los dos principios opuestos que permiten el derecho de los derechos humanos, son las dos caras de una misma moneda. La limpieza étnica es la descendiente de las grandes declaraciones del siglo XVIII.
3. Los ideales comienzan sus carreras en conflicto con la policía. Terminan cuando acuden a la policía y a la fuerza aérea para buscar protección. Un ángel protegido por la policía: así es como los ideales mueren.
4. Para defender a los seres humanos debemos atacar el humanismo, una combinación banal de metafísica clásica y cristiana. Los derechos humanos no pertenecen a los humanos sino que construyen a los humanos.
5. El universalismo y el relativismo cultural, más que ser enemigos mortales, dependen totalmente el uno del otro.
6. Los derechos humanos son la proclamación pública o legalización del deseo individual. Su acción amplía las fronteras de lo social e introduce indecisión, pero también desagrega al sujeto sometido.
7. Los derechos humanos del Otro podrían convertirse en el principio de justicia posmoderno. (Douzinas, 2008).

Quizá te parezca un modo un poco abstracto de comenzar a conversar sobre lo que te he propuesto: *litigio estructural, DD. HH. y cambio social*, desde la perspectiva remedial en que has trabajado tanto tiempo. Pero a mi modo de ver, en las palabras de Costas Douzinas hay una particular fuerza crítica porque sugiere que la forma de transformar esas paradojas en un genuino trabajo emancipador es, para decirlo vulgarmente, *cambiar la cabeza*, modificar la forma en que, como nos gusta decir a quienes ejercemos la abogacía: *construimos los casos*.

Entonces, mi primera pregunta e invitación para vos, es que nos cuentes qué te sugiere este disparador y en particular, de qué manera los litigios bipolares y la forma de adjudicación legal, con los que

tradicionalmente nos hemos acostumbrado a concebir la actividad de los tribunales, e incluso la retórica del activismo y del neoconservadurismo, reproducen acaso, esa matriz filosófica liberal y atómista que denuncia Costas Douzinas.

Ciudad de Córdoba, 11 de julio de 2022

Querido Maxi,

¡Qué placer renovar nuestra correspondencia y cuánta casualidad que tu iniciativa se dispare a través de las ideas de Costas Douzinas! *El fin de los derechos humanos* fue parte de aquel aire en el que se propulsó nuestro búmeran.

Hablo de casualidad, en realidad, porque hace solo algunos días comentaba la presentación del nuevo libro de Roberto Gargarella (2021), cuyo capítulo 11 entraba en tensión, en mi cabeza, con todo lo aprendido con Costas. Roberto hace un ataque frontal a la idea de derechos naturales lockeana, en tanto presentadas como *verdades autoevidentes*, de *fundamento inasible* y, sobre todo, en cuanto táctica para sacar a los derechos de nuestra vida democrática.

Los problemas que preocupan a Roberto se inscriben, por supuesto, en el tipo de interrogantes, ¿quién dice qué derechos tenemos? Para él, no pueden decirlo los jueces o juezas, sino que deben decidirlo las mayorías. No parece preocupado por arriesgar en ello que los derechos sean conquistas demasiado inestables o presupuestos transitorios. Lo que le interesa, es que reflejen el sentir soberano de las mayorías antes que ser herramientas contra-mayoritarias con las que las élites estatales, como el poder judicial, capturan la palabra. Para llegar ahí toma el camino, creo yo equivocado, de aliarse con Bentham y su crítica a los derechos naturales, para acusarlos, por su parte, de ser la fuente última de una visión contra-mayoritaria de los derechos. En ese esquema asimila la visión de los derechos como *cartas de triunfo* de Ronald Dworkin, o como el territorio de lo *indecible* de Ferrajoli.

Es interesante, y desafiante lo que plantea Roberto en ese tensio-nante capítulo sobre los derechos. Su preocupación sobre *quién dice los derechos* se antepone a la preocupación de *qué derechos tenemos*. Y cada vez que priorizamos una pregunta sobre otra estamos, claro, tomando una posición política y ética. Gargarella alcanza a ver, y se siente cómodo ahí, en esa posición política democratizadora de los derechos. Pero no termina de ver el lugar ético en el que esa idea lo sitúa a él mismo.

Vos rescatas de Douzinas una reflexión que me parece clave en esto: "los derechos humanos son la proclamación pública o legaliza-ción del deseo individual". Y no podemos olvidar ese punto de parti-da ético porque si no los derechos de los que hablamos dejan de ser el fuego que nos consigue Prometeo, y se transforman en las fronteras que nos impone Zeus. Transformar un deseo individual en proclama pública, conseguir su reconocimiento positivo en el ordenamiento jurídico, no significa que sea el deseo de las mayorías, y sobre todo, no deseamos solo lo que las mayorías nos permiten desear, y porque ellas lo autorizan. Si como dice Douzinas acerca de los derechos hu-manos "su acción amplía las fronteras de lo social", la significación normativa de ellos no podría quedar encasillada a su uso consuetu-dinario en un momento histórico, por una mayoría eventual, o la in-tensidad de la proclama de una minoría. Los usos, los acuerdos ma-yoritarios, son parte de lo dado, de eso a lo que los derechos se han enfrentado históricamente desde la idea de *naturaleza* y *derecho na-tural* de los griegos. En cambio los derechos son y han sido un acto de rebelión como el de Prometeo, una traición a lo dado, a lo acorazado por la autoridad. Y así introducen indefinición en la decisión pú-blica, no meramente por el capricho del que los dice, sino porque el ar-tilugio de los derechos es una plataforma de mercurio desde la que tomar decisiones, una directiva-deseo que nos aleja de todo ideal de la racionalidad generalista de las decisiones basadas en reglas. Pero a la vez, los derechos hacen algo crucial, desagregan al sujeto someti-do a la regla. Ese es su rol revolucionario. Las masas luchan en nom-bre de los derechos humanos pero en su versión de derechos natu-rales, es decir, hacen oír su proclama pública de deseos individuales

compartidos en el plano de lo indecible, que cuando se dice se transforma en lo dado. Pero no son las masas las fuentes de ese deseo, ellas no conceden legitimidad al deseo, ni posibilitan el desear. Pretender que el significado de los derechos se estipule por la regla de la mayorías, ha sido parte del proceso de captura de su potencia revolucionaria, como la genealogía de Douzinas ha demostrado, y así del encarcelamiento del fuego de Prometeo. Frustra abiertamente sus posibilidades de ampliar la frontera de lo social, porque la regla que generaliza en el derecho, siempre encierra al sujeto sometido desgregado en sus límites, lo construye, y así captura y paraliza la acción de ampliación de lo social.

El devenir paradójico del triunfo ideológico de los derechos humanos, que Douzinas describe exhaustivamente en su genealogía, es una fuente de entendimiento infinita. Las atroces violaciones a DD. HH. después de las revoluciones burguesas, en manos de los mismos Estados que surgieron de su proclama y reconocimiento constitucional, en manos de gobiernos y leyes *democráticas* cuya legitimidad se había construido en asambleas revolucionarias, todo ello siempre pareciera estar vinculado a la *positivización* de los DD. HH., al momento en que se *dicen*. La positivización, en constituciones, leyes y reglamentos, promete la protección de gobiernos que tratan a los derechos como principios distributivos, en el mejor de los casos, antes que como principios desagregativos. Lo que, por supuesto no está mal, pero convierte un acto de rebeldía, la proclama de un deseo, el desafío al *statu quo* en un pedido de auxilio a la policía. Esa misma policía que violará, a su turno, las proclamas rebeldes de derechos humanos que intentan su desagregación.

Y aquí quizá podríamos pensar que el discutir el *quién* y el *qué* es insuficiente para entender tanta tragedia histórica hospedada por los opuestos *soberanía popular* y *derechos humanos*. Yo tiendo a creer que el *dónde* y *cómo* resulta un asunto de mayor relevancia. A mí me gustan las condiciones de deliberación pública del deliberativismo habermasiano y niniano que acoge Gargarella. La idea de escuchar al afectado por una decisión, crear un escenario de deliberación asentada en principios de autonomía, igualdad y dignidad de

los que participan, fundar la decisión teniendo en cuenta la voz del afectado y su igual dignidad, todo eso, me resulta muy interesante. Sin embargo, no veo una sola institución de las modernas, y menos de las postmodernas, que refleje mejor ese ideal deliberativo en la toma de decisión que la institución jurisdiccional. Y ojo que no estoy hablando del Poder Judicial, estoy hablando del ejercicio de la jurisdicción estatal conforme a los principios liberales del debido proceso, derecho de defensa, juez natural, etcétera. Si ya tenemos esto como parte de nuestro sistema de toma de decisiones, ¿por qué la queja del deliberativista por el *quién* decide *qué* derechos tenemos?

Roberto tiene mucha razón en concentrarse en las particularidades elitistas de la composición del poder judicial, pero su obsesión sobre ello creo que le hace perder de vista el escenario más espectacular para la desagregación del sometido, para la consideración y respeto a la especial y única dignidad de su deseo, en contraste con la regla de las mayorías, con lo dado que los derechos desafían. Negar que ese escenario, el jurisdiccional, es mil veces más acorde a las formas de la promesa de Prometeo que nos trajeron los derechos naturales; es perderse demasiado. Claro que el acceso a la justicia es limitado, claro que los jueces tienen visiones elitistas, claro que esos sesgos ponen al debido proceso bajo sospecha, claro que el equilibrio de armas en el debate se ve afectado por las fuerzas de los poderosos, pero ¡ey!, ¿acaso no pasa lo mismo en cualquier plaza pública hoy?, ¿acaso esas visiones elitistas, sus sesgos y los poderosos no juegan su rol de desequilibrio en cualquier asamblea pública, formal o informal?

En definitiva, no se trata de uno u otro, el proceso jurisdiccional liberal, o la discusión de la *polis*, ambos escenarios cumplen roles diferentes en la realización de los derechos humanos. La *polis* es la gesta del deseo devenida en proclama pública, el proceso jurisdiccional es la oportunidad de gesta de un sometido por el *status quo*, para ampliar lo social desde el reconocimiento en lo dado de la dignidad de su deseo. Ninguno de los dos escenarios funciona de forma ideal, y hay una gran lucha por diseños institucionales que sean más hospitalarios, pero sería un error contraponerlos, o anular

alguno desde el estigma, porque de hacerlo se mutila alguna de las potencias de los derechos humanos.

Si pudiéramos estar de acuerdo con estas simples pretensiones, estaríamos en condiciones de discutir el asunto tan controvertido de la intervención jurisdiccional estructural desde este punto de partida.

Volviendo a vos....

M.

Segunda parte

Repensar la vieja tensión política versus jurisdicción o democracia versus derechos fundamentales.

Hacia nuevas metáforas, el juez instaurador

Buenos Aires, 16 de agosto de 2022

Querida Mariela,

Aquí vuelvo luego de un importante lapsus. La temporalidad desafía el compromiso con *nuestras* palabras, lo sé y por eso pido disculpas. También las carga de ambigüedad, lo cual siempre enriquece.

Me gusta porque no respondiste mi pregunta si no que hiciste algo mucho mejor y más oportuno, desmontarla. Es decir la confrontaste con una pregunta anterior, que se me ocurre formular así *¿cómo pensar la jurisdicción en casos estructurales (casos que desafían epistémica y pragmáticamente la forma de adjudicación legal tradicional) sin antes salvarla (o salvar lo que merezca y pueda ser salvado) de los embates contra sus componentes elitistas y antidemocráticos?*

Tus reparos y cautela ante la postura de Roberto Gargarella, me recordaron mucho a la provocación de Atria cuando piensa en las instituciones en general y a la adjudicación constitucional en particular.

Es como si Roberto soñara con una deliberación democrática que es altamente improbable que transcurra en el funcionamiento real de nuestras democracias. Un poco por el barro de la historia, de pujas facciosas más que de búsqueda del interés general; pero otro poco por la propia lógica que vos describís muy bien de las reglas generales y su racionalidad, que descuentan la abismal distancia con la singularidad y sus irreductibles y revolucionarios deseos, que hacen al pulso de los derechos humanos. La generalización, que Garella kantianamente concibe como autonomización de las razones y forma de imparcialidad porque habilita una mirada universal, bajo tu mirada homogeneiza y simplifica. En ese sentido, recordás la forma en que el debido proceso jurisdiccional, al desagregar, con la idea de derechos subjetivos, las pretensiones individuales, es decir, al otorgarle peso y escucha con independencia de su fuerza numérica y *democrática*, reivindica la importancia de una deliberación racional, que difícilmente suceda dentro del carácter agonístico de la política y sus juegos de mayorías. Existe una atención a la singularidad del deseo para la cual las mayorías pueden ser sordas y mudas.

Te mencionaba mi conexión mental porque Atria (2016), en su crítica general al *institucionalismo trascendental*, el término en rigor es de Amartya Sen (2012), nos llama a pensar la tensión entre funciones y estructura de las instituciones. Las funciones nos ayudan a hacerlas inteligibles, comprender su sentido, su significación, su finalidad, la estructura, debiera ser la forma concreta que adoptan, para hacer más probable lo improbable. Esto último es sistemáticamente descuidado por el hábito nominalista de quienes se dedican a pensar el derecho.

Tu comentario me parece particularmente lúcido porque interpela la postura de Roberto al decir “ojo, porque no hay garantías de que las mayorías o las reglas producto de la democracia recojan los deseos que distinguen la fuerza revolucionaria de los derechos humanos de su reducción instrumental para justificar burocracias estatales”. Aunque critiquemos el funcionamiento y la composición de los tribunales, hay algo en las reglas del debido proceso adjetivo que resguarda la deliberación y la canalización de los desacuerdos y que

habilita que la voz singular sea escuchada de un modo que jamás pueden hacerlo las reglas jurídicas de carácter general.

Me parece una extraordinaria puerta de entrada a nuestro tema de conversación porque muchas veces proyectamos en los parlamentos y en los tribunales, expectativas que no pueden satisfacer o no destinamos suficientes esfuerzos para diseñarlas de manera que lo hagan. Asimismo, la insatisfacción engendra deseos, deseos que desean acontecer. Entonces, emerge como falsa esa frontera entre lo político y lo jurídico, o los intentos por trazar un muro entre la generación de normas y políticas y la dimensión de su adjudicación a casos singulares. El litigio estructural, precisamente desestabiliza esa concepción tradicional, pero a la vez reivindica las intuiciones ligadas al problema de la representatividad, que en definitiva engendrá la división de poderes o funciones. La fuerza instituyente de los deseos, la fuerza revolucionaria de los derechos, se nutre de ambas cosas, la acción política como estrategia para agregar voluntades y el reaseguro o garantía del lenguaje de los derechos y la forma de razonamiento deontica que los encumbra como principios contramayoritarios. Pero la pregunta por la fuerza en términos de legitimidad queda incompleta sin aquella en términos de eficacia y posibilidades ciertas de remedio ¿Se dirigen tus intuiciones y desarrollos en esta dirección?

Ciudad de Córdoba, 12 de septiembre de 2022

Queridísimo,

Siento la larga espera. Como siempre, hacés parecer mis reflexiones desordenadas más lúcidas de lo que son.

Es claro que temo (tememos los dos, creo), a la reducción instrumental de los derechos humanos a mera justificación de las burocracias estatales, y de sus violencias. Ya lo decíamos en el *bumerán*. La historia parece enseñar de forma insistente, que la autoridad soberana traiciona a sus fines, que la violencia estatal es profundamente desleal a las razones que la autorizaron. Y es ahí cuando los tribunales

se nos presentan como un tiempo aparte, fuera de la red del tiempo de esa historia trágica, un instante para repensar la legitimidad de esa autoridad frente los deseos que la fundaron, un territorio de dignidad del deseante conferido por las simples reglas del debido proceso, un aparente resguardo de las traiciones y deslealtades inevitable de la soberanía popular. Esa sobreadjetivación del deseo, de la deliberación en miniatura, del transcurrir de la proclama del derecho en el contradictorio, parece el canal de circulación de alguna esperanza de que los derechos naturales y su fuerza revolucionaria, sigan siendo parte de un nosotros que tiende siempre a ser un sobreagregado en la ley general. Los tribunales no son la panacea, claro, la estructura del proceso no siempre rinde honor a su función, pero como bien decís, la insatisfacción “engendra deseos que desean acontecer” en este o en cualquier escenario.

Vos advertís bien que el litigio estructural ha venido a desestabilizar nuestras intuiciones fundantes, y creés, igual que yo, que no ha desestabilizado nada que fuese realmente estable, sino por fuerza de la costumbre de no mirar, de no transgredir aquello no dicho, de ritualizar la frontera mitológica entre lo político y lo jurídico. La estabilidad de ese mundo ritual, mitológico, hecho de silencios y ojos cerrados, siempre fue muy precaria, pero se nos hacía tangible en el enunciado. El litigio estructural transformó la aparente tangibilidad en fantasma, al estilo del de James Joyce. Diluyó su falsa consistencia, la desnudó impalpable por inexistencia o por cambio de costumbres. La práctica creciente del litigio estructural nos obligó a mirar lo que las viejas costumbres nos obligaban a cegar, nos inquirió a aprehender la función jurisdiccional en una pantalla 3D:

- Ya no es posible pensar que un *acto de naturaleza legislativa*, el dictado de una regla general a futuro, supone el ejercicio de la función legislativa *per se*. Cualquier remedio estructural hace exactamente eso en el más estricto e instrumental ejercicio de la función de garantía jurisdiccional.
- Se hace casi imposible no reconocer la existencia de juridicidades espontáneas, hospedadas por la omisión distraída, o por el

beneplácito estatal. Juridicidades que tampoco son el fruto del ejercicio de la función legislativa, y a veces de ninguna función estatal. Las constituimos en el espacio estatal cuando las denunciamos como fuentes de violación estructural de derechos humanos, cuando reclamamos el control jurisdiccional sobre un estado de cosas inconstitucional.

- Cada vez que una jurisdicción, cualquiera, reconoce una identidad colectiva lesionada, nos recuerda que el acto jurisdiccional es, en su primera escena, siempre, un acto de reconocimiento político, de creación de identidades promovidas por el deseo. Nos recuerda que juzgar es nombrar, y nada más político en nuestro tiempo que la nominación oficial.

Esto y tanto más transcurre por los canales subterráneos en los que se están gestando decenas de nuevas metáforas. Ellas vienen a reemplazar a la metáfora del juez árbitro, quizás por la de la autoridad instauradora del sentido deontico de nuestras controversias, vienen a desplazar la distinción entre las funciones estatales como formas de acción, por la distinción entre propósitos y justificación del acto de la autoridad frente a la interpellación del deseo. Quizás también vienen a desplazar de una vez a la aburrida metáfora de las tensiones entre derechos humanos y democracia, por nuevas conjugaciones que multiplican las concepciones de democracia, como las de Pierre Rosanvallon, y recuperan la idea de derechos naturales. El asunto sería dar oportunidad de nacer a las nuevas metáforas que aún no afloran, y nos prometen reconstruir el fluir de los derechos por la política y los tribunales, su formas de ser agonísticos y deonticos a la vez, su resistencia al encierro en el atrincheramiento de la generalización o el vacío del principio.

Pero este poder desestabilizador de fronteras mitológicas que parece tener el *Litigio estructural*, su promesa de nuevas metáforas para hospedar el deseo de los derechos humanos, pende del hilo de la realización. Sin promesa de realización del deseo, sin sentido de posibilidad de ser, ese poder desestabilizador se debilita, el fantasma recupera su forma de mito, vuelven a las viejas costumbres de las

cuestiones políticas no justiciables, y las germinantes metáforas quedan para siempre en los canales subterráneos. Realizar las dimensiones estructurales de los derechos humanos es el punto de inflexión. Terminar de mostrar que los derechos son un deseo que quiere existir y no solo contradecir. Que son una forma posible, o que están dispuestos a desafiar la posibilidad. Si no podemos creer en la posibilidad de satisfacción de los derechos, la instauración de ellos como principios y reglas generales solo los encerrará de nuevo, los vaciará de su poder revolucionario, de la vigilia inmortal de lo desagregado.

Por eso pensar en cómo se pueden realizar estructuralmente los derechos humanos desde ese espacio de tiempo fuera de todo tiempo que es el proceso jurisdiccional, es lo más desestabilizador y prometedor que se me ocurre podemos hacer en este tiempo.

Besos

Tercera parte

Litigio estructural, derechos y democracia inconclusa

Buenos Aires, 15 de septiembre de 2022

Querida Mariela,

Una vez más me abrís el cráneo. Por un lado me hiciste ir a Pierre Rosanvallon, a quien no había leído antes, y a sus concepciones de democracia, esa triple bifurcación tan interesante que plantea: populismo; pluralismo/deliberación razonada; tecnocracia conservadora; con la cual busca repararnos tanto de las promesas de la democracia directa, de los cesarismos, caudillismos y otras variantes de liderazgos carismáticos, como de la democracia representativa y el fetiche de las instituciones. En una entrevista que se publicó bajo el título *La democracia y sus condiciones* dice algo muy profundo:

La esencia de la política es considerar la organización de la deliberación razonada de los ciudadanos [...] Pero esta definición de la democracia y de la política como deliberación va junto a una segunda

dimensión, y es [que] tiene por objeto dar una lengua a la experiencia de la gente. La política tiene también por objetivo volver intelible, volver legible, la experiencia de la gente.

[...] Estas dos definiciones de democracia, la política con el objetivo de deliberación razonada y la política con el objetivo de dar una representación, un lenguaje, de volver legible y comprensible la experiencia, corresponden a dos visiones [...] de la representación. Por un lado, se espera que el representante se me parezca, que hable como yo, que sea parecido a mí, y en consecuencia que se defina por su ausencia de cualidades. Y, por otro lado, se espera que el representante se destaque por sus capacidades, por el hecho de que pueda razonar, que sea apto para controlar y dirigir esta deliberación razonada.

Cuando se critica al populismo en Europa [...] hay que decir que la fuerza del populismo se debe a que en el seno mismo de su vulgaridad –porque lo que caracteriza el lenguaje poético populista es su vulgaridad, su brutalidad y su simplicidad– existe la paradoja de que ese lenguaje populista dice algo que parece corresponder a una experiencia social. Y, por lo tanto, para mí, no hay crítica válida del populismo que no sea una reflexión al mismo tiempo sobre las condiciones de reconstrucción del lenguaje político, un lenguaje político que repite el de la gente.

Yo hablo en tanto que universitario, no soy una personalidad política, pero aquí hay un gran trabajo para las ciencias sociales. ¿Cuál es el trabajo de las ciencias sociales? Es intentar dar un lenguaje a las cosas, intentar volverlas más comprensibles, más legibles. Si se debe perseguir el objetivo de desarrollar la democracia como un ejercicio razonado del debate, se debe al mismo tiempo perseguir el objetivo de la democracia como lo que da un lenguaje a la experiencia social (209: 149-160).

Por otro lado, me llevaste a nuestras viejas conversaciones y lecturas en torno al experimentalismo democrático, sea por el camino de Unger y su *democracia realizada* o el de Sabel y Simon de los derechos desestabilizadores.

Además me hiciste pensar en todas esas trincheras contemporáneas entre las que se debaten progresistas y conservadores: la soberanía; la democracia; los DD. HH.; las instituciones republicanas; personas presas de modos de pensar y categorías que sería oportuno desestabilizar.

El deseo irredimible, ese que moviliza y ensambla pero que también desagrega desde la singularidad y la multiplicidad, nos lleva a asumir la multiplicidad pulsional de los cuerpos y la heterogeneidad e inestabilidad del campo social, más acá y más allá de la sociedad imaginada, del orden simbólico o los bordes de la cultura. Asumir la contingencia de lo político y la imposibilidad de reducirlo a la política. Esa fuerza pulsional que recogen los derechos y luego el riesgo de que su positivización los traicione como promesas.

Como yo lo veo, y estoy seguro de que vos también, la trampa de la concepción tradicional de la adjudicación legal, es que se supone que los conflictos ya los resolvió la democracia y a los jueces imparciales solo les cabe verificar hechos y adjudicar consecuencias jurídicas. La tragedia es desplazada por el drama en que los tribunales resuelven el caso conforme a la ley. La oportunidad que se abre con los litigios estructurales, que asumen que los estados de cosas inconstitucionales, no pueden revertirse por la mera declaración de ilegalidad y la adjudicación de responsabilidad y culpabilidad retroactiva, digamos ahora, ¿acaso no es de un genuino espacio tiempo fuera de la temporalidad viciada de la naturalización y la coyuntura política para experimentar, ensayar, colectivamente, la forma de remediar esos problemas estructurales, previo reconocer los saberes, las resistencias, las potencialidades, las limitaciones y complejidades, solo reversibles con el compromiso activo de todo aquel que en la medida que nombramos y reconocemos, lo agenciamos y re-ensamblamos?

Ansioso por tu respuesta, abrazos

Ciudad de Córdoba, 20 de octubre de 2022

Maxi,

Y sí, una de las trampas es creer que resolver un caso conforme a la ley, no tiene nada que ver con resolver el conflicto, es solo sometimiento de sus protagonistas a la voluntad de la mayoría. Asumir que el conflicto ya fue resuelto por la democracia es negar su actualidad, invisibilizar la singularidad de sus razones, callar a la

confrontación con la mordaza de la autoridad. Pero los derechos, como una de las razones del conflicto, resisten esa operación. Cuando la disputa se hace inteligible en términos de reclamos de derechos ya no es posible pretender que la adjudicación es solo la imposición de una voluntad mayoritaria anterior. La adjudicación que respeta el debido proceso tiene que hacerse cargo de la crítica al *statu quo* que la invocación de derechos trae, de la energía rebelde que desagregar al sujeto de derechos supone, su desafío al orden de lo dado por las mayorías.

Cuando la adjudicación de derechos es estructural, ya no hay forma de hacernos creer que resolver el caso es someter el conflicto a la ley. La ley y el orden son partes demasiado obvias del conflicto, han hospedado la violación de derechos de forma estructural, son las reglas que auspician el estado de cosas inconstitucional, y por eso, en alguna medida, ellas también están bajo juicio.

La adjudicación estructural obliga al juez o jueza a concentrarse en el deseo de realización que la invocación de derechos estructurales les trae, y eso supone hacerse cargo de su poder desestabilizador. Por eso nunca hay ley que preordene una garantía secundaria para este tipo de casos. Recuerdo a Ferrajoli diciendo que el rol del jurista crítico es construir las garantías secundarias de realización que faltan. El asunto es que las que faltan no son cualquiera, son las críticas del sistema. La construcción de esa garantía en un proceso de adjudicación estructural ya aparece desnuda obra nueva, son el sol de un nuevo sistema planetario. No puede ocultarse en la ficción de la subsunción el hecho de que lo que ocurre no fue previsto por el legislador. Quien juzga tampoco puede ampararse ya en su rol de indicador de culpables, o narrador de causalidades que amputan la historia del conflicto, porque el reclamo de la realización no admite esas simplificaciones causales. Ellas llevarían a la ineficiencia, motivarían instrumentos de realización obviamente inocuos.

De esa forma, y en alguna medida, el caso estructural no puede escaparse del conflicto, necesita reflejar la tragedia de la mutilación del deseo de los derechos, y así hacerse cargo de la complejidad causal

y la incertezza del remedio deseado. El caso estructural, que inevitablemente desagrega a un colectivo de sujetos, desnuda su enfrentamiento con el *statu quo* del cual la voluntad mayoritaria es parte actuante. ¿Me estoy yendo de tema?

M.

Buenos Aires, 21 de octubre de 2022

Querida Mariela,

Vuelvo, hiper ventilado y estimulado por tu filosa respuesta. Esta conversación ya ha tomado cuerpo, pero sobre todo movimiento hacia un horizonte abierto e incierto, que no podremos agotar, pero, si te parece, vamos por una vuelta más.

Lejos de perder el camino creo que tus palabras insisten en que no hay camino, sino que hay que hacerlo, crearlo. En todo caso, sí contamos con algunas herramientas y ensamblajes prácticos, pero hemos tendido, históricamente, a convertir esa caja de artefactos culturales en instituciones trascendentales a las que idolatramos como fines en sí mismos. Allí yace la trampa de la desmovilización y despolitización del derecho. Nuevamente se asoma nuestro búmeran.

Recuperar el espacio-tiempo que se abre al ventilar jurisdiccionalmente un caso, conflicto estructural, cuya resolución desconocemos y debemos construir, asumir su contingencia, crear un remedio que dependerá de implicar actores y saberes específicos imbricados, inmersos en contextos complejos, y cuyo éxito en la realización será inmanente, como aquel título de Woody Allen, *Whatever works*.

En este sentido, no puedo dejar de extraer de tus palabras, algo que subterráneamente, cual magma crítico, sugieren. Tras la idea de caso estructural, está la desconfianza en las grandes mediaciones, representaciones, abstracciones, generalizaciones e inercias burocráticas, que nos alejan tanto de los seres deseantes, sufrientes, sujetos, ¿sujetados?, de derecho, como de las *mayorías*, cuyo fantasma de la soberanía o la *voluntad popular* o la *voluntad general*, las reifica y

hace aparecer como masas homogéneas y uniformes. Esa operación de agregar, tradicionalmente política, y esa operación de desagregar, tradicionalmente jurídica, sin el aguijón revolucionario del deseo, sin la concepción hermenéutica que nos transforma en sujetos críticos de la propia cultura ¿no hace más probable que germine esa traición estructural a la que te referís?

Dice Eduardo Grüner:

Toda la riqueza de la noción de praxis está contenida en esta idea de que la interpretación puede ser una herramienta de crítica, de puesta en crisis de las estructuras materiales y simbólicas de una sociedad, en polémica con otras interpretaciones que buscan consolidarlas en su inercia [...] Es que la tragedia es la demostración, como ha dicho alguien, de que Ser es Caos, de que no solamente no siempre somos dueños de la consecuencia de nuestros actos, sino de que aquel malentendido constitutivo que provoca la intervención interpretativa hace que ni siquiera podamos dominar del todo la significación de esos actos. Y es por esa falta –también se puede decir: por esa culpa original en nuestro ser sujetos, que solo nos queda (como si fuera poco) la narrativa catastrófica que nos permite hacernos sujetos de nuestra propia falta, hacernos sujetos críticos de nuestra propia cultura y nuestra propia subjetividad [...]

[Porque] ¿cómo podría eximirnos, es ignorancia, de interpretar el mundo, de correr el peligro? ("Una política de la interpretación") (1995; 8-28).

El litigio bipolar tradicional, en el cual existe confrontación entre dos partes y la jurisdicción *resuelve el caso diciendo el derecho*, como la legislación general, o la reducción de los derechos a su positivización en forma de reglas adjudicables, están arraigados más en la idea de seguridad, de la cual es incluso tributario el garantismo en sentido amplio, que en la de emancipación, sin la cual cualquier seguridad es una ilusión porque ni siquiera sabemos lo que deseamos y, sobre todo, tampoco habitamos la pregunta acerca de cómo conseguirlo en forma colectiva. La idea de crear garantías secundarias de ese garantismo crítico abierto al futuro que traés a colación

¿no supone asumir acaso que más que enganchar un vagón a la locomotora prefabricada de la civilización y los derechos humanos es necesario re-ensamblar nuestros motores con la energía renovable de nuestros deseos? Y que ¿más que a través de vías, autopistas, ríos navegables o el vacío del mundo de las ideas, deberán hacerse camino entre accidentes, ríos, montañas, metrópolis y océanos? La idea de una garantía supone la de un derecho, pero eso supone que sabemos qué queremos y cómo realizarlo, lo que sugiere nuestra conversación es que debemos asumir de una buena vez la incertidumbre, no con resignación conservadora, sino como desafío pragmático.

La conversación quedó abierta e inconclusa, como no podía ser de otra manera, pero rica en invitaciones a reinventar la democracia y sus instituciones.