

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA
FACULTAD DE DERECHO
Secretaría de Posgrado

TESIS DOCTORAL



“DERECHO A TENER DERECHOS”

**Campañas de litigio estratégico y reconocimientos
jurídicos al colectivo de la diversidad sexual**

Autor: Maximiliano Nicolás Campana

Consejero de Tesis: Dr. Juan Marco Vaggione

Co-consejera de Tesis: Dra. Mariela G. Puga

Córdoba, abril de 2016

Agradecimientos

Al Dr. Juan Marco Vaggione, consejero de tesis, y la Dra. Mariela Puga, co-consejera, por su permanente orientación, continua predisposición, sus valiosos consejos y su enorme paciencia;

A mis padres, por su apoyo incondicional;

Al Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, ya que gracias a su apoyo financiero esta tesis fue posible.

Índice

	Página
Introducción	1
Capítulo 1. Las campañas de Litigio Estratégico como un modelo para la acción colectiva	12
1. ¿Por qué desarrollar campañas de litigio estratégico? Distintas explicaciones sobre qué impulsa a involucrarse con estas campañas	15
1.1. El desarrollo de Campañas de Litigio Estratégico como último recurso	15
1.2. El desarrollo de Campañas de Litigio Estratégico como consecuencia de poseer recursos para llevarlas a cabo	18
1.3. El desarrollo de Campañas de Litigio Estratégico impulsado por ideas	20
1.4. ¿Y en qué casos se optaría por la judicialización en Argentina?	21
1.5. Entonces ¿qué objetivos deberían ser perseguidos judicializando?	23
2. ¿Quiénes pueden desarrollar campañas de litigio estratégico? Las organizaciones como actores claves en el diseño e implementación de este tipo de campañas	24
3. ¿Qué se debe tener en cuenta al momento de litigar? La planificación inicial de las campañas de litigio estratégico	26
4. ¿Cuándo litigar? La influencia del contexto durante las campañas del	31

litigio estratégico	
4.1. El contexto político	32
4.1.1. El poder ejecutivo	33
4.1.2. El Poder Legislativo	34
4.1.3. La opinión pública y las relaciones entre litigantes y los poderes del Estados	34
4.2. El contexto jurídico: remedios y sentencias judiciales	36
5. ¿Con qué litigar? La importancia de los recursos en las campañas de litigio estratégico	40
5.1. Recursos humanos	42
5.2. Recursos financieros	43
6. ¿Dónde litigar? La elección del fuero federal o local	45
7. ¿Qué litigar? La elección del área del derecho y de los casos a judicializar	48
7.1. La elección del área del derecho	48
7.2. La elección de los casos a judicializar	49
8. ¿Quiénes litigan? Los abogados que se involucran en campañas de litigio estratégico	52
9. ¿En nombre de quién litigar? El lugar que ocupan los clientes en las campañas de litigio estratégico	55
10. ¿Con quién litigar?: Relaciones interorganizacionales	58
10.1. Relaciones entre diversas organizaciones	58
10.1.1. Cooperación	58
10.1.2. División de trabajo	60
10.2. La participación en calidad de Amicus Curiae	63

11.	¿Cómo litigar? Dinámica propia del litigio estratégico	67
11.1.	Control sobre el litigio	67
11.2.	La capacidad de reacción oportuna	68
12.	Peligros y contingencias	69
13.	Conclusión	72
Capítulo 2: El origen de las campañas del litigio estratégico: desde los Casos de Granger hasta Brown		75
1.	Primeras campañas de litigio estratégico en Estados Unidos: Los “Casos de Granger”.	76
2	Campañas de litigio estratégico para el reconocimiento y la ampliación de derechos ciudadanos en Estados Unidos	81
2.1	Nuevas formas de enseñar derecho. Nuevos abogados. Nuevos espacios de disputas políticas y reivindicaciones de igualdad.	82
2.1.1	La lucha por las libertades civiles: el rol de la Unión Estadounidense por las Libertades Civiles (ACLU) en la primera mitad del siglo XX	94
2.1.2	La NAACP y su estrategia legal en contra de la segregación racial.	101
2.1.2.1	Diseñando la campaña de litigio estratégico en contra de la segregación racial de las escuelas.	102
2.1.2.2	Primeras victorias importantes	104
2.1.2.3	El ataque directo a la doctrina “separados pero iguales”	106
3.	Conclusión	108

Capítulo 3: Campañas de litigio estratégico llevadas a cabo por el movimiento de la Diversidad Sexual en Estados Unidos: reformas penales y al matrimonio	112
1. El surgimiento de las primeras organizaciones homosexuales	114
2. El ataque a leyes de sodomía	120
2.1 De <i>Stonewall</i> a <i>Bowers</i>	120
2.1.1. Las primeras campañas tendientes a desafiar las leyes de sodomía: el caso <i>Bowers</i>	124
2.2 Del fracaso de <i>Bowers</i> a la victoria de <i>Lawrence</i>	127
2.2.1 El impacto de <i>Bowers</i>	127
2.2.2. Rediseñando la campaña: el comienzo del fin de las leyes de sodomía	128
2.2.3. <i>Lawrence v. Texas</i> y el fin de las leyes de sodomía en Estados Unidos	133
3. Las disputas judiciales en torno al matrimonio entre parejas del mismo sexo.	137
3.1. Antecedentes: <i>Baker v Nelson</i> y la campaña por el reconocimiento del matrimonio gay	137
3.2. Nuevos aires desde el Pacífico: Hawái y la primera victoria judicial en el <i>Baehr v Lewin</i>	139
3.3. Alaska, Vermont, y al retorno a la doctrina de “separados pero iguales”: el primer reconocimiento a las uniones civiles de parejas del mismo sexo	140
3.4. El matrimonio heterosexual en jaque: <i>Goodridge v. Dept. of Public Health</i> y su impacto inmediato en Estados Unidos	143
3.5. <i>Love is in the air</i> : el respaldo del poder judicial a las demandas por matrimonio del colectivo LGBT de Estados Unidos	146

3.6.	¿Defender el matrimonio (heterosexual)?: United States v. Windsor y cómo esta decisión afectó a las instituciones matrimoniales estadounidenses	148
3.7.	“ <i>Obergefell</i> ” es resuelto por la Corte Suprema: Matrimonio para todos	152
4.	Conclusión	155
Capítulo 4: Transformaciones del derecho: cómo fue posible que el campo jurídico argentino se tornara en un espacio receptivo de demandas enmarcadas dentro de campañas de litigio estratégico		159
1.	Nuevos abogados: mutaciones en el campo profesional y el surgimiento del “abogado de interés público” en Argentina	163
1.1.	La emergencia de los abogados “contra el fascismo	164
1.2.	De abogados sindicales a defensores de presos políticos	171
1.3.	La última dictadura militar y los abogados por los derechos humanos	174
1.4.	La vuelta de la democracia y el surgimiento de los abogados “de interés público”	179
2.	El surgimiento y proliferación de organizaciones nucleadas en torno a causas colectivas	182
3.	Mutaciones legales en el campo jurídico argentino. La reforma constitucional de 1994 como punto de inflexión	187
3.1.	Los primeros avances en materia de derechos colectivos	187
3.2.	Reforma Constitucional y derechos colectivos	189
3.3.	Las acciones colectivas luego del '94	194

4.	Mutaciones en el poder judicial	198
4.1.	El rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	198
4.2.	Tribunales Federales y Consejo de la Magistratura	202
4.3.	El caso de los Tribunales Contencioso-administrativos de la Ciudad de Buenos Aires	204
5.	Conclusión	206
Capítulo 5: Campañas de litigio estratégico llevadas a cabo por el movimiento de la Diversidad Sexual en Argentina: reformas matrimoniales y reconocimientos identitarios		210
1.	Desde "Nuestro Mundo" hasta la conformación de la "Federación": Un breve recorrido por la historia del movimiento LGBT argentino	211
1.1.	Nuestro Mundo, el Frente de Liberación Homosexual y la Dictadura	212
1.2.	"Con discriminación y represión no hay democracia": el surgimiento de la Comunidad Homosexual Argentina (CHA)	214
1.3.	Uniones Civiles y la conformación de la Federación LGBT	218
2.	"El mismo amor, los mismos derechos": La campaña de litigio estratégico por el "matrimonio igualitario"	220
2.1.	Los primeros pedidos judiciales a favor del matrimonio entre parejas del mismo sexo: el caso "Rachid"	223
2.2.	El primer "matrimonio igualitario" y el fin del mundo	227
2.3.	Y los matrimonios comenzaron a multiplicarse...	235
3.	"Derecho a tener derecho": La campaña de litigio estratégico por el	241

reconocimiento de la identidad de género del colectivo trans	
3.1. La judicialización temprana	243
3.2. La campaña se pone en marcha	247
4. Conclusión	254
Capítulo 6: El impacto de la judicialización en el reconocimiento de derecho.	258
Aplicando el modelo Brown para el análisis de las campañas de litigio estratégico	
1. Introducción	258
2. Análisis de las campañas	262
2.1. Campaña en contra de la segregación racial en las escuelas estadounidense	263
2.1.1. Análisis de la campaña	270
2.2. Campaña contra las leyes de sodomía	272
2.2.1. Análisis de la campaña	282
2.3. Campaña por la ampliación del matrimonio en Estados Unidos	284
2.3.1. Análisis de la campaña	291
2.4. Campaña de litigio por la ampliación del matrimonio en Argentina	294
2.4.1. Análisis de la campaña	300
2.5. Campaña por el reconocimiento de la Ley de Identidad de Género en Argentina	307
2.5.1. Análisis de la campaña	313
3. Conclusión	315

Conclusión: ¿Sirven de algo las campañas de litigio estratégico?

320

Bibliografía

331

Introducción

El 14 de febrero, onomástico de San Valentín, se transformó en los últimos años en la principal fecha para celebrar el "día de los enamorados" en Argentina. Esta celebración, tradicionalmente anglosajona, se ha extendido a distintas partes de América Latina, impulsada particularmente por la existencia de un mercado que depende de la existencia de una cosmovisión de amor romántico (Illouz, 2009). Durante esta jornada, además de flores y bombones, es común que los periódicos locales relaten historias de amor, romance y matrimonios. Y fue por este motivo que el 14 de febrero del año 2007, la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT) decidió lanzar formalmente su campaña denominada "El mismo amor, los mismos derechos". Ese día, ante la presencia de la prensa nacional, una pareja de lesbianas se presentó ante el Registro Civil de la Calle Uruguay 753 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y solicitó un turno para contraer matrimonio: "Me encantaría casarlas, pero no puedo. La ley no me lo permite. Pero les deseo mucha suerte" fue la respuesta de la Oficial Público que les negó el turno (Bimbi, 2010: p. 21). La solicitud del turno se hizo para evidenciar que el acceso al matrimonio no era para todas las parejas, y que sólo "el amor heterosexual" se presentaba como el único protegido por el Estado a través de la institución matrimonial. Pero al margen de la importante cobertura en los medios de comunicación que esta Federación obtuvo gracias al "día de los enamorados", el 14 de febrero del 2007 fue el puntapié inicial de una campaña de litigio que en pocos años pondría en jaque lo que para entonces parecía evidente: que el matrimonio sólo podría ser celebrado entre un hombre y una mujer. De este modo, esta campaña se convertiría en una de las experiencias de judicialización más complejas e interesantes de nuestro país, caracterizándose por estar plagada de marchas y contramarchas.

Sobre estas campañas, a las que denominaremos "campañas de litigio estratégico" versará la tesis. Campañas centradas en la judicialización de demandas y reclamos de diversos grupos y organizaciones que se instalan en el seno del campo

jurídico/judicial, desdibujando las fronteras entre espacios jurídicos y políticos, politizando la justicia y judicializando la política. Si bien el poder judicial nunca fue completamente ajeno a la resolución de disputas políticas extrajurídicas, lo cierto es que en nuestro país –y en toda la región- comenzó a intensificarse la instalación de demandas sociopolíticas en los tribunales locales, espacios que comienzan a ser vistos o bien como el último recurso disponible para visibilizar reclamos de grupos que se autoperciben como “desventajados”, o bien como espacios alternativos o adicionales para la obtención de respuestas estatales, reconocimiento de derechos o implementación de políticas públicas.

Estas campañas de litigio no son otra cosa que modelos de acción colectiva para vehicular demandas, las cuales surgieron y se cristalizaron a partir de diversas experiencias históricas estadounidenses que se dieron a lo largo del siglo XX. Este modelo comenzó a ser considerado por muchos teóricos y activistas de los Estados Unidos como una manera legítima y efectiva (si no la única) de exigir al Estado el reconocimiento, la ampliación y la protección de derechos de ciertos grupos “vulnerables”, y para muchos de ellos demostraba ser un modelo exitoso para obtener respuestas estatales a sus reclamos concretos. En consecuencia, no sólo se multiplicaron estas campañas en búsqueda de más y mejores derechos en ese país, sino que este modelo comenzó a ser replicado –en especial gracias al impulso de organismos internacionales financiadores- en diversos lugares del globo, independientemente de la cultura jurídica o coyuntura política por la que estos países estaban atravesando.

Lo cierto es que también llegaron a nuestro país, y desde la reinstauración de la democracia fueron diseñadas y ejecutadas diversas campañas de judicialización por parte de ciertos sectores, destacándose aquellas libradas por grupos vinculados a esclarecer actos de violación de derechos humanos y comisión de delitos de lesa humanidad durante la última dictadura militar (1976/1983) con el fin de juzgar y condenar a los responsables de la misma (CELS, 2008), como también por organizaciones consideradas “pro-vida”, quienes han interpuesto un sinnúmero de

acciones judiciales con la finalidad de evitar o subvertir el avance de derechos sexuales y reproductivos como así también a promover y defender determinadas nociones de familia y de vida (Campana, 2015). Aunque a menor escala, también han sido ejecutadas estas campañas con el fin de reconocer, resguardar o avanzar en materia de derechos de las mujeres, de pueblos indígenas, en defensa del medio ambiente, de usuarios y consumidores o de reclusos, por mencionar sólo algunos.

Por nuestra parte, nos centraremos en campañas llevadas a cabo por el movimiento de la diversidad sexual¹ o movimiento LGBT² y lo haremos desde una perspectiva comparada: describiremos y analizaremos dos campañas llevadas a cabo por organizaciones de los Estados Unidos, y otras dos campañas que se ejecutaron por organizaciones argentinas.

La elección del movimiento de la diversidad sexual por sobre otros movimientos se justifica por varios motivos. El primero se relaciona con que las

¹ "Diversidad sexual" es un término amplio que se refiere a las diversas orientaciones sexuales que pueden asumir las personas, según su autopercepción o autoidentificación, incluyendo a la heterosexualidad. Se trata de un término que comenzó a popularizarse en la década de 1990, a partir de la importancia que adquirieron los estudios culturales, quienes comenzaron a hablar de multiculturalismo, identidades y diversidad. Para estas nuevas perspectivas teóricas, se tornaba necesario reconocer e incorporar la diversidad (cultural, racial, étnica, de género, sexual, etc.) en los estudios sociales con el fin de elaborar políticas de reconocimiento de sus diversas expresiones y establecer bases para la igualdad de oportunidades (Nash, 2001). Si bien actualmente este término es comúnmente usado para referirse a ciertos sectores de la población que no se identifican como heterosexuales, el mismo no está exento de cuestionamientos (Mattelart, 2013).

² El término "LGBT", por su parte, se refiere a las siglas que designan colectivamente a Lesbianas, Gays, Bisexuales y personas Trans. Dentro del término "trans" se incluyen a personas travestis, transexuales y transgénero. El término también se originó en Estados Unidos a fines de los años 1980, y la sigla "T" fue la última en incorporarse en la década de 1990. Sin embargo la expresión LGBT está plagada de críticas, ya que (por mencionar algunas) encorsetaría identidades sexuales que no encajan en las categorías propuestas por esas palabras, juntaría categorías disímiles, ya que las causas de gays y lesbianas difieren enormemente de las personas trans, o no incluiría identidades como la de las personas intersexuales (Wilcox, 2003). Es por ello que no resulta inusual encontrar las siglas "LGBTIQ" (o alguna variante), en donde la "I" representaría a personas intersexuales y "Q" a personas que se identifican como *queers*, un término inglés que haría referencia a una categoría bastante amplia que pretende incorporar todas aquellas identidades sexuales no contempladas en las otras siglas. Sin desconocer la complejidad del término, se ha optado por utilizar las siglas "LGBT" por ser discursivamente la que comúnmente es empleada por diversos activistas que defienden estas causas, tanto en Argentina como en Estados Unidos. Y si bien nosotros utilizamos esta terminología en todo este trabajo, no quería dejar de mencionarse que son términos nuevos que se masificaron a partir de mediados de los años noventa, siendo "comunidad homosexual" o "comunidad gay" la terminología que se utilizaba anteriormente para referirse a estos grupos, y en general cuestiones vinculadas a problemáticas de la población trans o intersexual estaban prácticamente ausentes.

experiencias de judicialización de sus agendas tanto en Estados Unidos como en Argentina han sido exitosas, algo que no ha sucedido con otros movimientos u organizaciones. Todas las campañas analizadas ya han finalizado, y los objetivos que ellas perseguían se han obtenido. El segundo motivo puede encontrarse en que se trata de campañas que concluyeron en años recientes (la última en el 2015), lo que nos permitiría hacer un análisis más contemporáneo del fenómeno que se pretende abordar. Un tercer motivo se fundamenta en que diversos científicos vienen mostrando que la movilización jurídica y política por parte de sectores de la diversidad sexual han ido más allá de meramente el planteo de demandas, transformándose en un eslabón fundamental en el diseño y la implementación de políticas públicas y cambios a mayor escala (Encarnación, 2013; Schulenberg, 2012; Díez, 2015).

Describiendo y analizando estas experiencias, intentaremos responder las siguientes preguntas: ¿En qué consisten las campañas de litigio estratégico?, ¿Cuál es la dinámica propia y los rasgos distintivos que las caracterizan? y ¿Es realmente conveniente llevarlas a cabo? O dicho de otro modo más sencillo: ¿sirven de algo estas campañas? A lo largo de los diversos capítulos se describirán y analizarán diversas campañas de litigio, como también diversos enfoques teóricos que intentarán abordar estas preguntas.

Este trabajo eminentemente teórico, enmarcado en una metodología cualitativa de tipo comparativa, no pretende corroborar teorías (Vasilachis, 2006), sino por el contrario, ofrecer marcos interpretativos nuevos y alternativos a las teorías y perspectivas dominantes. Es por ello que proponemos un marco teórico elaborado a partir de las propuestas de diversos autores estadounidenses y argentinos, entre los que se destacan Charles Epp, Stephen Wasby, Michael McCann, Catalina Smulovitz y Eduardo Ryan. Esto se debe fundamentalmente a que la mayoría de estos autores se han centrado en sólo algunos de los aspectos que se tornan relevantes para nuestro análisis. De este modo, se quiere presentar un marco teórico diferente, alternativo, que tenga la capacidad tanto de abordar el fenómeno de la creciente judicialización

por parte de grupos y organizaciones, como también para dar respuesta a las preguntas que planteamos en el párrafo precedente. Del mismo modo, a partir del amplio relevamiento bibliográfico que se ha llevado a cabo, hemos generado un esquema que nos permitirá analizar empíricamente diversas campañas de litigio estratégico, revelando sus principales características, fortalezas y debilidades.

Este marco teórico (y esquema que consecuentemente hemos generado) surge no sólo de la opinión de diversos autores que se detuvieron en algunos aspectos de estas campañas, sino también a partir del análisis de las diversas campañas que han sido seleccionadas y serán abordadas a lo largo de este trabajo. Estas campañas constituyen experiencias históricas complejas, y las hemos reconstruido a partir de revisión bibliográfica y análisis documental, y en el caso de las campañas argentinas, también por medio de entrevistas a informantes claves (especialmente abogados que participaron activamente en la ejecución de las mismas)³. Todo ello ha colaborado no sólo en la descripción y análisis de estas campañas, sino también en complementar las perspectivas teóricas propuestas por diversos autores⁴.

Si bien nos enfocaremos en las experiencias de un determinado grupo (aquel vinculado al de la diversidad sexual), creemos que tanto el marco teórico que proponemos como el esquema para el análisis empírico que diseñamos, trasciende el abordaje de las campañas seleccionadas, permitiendo hacer una mejor descripción y un análisis más profundo de cualquier campaña de judicialización estratégica,

³ En este sentido, se deben mencionar las entrevistas realizadas a los siguientes abogados y abogadas, que participaron activamente durante las campañas en cuestión, como son Emiliano Litardo, Damián Pszemiarower, Natalia Milisenda, Flavia Massenzio, Mariana Casas, Eugenia Monte, Carolina Von Opiela, Leticia Gavernet y Analía Mas.

⁴ Otra cuestión terminológica que se quería mencionar se vincula al hecho de que se optó por la utilización tradicional del género gramatical español, según las normas de la Real Academia Española que considera que "En los sustantivos que designan seres animados, el masculino gramatical no solo se emplea para referirse a los individuos de sexo masculino, sino también para designar la clase, esto es, a todos los individuos de la especie, sin distinción de sexos"⁴. Esto no quiere decir que se desconozcan las perspectivas que ven en este uso del masculino un enfoque androcéntrico y sexista que invisibiliza, excluye o subordina lo femenino en el lenguaje (de Andrés Castellanos, 2000), sino que esta decisión se ha tomado para los fines meramente expositivos, por tratarse de una tesis marcadamente teórica.

independientemente de la ideología o las demandas que cada grupo promueva o desarrolle.

La selección de las campañas se hizo con el criterio de mostrar las posibles variaciones que pudo haber entre las experiencias estadounidense y argentina, siguiendo el "método de diferencia/ *method of difference*" propuesto por John Stuart Mill (1974), describiendo y analizando dos campañas con el mismo objetivo (ampliar el matrimonio a parejas homosexuales) y dos campañas con objetivos disímiles (en el caso estadounidense, sobre la derogación de figuras penales de sodomía, en el caso argentino, sobre el reconocimiento de la identidad autopercebida de género de las personas trans), a fin de identificar conexiones y variaciones entre ellas. Finalmente, la selección de los países a analizar se fundamenta en el hecho de que este modelo de acción colectiva consistente en la judicialización estratégica de demandas encuentra importantes fundamentos en la cultura jurídica estadounidense, pero no tanto en la de Argentina. De este modo, la comparación nos permitiría dilucidar si existen diferencias importantes en la judicialización de una misma causa en un país diferente del cual este modelo surgió⁵.

"Derecho a tener derechos: campañas de litigio estratégico y reconocimientos jurídicos al colectivo de la diversidad sexual" es entonces una tesis teórica y comparativa, que intenta brindar marcos interpretativos para entender estos nuevos modelos de acción colectiva que movilizan estratégicamente el derecho a fin de canalizar demandas sociopolíticas, a partir de la experiencia de grupos vinculados a la diversidad sexual, y aportar nuevas ideas y planteos a las discusiones actuales se giran en torno al fenómeno creciente de la politización de la justicia y la judicialización de la política. Esta tesis se estructura en seis capítulos. El primer capítulo, titulado "*Las campañas de Litigio Estratégico como un modelo para la acción colectiva*", tiene como principal objetivo presentar las distintas posiciones teóricas que hay en torno a este fenómeno. Aquí precisamos lo que entendemos por

⁵ Sólo Stephen Meili (1998) ha mostrado la existencia de diferencias entre abogados de interés público de Estados Unidos y Argentina, notando una importante variabilidad.

campañas de litigio estratégico, y que éstas deben ser concebidas como modelos de acción colectiva destinadas a grupos organizados, modelo que tiende al avance de sus demandas sociopolíticas. Este capítulo se subdivide en diferentes apartados que dan cuenta de las particularidades de estas campañas, y en las que se incluyen la naturaleza de los actores que se involucran, las diversas alternativas teóricas que tienden a explicar por qué ciertos actores deciden involucrarse, cuestiones vinculadas a la planificación inicial de las mismas, la importancia que adquiere el contexto y los recursos humanos y financieros durante la ejecución de estas campañas, las diversas elecciones que deben ser hechas vinculadas al fuero judicial, el área del derecho y los casos a judicializar, el rol que cumplen los abogados, las organizaciones y los clientes involucrados y la dinámica propia y diferenciada de este tipo de litigio. La idea es elaborar una alternativa teórica que pueda dar cuenta de los elementos y la dinámica propia que este tipo de modelo de acción colectiva presenta, definirlo y caracterizarlo.

Por otra parte, este modelo de acción colectiva no surgió en abstracto, sino que fue el resultado de importantes mutaciones que se dieron en el seno del campo jurídico estadounidense, y que se cristalizó a partir de una campaña que atacaba las normas que legitimaban la segregación racial en las escuelas públicas de los Estados Unidos. Esta campaña, llevada a cabo por distintas organizaciones de derechos civiles, culminaría en 1954 cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos dicta la sentencia "*Brown v. Board of Education*" y con ella se comienza a pensar teóricamente al derecho como un instrumento de cambio social y a los jueces como sus principales actores políticos, dentro de un modelo de litigio alternativo al tradicional, un modelo capaz de generar cambios significativos, y que sería definido como "modelo *Brown*". El capítulo dos, titulado "*El origen de las campañas del litigio estratégico: desde los Casos de Granger hasta Brown*" da cuenta de estos procesos históricos y experiencias de judicialización que se produjeron en los Estados Unidos, comenzando a fines del siglo XIX y finalizando en la década de 1950, para entender los orígenes y el contexto que dieron origen a estas campañas, y a esta forma alternativa de concebir el campo jurídico en materia de derechos civiles y colectivos.

El modelo *Brown*, como modelo de litigio para el cambio social comenzó a inspirar a distintas organizaciones a lanzar sus propias campañas de litigio estratégico para obtener reconocimientos, ampliación o protección de derechos de ciertos grupos vulnerables. Grupos u organizaciones religiosas, de mujeres, ecologistas, migrantes, entre muchos otros comenzaron a judicializar sus demandas políticas, exigiendo ante los tribunales estadounidenses que se les reconozcan judicialmente los mismos derechos y garantías constitucionales que al resto de los ciudadanos, produciéndose una marcada politización de la justicia de ese país. En este contexto, y también inspirado por la experiencia que había dejado la judicialización exitosa de *Brown*, distintos grupos surgidos del seno de la comunidad homosexual comenzaron a cuestionar judicialmente normas que limitaban sus derechos constitucionales. De este modo, en el capítulo tres, titulado "*Campañas de litigio estratégico llevadas a cabo por el movimiento de la Diversidad Sexual en Estados Unidos: reformas penales y al matrimonio*" nos centraremos en dos de las campañas diseñadas y ejecutadas por estos grupos. La primera de ellas, lanzada en la década de 1970, se vincula con el desafío judicial a todas las normas penales estatales que punían los actos de sodomía, es decir actos sexuales consensuales y no reproductivos entre adultos (normalmente del mismo sexo) y que criminalizaban la homosexualidad en el país. La segunda, lanzada en la década de 1990 se centra en la campaña de litigio estratégico para la ampliación del matrimonio a parejas del mismo sexo. Ambas campañas se caracterizaron por ser muy controversiales y generar una importante reacción en el seno de la sociedad estadounidense, cuestiones que serán descritas y analizadas en este capítulo.

En el capítulo cuatro, por su parte, veremos de qué manera *Brown* se "globaliza", el modelo de litigio que propone trasciende fronteras y llega incluso a filtrarse en el campo jurídico argentino. En este capítulo describiremos y analizaremos este proceso. Los distintos apartados tienen por intención mostrar que desde finales del siglo XIX existieron en nuestro país mutaciones similares a las que se habían dado en los Estados Unidos (mutaciones que se describen en el capítulo dos), y dicha

tendencia sólo lograría consolidarse con última reinstauración del sistema democrático en 1983. Hasta entonces sólo existía una base de abogados “activistas” que se transformarían en “abogados de interés público” en los años siguientes, y junto al surgimiento de organizaciones de derechos humanos y agencias dispuestas a financiar la judicialización estratégica como forma de intervención política, sumado al reconocimiento constitucional de derechos colectivos y una mayor receptividad del poder judicial a estas demandas, el campo jurídico argentino se tornaría un espacio fértil para la instalación de demandas políticas.

Esta mayor receptividad al reconocimiento y protección de derechos colectivos en nuestro país impulsaría que diversos grupos y organizaciones comiencen a diseñar sus propias estrategias de judicialización, y en el capítulo cinco (que se titula *"Campañas de litigio estratégico llevadas a cabo por el movimiento de la Diversidad Sexual en Argentina: reformas matrimoniales y reconocimientos identitarios"*) veremos cómo fue la experiencia argentina en materia de litigio por el reconocimiento de derechos para la comunidad LGBT. Al igual que en el tercer capítulo, también analizaremos dos de las campañas desarrolladas por este colectivo: la primera campaña se denominaría “el mismo amor, los mismos derechos con los mismos nombres” y tenía por objetivo la ampliación de la institución matrimonial a las parejas homosexuales. Esta campaña, lanzada el 14 de febrero del 2007 generaría un importante debate en el seno de la sociedad argentina, obteniendo importantes apoyos y resistencias en el campo jurídico, político y social. La segunda se denominaba “derecho a tener derechos, derecho a la identidad de género”, lanzada en el año 2010 (luego de aprobada la ley de matrimonio para parejas del mismo sexo) y que pretendía que se reconociera la identidad de género autopercibida de las personas trans en nuestro país. Estas campañas –al igual que las de sus contrapartes estadounidenses- se caracterizaron por ser controversiales y generar importantes debates y reacciones en el seno de la sociedad argentina

Ya finalizando, en el capítulo seis, retomaremos el esquema analizar empíricamente campañas de litigio propuesto en el primer capítulo, con el fin de

abordar las diversas campañas que fueron presentadas a lo largo de este trabajo. Veremos de qué manera interactuaron los diversos elementos que dan forma a este tipo de litigio como así también haremos un análisis del impacto que tuvo la judicialización en el reconocimiento de derechos para el colectivo de la diversidad sexual. El objetivo es el de aplicar el esquema propuesto en casos concretos, y a partir de ello analizar críticamente los resultados de la campaña. Ya para concluir nos centraremos en responder, a partir de las diversas experiencias de judicialización descriptas y analizadas, sobre la utilidad real de estas campañas, exponiendo sus potenciales beneficios y peligros.

El 13 de noviembre del 2009, onomástico de San Homobono, y un año y nueve meses después de lanzada la campaña por el "matrimonio igualitario" la justicia contenciosoadministrativa de la ciudad de Buenos Aires reconocía el derecho al matrimonio civil de una pareja homosexual sentenciando que era un contrasentido que derechos que se predicaban como universales "dejen a un grupo de personas excluido de su goce"⁶. Este fallo judicial constituyó la primera victoria jurídica del colectivo LGBT, evidenciando que los tribunales nacionales podían ser espacios receptivos a demandas de grupos que se percibían como "desventajados". Y finalizada la campaña por la ampliación del matrimonio vendría otra más, denominada "Derecho a tener derechos".

"Derecho a tener derechos" constituyó la segunda campaña de litigio estratégico llevada a cabo por la Federación Argentina LGBT, y que tenía por objetivo el reconocimiento de la identidad de género autopercibida de las personas trans (campaña que será descripta y analizada en este trabajo) inspirando el nombre de esta tesis. Y esto es debido a que la creciente judicialización que se viene dando para obtener derechos en el marco de estas campañas es un fenómeno novedoso y que ha sido escasamente descripto y analizado. En las próximas páginas abordaremos este fenómeno que atraviesa tanto al campo jurídico como al político y social, con el

⁶ Fallo "Freyre, Alejandro c/GCBA s/Amparo (Art. 14 CCABA)". Considerando XVII.

fin de tener un mejor entendimiento de diversas transformaciones que se vienen produciendo en el seno de nuestra sociedad.

Capítulo 1

Las campañas de Litigio Estratégico como un modelo para la acción colectiva

El 17 de mayo de 1954, la Corte Suprema de los Estados Unidos (en adelante, CSEU) resolvía el caso "*Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483*" (en adelante, el caso *Brown*) declarando la inconstitucionalidad de todas las leyes estatales estadounidenses que, legitimando la discriminación racial, regulaban la existencia de escuelas separadas para estudiantes de raza negra y blanca. Este fallo consideraba que las instalaciones educativas separadas eran inherentemente desiguales, y como resultado de esto, la segregación racial fue considerada como una violación a la cláusula sobre protección igualitaria de la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos.

Tal como analizaremos detenidamente en el próximo capítulo, la sentencia de *Brown* fue el resultado de un conjunto coordinado y sostenido de acciones judiciales y extrajudiciales, llevado a cabo por una organización dedicada al litigio por el avance de los derechos civiles de la comunidad afroestadounidense. Y este caso, lejos de ser precedente jurisprudencial más resuelto por la CSEU, se convirtió en un caso a imitar, generando alrededor suyo un nuevo modelo de litigio: uno destinado al reconocimiento, resguardo o avance en materia de derechos civiles para grupos que se autoperciben desventajados y deciden exigir el reconocimiento de derechos. Según Kluger (1975) el caso *Brown* constituiría la prueba irrefutable de que el poder judicial podría acabar con las discriminaciones e injusticias, dando origen a un tipo de judicialización enfocada en el cambio social y constituyéndose en "la principal inspiración para aquellos que buscaban transformaciones por medio del litigio" (Greenberg, 1974: p. 20).

A partir de *Brown* sería posible pensar al poder judicial como un actor político central, y ver en el campo jurídico un nuevo espacio para establecer demandas

colectivas y obtener respuestas que las satisfagan. Con este nuevo modelo ya no podía pensarse sólo en el poder judicial como aquel poder del Estado destinado a resolver las disputas particulares entre dos individuos, sino también como un poder que podría reconocer o ampliar derechos y diseñar políticas públicas para su implementación. Es decir, a partir de *Brown*, los jueces comenzaron a ser percibidos como actores políticos centrales para hacer realidad principios jurídicos tales como la igualdad ante la ley y la no discriminación.

Este nuevo tipo de litigio, es decir, el litigio para el avance de los derechos civiles, también denominado "litigio para el cambio social", "litigio de interés público" o "litigio estratégico" (Rekosh, Buchko, & Terzieva, 2001) se comenzó a desarrollar dentro de ciertos marcos de actuación, despertando el interés de activistas y académicos, quienes intentaron describir y entender la lógica y la dinámica de las acciones que se daban dentro de estos nuevos marcos. Y a estos marcos de actuación son los que denominaremos *campañas de litigio estratégico*.

Podríamos definir entonces a las campañas de litigio estratégico como un conjunto coordinado y sostenido de maniobras jurídico-políticas llevadas a cabo por grupos y organizaciones nucleados en torno a ciertas causas, que tienen por finalidad generar cambios que beneficien al colectivo que representan. Lo que caracteriza a estas maniobras es el hecho que son desarrolladas en el seno poder judicial, con la lógica, las reglas y los actores del campo jurídico (es decir, a través de acciones judiciales). Los fines perseguidos de estas campañas pueden variar enormemente, y van desde dar visibilidad a ciertas demandas específicas hasta modificar determinadas pautas culturales de la sociedad. La idea se vincula con que el derecho es un sistema social que recepta principios generales y normas específicas de ciertas sociedades, y que es posible que determinadas normas específicas contraríen esos principios más generales afectando negativamente a determinados grupos y favoreciendo desproporcionadamente a otros. Con esta idea en mente, y por medio de estas campañas, se ponen en consideración del poder judicial estas inconsistencias jurídicas a fin de que se proceda a restablecer la primacía de estos

principios más generales (como son las cláusulas constitucionales vinculadas a la igualdad ante la ley, el derecho a la privacidad, a la no discriminación o al debido proceso) e igualar así la posición de ciertos grupos con relación a otros.

En los capítulos siguientes veremos cómo tanto el campo jurídico estadounidense (capítulo 2) como el argentino (capítulo 4) sufrieron una serie de transformaciones que hicieron que éstos se tornaran en espacios propicios para el desarrollo de este tipo de campañas, y de qué manera los movimientos de la diversidad sexual de Estados Unidos y de Argentina (capítulo 3, 5 y 6) implementaron este tipo de estrategia política para instalar sus demandas.

Por nuestra parte, en este capítulo nos centraremos en describir los distintos elementos que conforman las campañas de litigio estratégico, como así también qué es lo que se suele considerar como necesario para que las mismas sean eficaces. De esta manera, evidenciaremos de qué forma es presentada la lógica y la dinámica interna que caracteriza estos marcos de actuación para finalmente ver de qué manera los movimientos de la diversidad sexual lo aplicaron en sus respectivas experiencias (capítulo 6). Los siguientes apartados tratarán de sistematizar los distintos puntos de vista que intentan explicar el surgimiento de esta nueva estrategia política. En este sentido, es importante hacer una aclaración previa. La mayor parte de la bibliografía que se utilizará es estadounidense y consecuentemente se vincula a experiencias históricas de dicho país, aunque suele presentarse como propuestas teóricas que ofrecen modelos "universales" de actuación. Tal como se verá a continuación, muchas de las dimensiones que se analizarán son propias de la cultura jurídica anglosajona y del *common law*. Sin embargo, las experiencias en materia de campañas de judicialización en Argentina comparten varios de estos presupuestos, tal como lo veremos a lo largo de este capítulo, como en los capítulos 4, 5 y 6. Lo cierto es que estas campañas han sido entendidas como modelos de acción colectiva destinadas a grupos organizados, es decir, para la actuación coordinada que tiene origen en un reconocimiento consciente de intereses comunes. En este capítulo, entonces, se presentará una bibliografía que considera a las

campañas de litigio estratégico como una de las modalidades más efectivas para organizar la acción colectiva de ciertos grupos que se autoperciben “desventajados” con la finalidad de obtener primeramente reconocimientos de derechos, y en última instancia, cambios sociales significativos.

1. ¿Por qué desarrollar campañas de litigio estratégico? Distintas explicaciones sobre qué impulsa a involucrarse con estas campañas

A partir de la sentencia de *Brown*, la campañas de litigio estratégico comenzaron a florecer y diseminarse en Estados Unidos, y varias décadas más tarde esta estrategia se difundiría en diversos países del globo (Epp, 2013). Diversas organizaciones incluso se crearon con el fin específico de llevar a cabo estas campañas, ya que veían al poder judicial como el único actor posible para obtener respuestas a sus demandas. Y como consecuencia, este nuevo fenómeno comenzó a ocupar la atención de muchos académicos, que trataron de explicar en qué circunstancias ciertos grupos se veían incentivados (o incluso obligados) a desarrollar estas estrategias jurídico-políticas. Así, podríamos decir que se ensayaron principalmente tres explicaciones, la primera, centrada en la ausencia de recursos; la segunda centrada en la posesión de recursos y la última centrada en el rol de las ideas (Den Dulk & Krishnan, 2001).

1.1. El desarrollo de Campañas de Litigio Estratégico como último recurso

La primera explicación, inspirada por las ideas de la misma CSEU en el caso *NAACP v. Button*⁷, se vincularía con que grupos y organizaciones se vuelcan al litigio como último recurso, cuando los otros poderes constituídos y democráticamente

⁷ En el caso *NAACP v. Button* la CSEU consideró que “los grupos que son incapaces de alcanzar sus objetivos a través de las elecciones frecuentemente se vuelcan a las cortes”, pudiendo ser estos los únicos espacios disponibles “para la reparación de agravios”.

electos no responden a los reclamos de ciertos sectores de la ciudadanía. En ese caso, es deber del poder judicial restablecer los principios y garantías constitucionales que pudieron haberse violentado.

Estrechamente vinculada a la teoría del "último recurso" encontramos la de la "desventaja política" propuesta por Cortner (1968), quien sugiere que los grupos se involucran en el litigio y en otras formas de movilización legal porque ellos se autoperciben desventajados al momento de plantear sus demandas ante otras instituciones políticas. De acuerdo con este autor, esta teoría serviría para explicar la utilización del litigio por parte de ciertos grupos, ya que estos serían

"altamente dependientes de los procesos judiciales para obtener el reconocimiento de sus intereses políticos, usualmente porque ellos se encuentran temporalmente o permanentemente en desventaja en términos de su capacidad de obtener resultados favorables de sus objetivos en procesos electorales, dentro de instituciones políticamente electas o incluso dentro de la burocracia estatal. Si se encuentran imposibilitados en obtener reconocimientos a sus objetivos por esos medios, están casi obligados a recurrir al litigio" (Cortner, 1968: p. 287).

Esta tesis, inspirada en el caso *Brown*, fue adoptada y reformulada por distintos teóricos estadounidenses, generándose una teoría más amplia que se denominó "teoría del litigio de grupos de interés" (*Theory of interest-group litigation*), la cual postula que el "litigio es una estrategia para ser utilizada cuando todas las demás fallan o como una técnica para ser empleada cuando los objetivos son claramente inalcanzables en otros foros políticos" (Olson, 1990: p. 855). Con esta teoría se quiere mostrar también por qué ciertas organizaciones recurren a los tribunales aun cuando las perspectivas de éxito sean bajas, y el motivo lo encuentran en el hecho de que los poderes ejecutivos y legislativos son completamente inalcanzables para ellas.

Según menciona Olson (1990), hasta mediados de los años ochenta la teoría de la desventaja política era la dominante en el campo académico. Sin embargo, comenzó

paulatinamente a demostrar que era inadecuada o, al menos, insuficiente para explicar los procesos y los resultados que emergían del estudio de litigios estratégicos por parte de determinados grupos. Una de estas críticas vino de la mano de Bruer (1988), ya que para este autor, la teoría de la desventaja política supone que la falta de acceso a espacios y actores políticos es la principal razón por la que ciertos grupos se vuelcan hacia las alternativas de judicialización. Sin embargo, en su trabajo, Bruer encuentra una gran asociación entre la frecuencia con la que distintos grupos (*"interest groups"*) se ponen en contacto con distintas oficinas de los poderes ejecutivos y legislativos y su actividad de judicialización, echando por tierra uno de los presupuestos de esta teoría. Además, de su trabajo queda claro que ser parte de la "oposición" no es necesariamente sinónimo de encontrarse con "desventajas políticas". La otra crítica importante viene de la parte de Susan Olson (1990), quien estudia el accionar de estos grupos en casos civiles en las cortes federales del distrito de Minnesota entre 1982 y 1984, y concluye que la teoría de la desventaja política no consigue explicar los fenómenos por ella observados:

"La teoría de la desventaja política es tan inadecuada como la teoría de litigio de grupos de interés en general porque está fuertemente basada en una experiencia atípica y temporalmente situada de la Asociación Nacional para el avance de la gente de color (NAACP en inglés). La NAACP litigó porque muchos de los otros canales de acción estaban completamente clausurados para las personas negras en el sur segregacionista debido a las leyes discriminatorias y abierta intimidación social. Hoy, tanto los negros como otros grupos minoritarios tienen acceso a todos los procesos de construcción política y pueden perseguir sus objetivos a través de una gran variedad de estrategias políticas" (Olson, 1990:856).

Además de su trabajo, la autora cita otras investigaciones que irían en la misma dirección: los tribunales estadounidenses habrían dejado de ser el mejor lugar

para los políticamente desventajados; varios de los grupos tenían motivos para judicializar sus causas que iban más allá de su falta de acceso a otros ámbitos políticos, o que en algunos casos la judicialización era solo una de las tantas estrategias llevadas a cabo por estas organizaciones o grupos de interés. En esta misma línea, Wasby (1995) considera que en muchos casos, para muchas de estas organizaciones la judicialización es sólo una parte de una estrategia más amplia que incluye tanto lobby como monitoreo administrativo. Además, que aquellas organizaciones que posean ventajas políticas pueden verse particularmente incentivadas a litigar, lo que podrá generarles mayor impacto mediático y dotar de legitimidad a sus iniciativas.

1.2. El desarrollo de Campañas de Litigio Estratégico como consecuencia de poseer recursos para llevarlas a cabo

El conjunto de críticas que despertó esta primera postura llevó a varios teóricos a posicionarse en el lado opuesto. Para ellos, sería entonces la existencia de diversos recursos lo que incentivaría a que ciertos grupos lleven a cabo campañas de litigio estratégico. Judicializar causas colectivas insume tiempo y dinero, y la posesión (y consiguiente movilización) de recursos se torna fundamental. De un modo más general, estas posturas asumen que, dado un conjunto de preferencias o intereses, cada grupo diseñará sus estrategias políticas (entre las que pueden o no encontrarse estrategias legales) en torno a la posibilidad de recursos disponibles, tanto propios como de sus contrapartes. La manera en que estos grupos movilicen sus recursos podrá explicar de un modo más acabado el éxito o fracaso de sus acciones políticas. En este sentido Epp (2013) considera que los logros en el reconocimiento de derechos civiles que se dieron en el marco de las diversas campañas de litigio estratégico son el resultado de una "estructura de sostén" dentro de la cual distintos abogados y activistas generan los recursos materiales necesarios para avanzar judicialmente con sus agendas políticas y de reconocimiento de derechos. Susan

Olson (1990) por su parte, considera que entender el acceso individual o grupal a diferentes recursos legales (como es la experiencia o la *expertise* técnica) nos ayuda a generar explicaciones institucionales alternativas vinculadas a campañas de judicialización de agendas políticas.

La cuestión de la posesión de recursos se ha tornado un elemento central en varias de estas explicaciones que intentan comprender los móviles para el diseño e implementación de estas campañas. Las ideas de Epp (2013) vinculadas a que los cambios jurídicos solamente pueden darse con el desarrollo de una estructura de sostén, estructura que consiste básicamente en la posesión de recursos humanos y financieros por parte de las organizaciones que judicializan causas, han tenido una gran influencia en diversos enfoques. Sin embargo, reconociendo que la posesión de recursos es muy importante, puede no ser un elemento que de por sí solo sea determinante para asegurar el éxito de las campañas de litigio estratégico, ya que éstas son altamente complejas y contingentes. Diversos ejemplos abonan esta postura. Uno de ellos se vincula con las campañas de litigio estratégico llevadas a cabo por grupos económicamente conservadores en las últimas décadas. Las campañas de litigio estratégico de estos grupos y organizaciones, poseedores de importantes recursos financieros y humanos, han tenido un éxito muy limitado e importantes inconvenientes para ingresar en el campo jurídico, marcadamente anticonservador (Teles, 2009).

En la misma dirección apuntan den Dulk y Krishnan (2002) al analizar casos de judicialización por parte de grupos religiosos. Para estos autores, no hay una conexión necesaria entre la posesión de recursos con la elección del uso del litigio estratégico. Dado un gran rango de alternativas (que van desde el uso de varias estrategias paralelas hasta la posibilidad de no utilizar ninguna) no tiene gran sentido asumir que los grupos y organizaciones se movilizan (y judicializan sus demandas) solamente porque poseen los recursos necesarios para hacerlo.

1.3. El desarrollo de Campañas de Litigio Estratégico impulsado por ideas

Hay una tercer corriente importante de pensadores que entienden que el principal motivo que llevaría a ciertos grupos a judicializar sus causas se vincularía con factores ideológicos y estaría relacionado a la mentalidad de sus miembros (principalmente abogados) que integran estos grupos (Scheingold, 1974; Greenberg, 1974; Wasby, 1995; Den Dulk & Krishnan, 2001). En general, las organizaciones que diseñan estas campañas de litigio lo hacen porque sus miembros abrazan la ideología del "mito de los derechos"⁸ (Scheingold, 1974). Desde esta perspectiva, el litigio funcionaría para ciertos grupos como el principal mecanismo institucional y tendría la capacidad de producir tanto declaraciones de derechos como su implementación, lo que a largo plazo produciría cambios sociales.

La importancia que el rol de las ideas tienen en la judicialización estratégica ha sido profundizada por Den Dulk y Krishnan (2001) quienes muestran cómo grupos católicos han usado de manera constante y consistente (desde la década de 1960) las cortes estatales y federales para articular sus demandas, como consecuencia de una cosmovisión particular, vinculada a una doctrina de compromiso con la defensa de valores de la comunidad y de acción en el campo de lo público. Ideas importantes del catolicismo como "bien común", "derecho natural" y "justicia social" habrían generado un importante marco de legitimidad a las decisiones emanadas del poder judicial en cuestiones vinculadas a temas de bioética, aborto y educación religiosa. Los grupos evangélicos, por otra parte, con una cosmovisión más autonomista y volcada hacia las acciones individuales de sus fieles, comenzaron a judicializar causas varias décadas después, sólo después de que comenzaron a percibir un avance de "fuerzas

⁸ Para Scheingold (1974) el mito de los derechos se refiere a la suposición generalizada de que 1) litigio puede implicar declaraciones de derechos de los tribunales; 2) que puede, además, ser utilizado para asegurar la implementación de estos derechos; y 3) que la implementación es equivalente a un cambio significativo. De esta manera, el mito de los derechos expresa una fe profunda en las promesas del gobierno constitucional, una "fe en la eficacia política y suficiencia ética de la ley como principio de gobierno" (p. 17). Argumentando que la mayoría de los estadounidenses son sensibles al respeto del derecho, Scheingold sugiere que el mito de los derechos orienta la vida estadounidense "de manera distintiva y perdurable" (pp. 62-79).

seculares” en el país y ante la necesidad de frenar tales avances. Hasta antes, entendían que los jueces civiles carecían de facultades y legitimidad para imponer normas y principios que contrariaban principios bíblicos⁹.

La necesidad de incorporar una dimensión “cultural” o “ideacional” al estudio de grupos y movimientos sociales fue una propuesta del sociólogo Stephen Hart (1996), al notar que en la mayoría de los estudios sobre movimientos sociales de Estados Unidos no se tenían en cuenta las ideas religiosas de sus miembros, lo que generaba análisis y explicaciones limitados. La idea de este autor se vincula con que la elección del litigio por parte de diversos grupos dependerá también de las ideas y códigos culturales que guían el accionar de sus miembros. Es decir que la movilización del derecho no solo dependerá de poseer recursos o de tener alternativas limitadas de acción, sino fundamentalmente de cuán legitimado estén los tribunales locales como para respaldar sus demandas, según la mentalidad de los miembros de estos grupos u organizaciones.

1.4. ¿Y en qué casos se optaría por la judicialización en Argentina?

Este fenómeno también ha sido examinado en Argentina. De hecho, Daniel Ryan (2011, p. 2) ha notado que desde la restauración de la democracia, el sistema político argentino se ha vuelto más abierto y receptivo a las demandas ciudadanas, pero, sin embargo, en el país se ha venido experimentando particularmente un aumento sostenido del litigio en materia de políticas públicas. Este autor, tras analizar trece

⁹ En el caso indio, el estudio se hizo en torno a grupos vinculados al hinduismo, al cristianismo y al islam. En el contexto de la India, el grupo hinduista y védico Arya Samaj reconocía la práctica extendida de la judicialización como modo de visibilizar sus demandas políticas: para este grupo, la corrupción burocrática y los intereses partidarios hacían que el poder judicial se presente como la única institución independiente y confiable. Las organizaciones islámicas y católicas, por otra parte, manifestaban ser reticentes ante las alternativas judiciales, debido principalmente a que sus principios, basados en la tolerancia, el diálogo y la armonía interreligiosa eran contrarios a la utilización de estas estrategias judiciales y además que las mismas podrían generar un clima de hostilidad y desconfianza en una sociedad predominante hinduista. Con estos casos estudiados los autores concluyen que “sus ideas y actitudes [la de estos grupos] en relación a sus creencias religiosas juegan un rol crucial en los procesos de toma de decisiones” (2002: p. 275).

casos conflictivos que culminaron en la judicialización de políticas públicas, llega a la conclusión que existirían tres escenarios principales que llevan a las organizaciones optan por plantear sus demandas en el seno del poder judicial en lugar de elegir otras vías democráticas. El primero se produciría en escenarios políticos caracterizados por la existencia de serias deficiencias estructurales en la implementación de políticas públicas. Es decir, se daría en un contexto político favorable pero que sin embargo no tiene la capacidad de dar respuesta a las demandas de la ciudadanía, quienes optan por judicializar. El segundo escenario, por su parte, se produciría cuando el poder ejecutivo se resiste (o incluso se opone abiertamente) a implementar políticas públicas o a accionar de acuerdo a los marcos regulatorios impuestos por el mismo Estado, mientras que el Poder Legislativo asume una posición pasiva, no controlando el accionar del ejecutivo. Es decir, se daría en escenarios políticos caracterizados por un débil sistema de equilibrio de poderes entre el ejecutivo y el legislativo, lo que también impulsaría presentaciones judiciales. Por último, el tercer escenario se daría cuando ciertos actores sociales vinculados con las políticas públicas en cuestión sólo tuvieron un acceso limitado al proceso de formulación de dichas políticas públicas que los afectaban y una limitada influencia política, y sus demandas debían enfrentar a una fuerte oposición del poder ejecutivo (Ryan, 2011: p. 267).

Un punto que sobresale de la investigación de Ryan se vincula a que varias de las teorías clásicas que intentan explicar cuáles por qué estos grupos pueden verse involucrados en el diseño e implementación de campañas de litigio estratégico pueden ser incapaces de abordar el fenómeno de judicialización en Argentina. De los tres escenarios propuestos, sólo el tercero podría ser explicado desde la perspectiva de los grupos desventajados. Los otros dos sólo podrían entenderse a partir de un contexto político determinado, propiamente argentino, caracterizado por la falta de recursos o deficiente (si no nula) implementación de políticas públicas. Esto nos lleva a reflexionar sobre la necesidad de seguir explorando el campo judicial argentino con el fin de desarrollar otras alternativas teóricas que den cuenta de este fenómeno.

En los próximos capítulos veremos varios ejemplos donde ciertos grupos decidieron embarcarse en campañas de litigio estratégico para obtener el reconocimiento y la protección de derechos en favor del grupo que representaban. Sin embargo, no queremos dejar pasar por alto que muchas veces, tanto la implementación como la participación en este tipo de campañas pueden ser de tipo reactivo, es decir, activarse como respuesta a iniciativas políticas o judiciales impulsadas por otros sectores. Es decir que a veces diversos eventos, frecuentemente ajenos o inesperados por las propias organizaciones, las obligan a involucrarse en casos judiciales incluso cuando sus recursos son escasos, desarrollando un actividad de tipo contestataria, y no planificada como en la mayoría de las campañas de litigio estratégico, lo que, para algunos autores, puede limitar las posibilidades de éxito judicial (Wasby, 1995). Así, por ejemplo, en materia de derechos reproductivos en Argentina, el movimiento pro-vida¹⁰ ha sido particularmente efectivo en la ejecución de sus campañas de litigio estratégico, mientras que el movimiento feminista, se ha caracterizado por tener una actitud más bien reactiva y contestataria ante estas demandas judiciales, con una efectividad muy limitada, siendo incapaz de revertir los avances obtenidos por la judicialización de grupos pro-vida (Campana, 2015).

1.5. Entonces ¿qué objetivos deberían ser perseguidos judicializando?

El último punto que se quiere analizar en este primer apartado se vincula con las distintas motivaciones que organizaciones/grupos (y sus respectivos abogados) suelen tener en miras al momento de lanzar sus campañas de litigio estratégico.

Estas motivaciones pueden variar enormemente, y se pueden mencionar desde el de hacer públicas sus demandas o sentar jurisprudencia, hasta esperar cambios en

¹⁰ Por movimiento "pro-vida" se entiende a aquellos grupos, organizaciones, asociaciones o movimientos cuyo principal objetivo es llevar a cabo prácticas y políticas tendientes a evitar o subvertir el avance de derechos sexuales, reproductivos y no reproductivos, como así también a promover y defender determinadas nociones de matrimonio (heterosexual, conyugal, monogámico y reproductiva), de familia y de vida (desde la concepción hasta la muerte natural).

las pautas culturales de una sociedad. En este sentido, Stephen Wasby (1995: p. 116) decidió analizar distintas respuestas que diferentes abogados de la ciudad de Washington (que habían participado en campañas de litigio estratégico) daban a la siguiente pregunta: ¿Qué objetivos deberían ser perseguidos por medio del litigio? Sus datos muestran que “dar una respuesta inmediata a los reclamos de los grupos oprimidos” se posicionaba en primer lugar, y “obtener publicidad o cobertura mediática” se posicionaba al final. Además, según el autor, los abogados de estas organizaciones buscan con el litigio impactos a corto y largo plazo. A corto plazo se pueden mencionar los objetivos de establecer nuevos derechos constitucionales, desarrollar nuevos marcos interpretativos y elaborar remedios judiciales apropiados. En el largo plazo consideran que éstos deben consistir en fortalecer la credibilidad de los litigantes y generar un ambiente favorable para los futuros esfuerzos en donde se vean involucrados.

2. ¿Quiénes pueden desarrollar campañas de litigio estratégico? Las organizaciones como actores claves en el diseño e implementación de este tipo de campañas

Otra característica de estas campañas se vincula con quiénes son los actores que la llevan a cabo. Hasta ahora nos venimos refiriendo a “organizaciones” o “grupos”, y esto se debe a que conforme Burton Weisbrod (1978) los actores que desarrollan campañas de litigio estratégico deben ser caracterizados como organizaciones de la sociedad civil que proveen de representación a aquellos intereses que no están representados, transformando esos intereses difusos en intereses jurídicos a través del uso del litigio. Si bien esta definición tiene la ventaja de poner el énfasis en quiénes llevan a cabo estas campañas, se puede decir que no es del todo acertada. Y esto se debe a que, tal como se vio en el apartado anterior, muchas de estas campañas son llevadas a cabo por ciertos sectores cuyos intereses pueden estar también representados en otros ámbitos. Quizás el caso más obvio sea el de las

diversas campañas llevadas a cabo por ciertos sectores económico-conservadores tendientes a velar por los intereses de grandes grupos económicos (Teles, 2009).

En otras palabras, y respondiendo a la pregunta que da origen a este apartado, esta estrategia política es compleja y consume mucho tiempo y recursos (humanos y financieros) lo que lleva a que sean sólo ciertas organizaciones las que puedan involucrarse en este tipo de campañas (y que muchas veces han sido creadas con este fin). De esta forma, individuos u grupos que carezcan de dichos recursos no podrán involucrarse por sí solos en estas campañas.

En los Estados Unidos, fue a partir de la década de 1970 que hubo un importante surgimiento de nuevas organizaciones que comenzarían llevar a cabo campañas de litigio estratégico como principal forma de intervención política en la defensa de los "portorriqueños, descendientes de mexicanos, indígenas americanos, discapacitados, niños y gays y lesbianas" (Wasby, 1995: p. 47). El surgimiento de todas estas organizaciones se vio fuertemente incentivada no sólo por la experiencia de *Brown* (Epp, 2013), que parecía haber sido muy exitosa, sino también por el apoyo financiero recibido por ciertas fundaciones, principalmente la Fundación Ford (Walker, 1983). En este contexto, es que surgieron las primeras organizaciones de la diversidad sexual dedicadas al litigio en dicho país (Andersen, 2004). En Argentina, estas experiencias se replicarían con la reinstauración de la democracia, siendo el Centro de Estudios Legales y Sociales en la década de los ochenta quien daría el puntapié inicial al surgimiento de estas organizaciones (tal como se analizará en el capítulo 4).

Con relación a la proliferación de diversos grupos y organizaciones dedicadas a ejecutar campañas de judicialización para el reconocimiento y protección de grupos vulnerables en Estados Unidos, Rosemary Salomone (1990: p. 131) considera que este fenómeno ha tenido impactos positivos y negativos. Entre los positivos cuenta que este importante surgimiento de organizaciones que comenzaron a judicializar sus causas ha "fortalecido el movimiento al proveer de abogados de derechos civiles con un enorme arsenal de armas jurídicas". Sin embargo, también considera que los ha

llevado a debilitarse al obligarlos a volverse contra los pares en la competencia por “los recursos y la atención”¹¹, que siempre son escasos.

3. ¿Qué se debe tener en cuenta al momento de litigar? La planificación inicial de las campañas de litigio estratégico

Tal como se mencionó en la introducción de este capítulo, el conjunto de acciones judiciales tendiente a atacar la segregación escolar que culminó en el fallo *Brown* instauró una nueva manera de entender y movilizar el derecho, y esta manera se cristalizó en el diseño e implementación de campañas de litigio estratégico. Para Joel Handler (1979: p 117) esto culminó en “probablemente el emprendimiento más ambicioso de acciones tendientes a producir cambios legales llevado a cabo por grupos reformistas”. Y como también se mencionó, el caso *Brown* generó un modelo específico de litigio, que fue denominado como “el paradigma *Brown*” (Wasby, 1995) y fue definido como “la principal inspiración para que otros [grupos] busquen cambios por medio del litigio” (Greenberg, 1974: p. 20), paradigma que tendría particular relevancia en la protección de derechos e intereses colectivos (Handler, Hollingsworth & Erlanger, 1978).

Sin embargo, según varios autores, el caso *Brown* (y la campaña de litigio que culminó con este fallo –y que será analizada en el próximo capítulo más detenidamente-) fue claramente sobrevalorado (Rosemberg, 2008; Klarman, 2007) y en realidad, no produjo los cambios que muchos de los autores le han atribuído. Técnicamente el “paradigma *Brown*” no sería un paradigma en sí, sino una experiencia histórica que permitió pensar al derecho como un instrumento de cambio social, y en torno a esta experiencia se cristalizaron una serie de descripciones y prescripciones que debían tener en cuenta las organizaciones que decidieran embarcarse en estas campañas. Y si bien la utilidad y el impacto del “modelo *Brown*”

¹¹ En los próximos apartados se analizarán más detenidamente las cuestiones vinculadas a los recursos y las relaciones interorganizacionales que estos grupos deben enfrentar.

en la práctica fue disminuyendo con el tiempo¹² (Wasby, 1995), esta experiencia fue simbólicamente tan poderosa que aún hoy sigue inspirando campañas de litigio de diversos grupos en distintas partes del mundo (Fiss, 2006), incluyendo Argentina (tal como se verá detenidamente en el capítulo 4). En este apartado examinaremos de qué manera el modelo de litigio propuesto por *Brown* (en adelante, el “modelo *Brown*”) sistematiza un conjunto de prescripciones que los actores deberían tener en cuenta en la planificación inicial, para impactar en el campo judicial y extrajudicial.

En este sentido, las campañas de litigio han sido definidas como campañas que, luego de identificar determinadas metas que se pretenden alcanzar, se enfocan en una particular área del derecho, buscan varios casos simultáneamente y luego eligen los casos en mejores condiciones de judicializar, controlan el desarrollo, el progreso de esos casos, y establecen las estrategias que llevarán adelante (Greenberg, 1974; Rabin, 1992; Wasby, 1995). Para Rabin (1992), es necesario que se den todos estos elementos para hablar de campañas de litigio estratégico. Llega a esta conclusión tras analizar diferentes casos que se judicializaron en relación a la responsabilidad de las empresas tabacaleras en las muertes causadas por cáncer de pulmón de los consumidores. Según este autor, los diversos casos que atacaban a las tabacaleras, si bien podían contribuir a mejorar la salud de la comunidad, no constituyeron verdaderas campañas de litigio estratégico, debido a que estos esfuerzos no estuvieron coordinados, o la coordinación se había limitado a una “modesta puesta en común de recursos en diferentes casos individuales” y no había una selección de casos coherentes con los daños que se reclamaban (Rabin, 1992: p. 870). Por su parte, Stephen Wasby (1995; p. 154) considera que toda campaña de litigio estratégico, para que funcione con un modesto grado de éxito debe 1) establecer objetivos claros; 2) controlar eficientemente el litigio; 3) disponer de recursos y 4) poseer una base organizacional que la respalde.

¹² Para este autor, luego de *Brown* el dictado de leyes que reconocían derechos a las minorías, y al mismo tiempo normativas más sofisticadas que a primera vista se mostraban neutrales e inocuas pero en la práctica seguían perpetuando diferencias y desigualdades, tornó cada vez más complejo y costoso el litigio en materia de segregación racial en el país. A eso se debe sumar la reticencia de la CSEU para entender en este tipo de casos (p. 118-128).

Asimismo, si bien el número de campañas de litigio que lleva cada organización puede ser muy pequeño, "el número de casos que incluye es tan grande como el número de personas a los que afecta" (Wasby, 1995: p 145). Además, es posible que varias campañas se estén desarrollando simultáneamente por parte de las mismas organizaciones aunque estas se encuentren en distintas etapas de desarrollo. En este sentido, algo que se da frecuentemente en organizaciones que ven en el litigio una de sus principales herramientas de intervención social, tanto en Estados Unidos como en Argentina.

Karen O'Connor (1980: p 17), por su parte, al analizar las organizaciones para el avance de los derechos de las mujeres que se presentaron ante la Corte Suprema de los Estados Unidos desde 1869, identifica una serie de elementos que deben considerarse al momento de diseñar campañas de litigio por parte de estas organizaciones:

- a) Desarrollar acciones y actividades a largo plazo o longevidad;
- b) Poseer recursos humanos con dedicación exclusiva (o en su defecto, que estos sean habilidosos y dedicados);
- c) Realizar un enfoque preciso y detallado del problema que se quiere atacar;
- d) Poseer también recursos financieros;
- e) Contar y/o generar datos técnicos;
- f) Tener capacidad de dar buena publicidad en los tiempos oportunos a sus casos;
- g) Contar con una buena coordinación entre la sede central y las filiales;
- h) Ser capaz de coordinar y cooperar con otros grupos de interés;
- i) Ser capaz asimismo de persuadir al Departamento de Justicia o al Procurador de la Nación (*Solicitor General*) de ingresar a la contienda judicial apoyando los reclamos de la organización.

En general, la planificación de las campañas tiene un alcance bastante amplio, y consecuentemente “mientras se busque un mayor alcance, será mayor la planificación necesaria” (Wasby, 1995: p. 146). Esta amplitud es consecuencia de la necesidad que tienen las organizaciones de generar diversos casos para aumentar las posibilidades de llegar ante la Corte Suprema, y en esa instancia ser capaces de elegir el caso que mejor encaje en su pedido (O'Connor, 1980). Además, la posibilidad de generar diversos casos dependerá también del lanzamiento de una campaña de alcance nacional con importantes recursos y filiales de la organización en otras partes del país. Esta idea, bastante difundida en Estados Unidos, no ha sido tenida muy en cuenta por las organizaciones argentinas, siendo quizás las campañas de grupos pro-vida y del movimiento de la diversidad sexual quienes han judicializado sus causas en distintos fueros del país (Campana, 2001; 2015).

Estrechamente vinculado a los alcances del litigio está la longevidad de la campaña, es decir, de que la misma se deba llevar a cabo de manera gradual y progresiva, una idea fuertemente vinculada a la cultura jurídica del *common law* (Tushnet, 1987), donde la fuerza del precedente judicial es más poderoso. En general, la mayoría de las campañas de litigio estadounidenses han sido planificadas con estas premisas. De esta manera, la longevidad permitiría

“a una organización dismantelar lentamente los precedentes adversos y dejar pasar algunos casos esperando por aquellos en los cuales sus demandas pueden ser enmarcadas; involucrarse en la planificación de emergencia o de respaldo en caso de que algunos casos "se caigan" y un codiciado precedente no se materialice; reducir o suspender los esfuerzos de litigio en un ambiente político o jurídico poco receptivo y así esperar a que la situación sea más favorable; y manejar casos complejos a través juicios y apelaciones prolongadas” (Wasby, 1995: 146)

La experiencia argentina ha mostrado, por otra parte, que varias de las campañas perseguían sentencias favorables en un corto plazo. El hecho de que los precedentes judiciales carezcan de la fuerza vinculante que poseen en el sistema del *common law* incentivaban a organizaciones a buscar cambios de criterios jurisprudenciales en un plazo menor. Sin embargo esto no quiere decir que las campañas hayan sido concebidas como acciones a corto plazo, sino que las demandas se han caracterizado por exigir al poder judicial el abandono de sus precedentes judiciales tradicionales y la adopción de nuevas interpretaciones. Tal como se verá detalladamente en el capítulo 5, la campaña de litigio por el "matrimonio igualitario" implicaba la declaración de inconstitucionalidad del Código Civil en su regulación matrimonial y el reconocimiento del derecho de acceder al matrimonio, sin aceptar la posibilidad del reconocimiento de la "unión civil". Era todo o nada.

Finalmente, se quiere hacer mención que para algunos autores durante la planificación del litigio, lo primero que adquiere gran relevancia es que se fijen varios (o al menos uno) objetivos claros y precisos que se pretenden alcanzar con la campaña de judicialización (Rabin, 1992). Son estos objetivos los que guiarán, no solo el litigio, sino todas las actividades que se lleven a cabo dentro del marco de la campaña (que incluye lobby, comunicaciones de prensa, presentaciones administrativas, entre otras). Wasby (1995: p. 154) hace la distinción entre objetivos sustantivos, que serían aquellos que buscan cambios legales, políticos y/o sociales, como terminar con la discriminación de las minorías; y los objetivos procedimentales, que suelen concentrarse en obtener sentencias judiciales favorables y fijar nuevos estándares constitucionales que reconozcan, protejan o garanticen los derechos en discusión.

Sin dudas la fijación de objetivos claros es importante para la planificación inicial de cualquier campaña, y los objetivos procedimentales suelen guiar el diseño de las mismas. Sin embargo, en relación a los objetivos sustantivos, es difícil determinar si la judicialización puede producir cambios políticos o sociales, y por lo

tanto, si las organizaciones deben fijarse estos objetivos también. Así, por ejemplo, para algunos autores como Gerald Rosemberg (2008) el poder judicial tiene una muy limitada capacidad para producir estos cambios, y en general si es esto lo que se está buscando, se deberían pensar en otras estrategias políticas para alcanzarlos. No obstante, en general, las organizaciones que diseñan estas campañas suelen tener una perspectiva más optimista en relación a la posibilidad de cambios más profundos por medio del litigio, es decir, adscribirían a lo que Stuart Scheigonld (1974) denomina “el mito de los derechos”, una suposición generalizada que considera que las declaraciones de derechos de los tribunales (y su consiguiente implementación) traerían consigo cambios significativos a nivel sociopolítico¹³, y por lo tanto fijarían tanto objetivos sustantivos como procedimentales en el diseño de sus campañas.

4. ¿Cuándo litigar? La influencia del contexto durante las campañas del litigio estratégico

Tal como muestran varios autores (Wasby, 1995; Rosemberg, 2008; Ryan, 2011) factores externos o contextuales son fundamentales para analizar las campañas de litigio estratégico. Tanto la receptividad de estas demandas por parte del poder judicial, como las reacciones de los otros poderes del Estado antes estas demandas, suelen ser tenidas en cuenta tanto por parte de aquellas organizaciones que optan por la utilización de estas maniobras políticas, como por teóricos que analizan la eficacia de las campañas estudiadas.

Como veremos en los próximos capítulos, los contextos favorables permitieron que las campañas lanzadas por aquellos grupos que decidían judicializar sus causas les reportaran un final exitoso. Y mientras el contexto no les era favorable, estos casos tenían o bien dificultades en ingresar al campo jurídico, o una implementación deficiente de los remedios propuestos por el poder judicial.

¹³ Véase nota al pie nro 8.

Pero sin ingresar a la problemática de la implementación, normalmente las organizaciones proceden a realizar un análisis del contexto en el que llevarán a cabo su campaña, para examinar la oportunidad y conveniencia de las acciones. Si bien se podrían también mencionar otros elementos externos que influyen en el contexto, como los demográficos, económicos, geográficos e incluso internacionales, son los contextos jurídicos y políticos aquellos que adquieren una mayor importancia al momento de optar por la estrategia de movilización del derecho, tal como se desarrollarán a continuación.

4.1. El contexto político

El contexto político es uno de los elementos más importantes en generar incentivos para la judicialización de una problemática. En general, tal como lo expone Wasby (1995: p. 2), las organizaciones por los derechos civiles “no están apartadas del ambiente sino que son parte del mismo y se mezclan en él, impactan en el contexto y son impactadas por él”. Este contexto, muchas veces se presenta como favorable, lo que genera un mayor incentivo al desarrollo de estas campañas. Pero también puede presentarse como neutral o incluso desfavorable, lo que en algunos casos lleva a estas organizaciones a cuestionarse sobre la conveniencia de activar el poder judicial a fin de hacer escuchar sus demandas, y en otros, a ver en los tribunales la posibilidad de obtener respaldo sus demandas. Un contexto político favorable a la demanda de ampliar el matrimonio a gays y lesbianas impulsó que parte del movimiento argentino de la diversidad sexual lanzara su campaña por el “matrimonio igualitario” (lo que será analizado en el capítulo 5). Por otra parte, un contexto político desfavorable a las demandas de sectores pro-vida vinculadas a la prohibición de la distribución de pastillas anticonceptivas en el país fue lo que impulsó un conjunto de acciones judiciales tendientes a obstaculizar o revertir las políticas públicas diseñadas por el gobierno en este ámbito (Campana, 2015).

4.1.1. El poder ejecutivo

Un actor clave en el contexto político que se tiene en cuenta es el poder ejecutivo, representado principalmente por el Presidente del país, o el Gobernador de entidades subnacionales. Y tal como ya se hizo mención, su apoyo o rechazo a las demandas de estos grupos puede incentivar el lanzamiento de campañas de litigio estratégico.

Para autores como Gerald Rosemberg (2008: p. 31), el apoyo del poder ejecutivo se torna fundamental en la planificación de una campaña de litigio estratégico. Él considera que

“[e]n los casos en que el gobierno federal está dispuesto a aparecer en calidad de *amicus* a favor de los que planean reformas sociales puede significar una buena oportunidad para litigar. La aparición del gobierno federal no solo reasegura a las cortes que la reforma demandada tiene apoyo, sino también sugiere que el ejecutivo será el último en oponerse a la implementación de la decisión judicial”

Según esta postura, la falta de apoyo por parte del poder ejecutivo puede traducirse en el incumplimiento de las sentencias judiciales o la no implementación de medidas tendientes a realizar lo ordenado por los tribunales. Sin embargo, tal como lo muestra Daniel Ryan (2011), ha sido la abierta oposición del poder ejecutivo provincial a las demandas de ciertos grupos (como por ejemplo, en lo vinculado a la gestión de residuos urbanos en la Provincia de Buenos Aires, o en el reconocimiento de derechos de propiedad comunitaria sobre tierras ancestrales de pueblos originarios en la Provincia de Jujuy) lo que llevó a la judicialización de sus demandas. No obstante, la existencia de un poder ejecutivo hostil a estas demandas podría dificultar o impedir la correcta implementación de las sentencias (Rosemberg, 2008).

4.1.2. El Poder Legislativo

En general, las mismas consideraciones deben ser tenidas en cuenta con relación al poder ejecutivo. Es común que las legislaturas locales y el Congreso Nacional cumplan un rol muy importante en las cuestiones que suelen debatirse, y su conformación debe ser considerada tanto al momento de plantear demandas judiciales como al momento de pensar en la implementación de las sentencias. En las distintas campañas que analizaremos, veremos cómo las discusiones y decisiones de estos órganos deliberativos marcaban avances o retrocesos en las campañas de litigio desarrolladas. Además, hay que tener especial consideración del poder legislativo cuando lo que se busca con estas campañas es dictar nuevas normas o enmendar normas vigentes pero que contradicen las demandas de estos grupos.

4.1.3. La opinión pública y las relaciones entre litigantes y los poderes del Estados

Algunos autores incorporan la opinión pública como una dimensión que también debe ser tenida en cuenta, tanto en la etapa de la planificación inicial como en la fase de implementación de las sentencias (Wasby, 1995). De este modo, mientras una opinión pública mayoritaria desfavorable a las demandas judiciales por el matrimonio entre parejas del mismo sexo en Estados Unidos significó obstáculos al desarrollo de esta campaña de litigio, en Argentina, por el contrario, existía un importante respaldo a las mismas demandas, lo que incentivó la profundización de la campaña (Bimbi, 2010).

En síntesis, podemos decir que las relaciones entre los grupos que ejecutan estas campañas y los órganos de gobierno oscilan entre la división del trabajo, la cooperación y el conflicto (Wasby, 1995). En el caso de la división del trabajo, por ejemplo, durante las campañas de desegregación post *Brown*, algunas de las organizaciones decidieron litigar en cuestiones donde el gobierno no se estaba

haciendo cargo, mientras que el gobierno federal analizaba los escenarios que estaban comprometidos con campañas de litigio, para evitar llevar a cabo tareas allí (Wasby, 1995: p. 21).

Es posible además que estas organizaciones y los distintos órganos o agencias gubernamentales cooperen judicialmente, posicionándose el mismo lado de la contienda judicial. Por ejemplo, el Departamento de Justicia tomó un rol muy activo apoyando judicialmente varias de las demandas de sectores afroamericanos luego de la sentencia de *Brown* (Klarman, 2007). En Argentina, por su parte, el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia o el Racismo (INADI) tuvo un rol muy activo en las campañas del movimiento de la diversidad sexual apoyando sus reclamos y canalizándolos en otros niveles estatales (Bimbi, 2010).

Sin embargo, lo más usual suele ser que las organizaciones se vinculen con los órganos del Estado por medio de relaciones conflictivas y contrapuestas. Normalmente las demandas judiciales presentadas en el marco de estas campañas son contra una acción u omisión estatal, lo que coloca al Estado del otro lado de la contienda. En aquellos países federales, muchas veces es contra el Estado de una unidad subnacional (una provincia argentina o un estado estadounidense) y reparticiones de diversas jurisdicciones pueden entrar en conflicto, algo que no es poco común que suceda.

Resumiendo estas ideas se puede decir entonces que, atento a la naturaleza de la mayoría de las demandas que inspiran estas campañas, no debe perderse de vista estas dimensiones del contexto político al momento de lanzar, continuar o rediseñar una de estas campañas. El respaldo gubernamental puede significar un importante incentivo para las organizaciones, y su oposición obliga a hacer una cuidadosa evaluación y planificación de los recursos y acciones que deberán emplearse para aumentar las posibilidades de éxitos o dar continuidad a las campañas en casos de reveses judiciales.

4.2. El contexto jurídico: remedios y sentencias judiciales

En términos del contexto jurídico, es fundamental que existan remedios judiciales en el campo jurídico capaces de hacer frente a las demandas planteadas por diversos grupos y organizaciones, y que en consecuencia el poder judicial se encuentre legitimado (jurídica, política y socialmente) para la toma de decisiones y el diseño e implementación de políticas públicas tendientes a ejecutar sus decisiones. El éxito o el fracaso de las campañas de litigio dependerán profundamente de la existencia de estos remedios y del rol asumido por los jueces ante estas demandas.

En relación a estos remedios judiciales es importante aclarar que “en la tradición del derecho argentino no existe el equivalente terminológico de la idea de “remedios” como se la conoce en el sistema jurídico estadounidense. En éste, el concepto de “remedy” se refiere a “los distintos tipos de instrucciones que los tribunales ordenan luego de ser persuadidos de los méritos de un planteo del demandante” (Bergallo, 2005: p. 3). Según esta autora, dentro de los remedios judiciales podríamos incluir a aquellos que determinan daños (sea como compensación monetaria o como daños punitivos), aquellos que declaran derechos y obligaciones de las partes y aquellos que imparten órdenes (denominadas *injunctions*) y que tienen por finalidad la de ordenar al demandado a llevar a cabo o abstenerse de realizar ciertas conductas¹⁴.

Sin embargo, aunque no exista este “equivalente terminológico” en general distintas normas del derecho argentino (particularmente el civil y el procesal) contemplan la mayoría de las diversas modalidades remediales del derecho estadounidense y

¹⁴ Con relación a las *injunctions*, esta autora considera que existirían las “(a) preventivas, orientadas a evitar daños futuros, (b) reparatorias, reservadas a la reparación de daños pasados; y (c) estructurales, por el litigio de derecho público, y destinadas a reorganizar instituciones sociales. Todas ellas pueden ser temporarias o definitivas” (Bergallo, 2005, p. 04)

“en la práctica, las sentencias contienen la determinación de indemnizaciones por daños, reconocimientos de derechos o instrucciones de hacer u omitir hacer al estilo de las *injunctons*. También las medidas precautorias se asemejan a las órdenes temporarias o provisionales del *common law*. Sin embargo, no existe un sucedáneo conceptual de la idea de remedios del derecho estadounidense, una dogmática o discusiones teóricas sobre los mismos como un área comprehensiva y específica del derecho procesal o sustantivo y, mucho menos, estudios sociológicos de las prácticas remediales de los tribunales argentinos, sus obstáculos y grados de efectividad” (Bergallo, 2005, p. 04)

Como será analizado en los capítulos 2 y 4, existieron importantes mutaciones en el campo jurídico estadounidense y argentino que hicieron posible que, por un lado surgieran nuevas herramientas procesales (o “remedios”) que tuvieran la capacidad de incentivar a distintas organizaciones a embarcarse en campañas de litigio en defensa de sus intereses y por el otro los jueces comenzaran a ser vistos como importantes actores políticos en materia de garantizar la aplicación de derechos (y en algunos casos, como un agente de ingeniería social para remediar aquellas situaciones consideradas jurídicamente inaceptables y socialmente injustas).

Otra dimensión a considerar del contexto jurídico (junto a la existencia de remedios procesales) es el cuerpo de jurisprudencia generado por el poder judicial, ya que serán esos antecedentes los que servirán de base para diseñar, ejecutar, sostener o redireccionar las diversas campañas judiciales promovidas por las organizaciones. Estos precedentes judiciales adquieren mayor relevancia en culturas jurídicas vinculadas al *common law*, donde la fuerza del precedente es más acentuada que en otros sistemas, tales como el continental (que inspira el sistema jurídico argentino).

En el momento del diseño de este tipo de campañas, es común que estas organizaciones estén pendientes de las tendencias jurisprudenciales. Esto es debido a

que conocer y analizar los precedentes les permitirá hacer una mejor previsión de los resultados. Incluso, muchas veces parte de las campañas de judicialización consisten en generar precedentes favorables a las demandas de las organizaciones.

Del gran cuerpo de jurisprudencia con el que deben lidiar los abogados, el más importante se vincula con el generado por las Cortes Supremas, ya que constituyen una importante guía de interpretación y diseño estratégico. Además, en algunos casos, las decisiones de los altos tribunales llevan a redefinir las demandas a fin de satisfacer los nuevos estándares judiciales. También del análisis jurisprudencial puede surgir que la Corte Suprema de un país sea reticente para entender en ciertos temas, o tenga una postura contraria a la buscada por los abogados de estas organizaciones, abriéndose varias opciones: o bien los abogados pueden suspender sus acciones judiciales para evitar generar nuevos precedentes contrarios a sus demandas o, en aquellos países que adoptan la forma federal, demandar en fueros estatales o provinciales que se muestran más receptivos a dichas demandas (sobre la elección del fuero, véase el apartado 5).

Pero los abogados y las organizaciones que ellos representan también pueden decidir litigar en fueros donde reinen antecedentes jurisprudenciales desfavorables. En estos casos, pueden estar motivados por la defensa de ciertos principios o ciertos grupos desfavorecidos, o por el efecto mediático y social que el caso judicial puede significar. En este sentido, Jules Lobel (2003: p. 4) considera que es la acción política y la necesidad de educar a la comunidad y discutir públicamente estos problemas lo que lleva a organizaciones y abogados activistas a involucrarse en contiendas judiciales, expresando que “[a]unque el contexto político de nuestras demandas haga altamente improbable el éxito judicial, lo llevamos a cabo porque nuestros propósitos van más allá de las meras victorias. Le hablamos al público, no sólo al Tribunal”.

Como se analizará en los próximos capítulos, las diversas campañas de judicialización estratégica se hicieron en contextos de antecedentes jurisprudenciales poco receptivos, pero que tuvieron por finalidad comenzar a cuestionar, a través de

un lenguaje de derechos, el orden normativo vigente, e instalar este debate en la sociedad.

Pero el análisis jurisprudencial no se limita al lanzamiento de las campañas. Tal como señala Stephen Wasby (1995), el conjunto de precedentes judiciales que se generen durante el desarrollo de estas campañas de litigio pueden culminar en la salida, la movilización o la continuidad de las mismas. La salida puede implicar tanto el abandono completo de la campaña como un cambio de dirección hacia donde se estaba movilizando estratégicamente el derecho. Así, como veremos en los siguientes capítulos, un conjunto de sentencias desfavorables llevaron a los movimientos de la diversidad sexual estadounidense y argentino a redireccionar sus demandas, instalándolas en otros fueros judiciales. Lo contrario (la movilización) sucedería cuando se dictan sentencias favorables: éstas pueden generar nuevas campañas de movilización estratégica del derecho. Por último, un tercer efecto que pueden provocar las sentencias (y quizás, es más usual) es el de dar continuidad a la campaña, ya sea para revertir el precedente judicial desfavorables o para ampliar y profundizar dichos precedentes favorables.

De este modo, queda evidenciado que decisiones judiciales pueden tener un enorme impacto en las campañas de judicialización estratégicas llevadas a cabo por las organizaciones, ya que pueden afectar enormemente sus recursos, y en consecuencia, la continuidad de las mismas. Además, "los abogados muy probablemente ajustarán sus acciones para encajar en las opiniones de las cortes [...], ajustando sus argumentos y modificando el énfasis de sus casos" (Wasby, 1995: p 45). Esta afirmación es sobre todo aplicable a los casos estadounidenses. En Argentina, sin embargo, los antecedentes jurisprudenciales si bien son importantes (y particularmente los de la Corte Suprema), al ser la ley la fuente principal y obligatoria del derecho, los jueces se encuentran facultados a apartarse de dichos precedentes, aunque en los hechos

“se advierte que [...] los tribunales inferiores toman en cuenta la doctrina legal sentada por el Supremo Tribunal, argumentando en tal sentido que cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expide en materia federal, sus decisiones son vinculantes para los jueces y tribunales inferiores como consecuencia del rol institucional del Alto Tribunal [...] por lo que entienden que existe un deber de acatar sus fundamentos en este ámbito” (Gonzalez Tocci, 2014: p. 140).

5. ¿Con qué litigar? La importancia de los recursos en las campañas de litigio estratégico

Otra dimensión que estas organizaciones tienen en cuenta (y varios teóricos han analizado) se vincula con los costos de estas campañas, que se dan en varios niveles (yendo desde el sostenimiento mismo de las organizaciones hasta los gastos que se deben afrontar para poder acceder a los tribunales). En general, estas campañas consumen importantes recursos, convirtiéndose la cuestión de los recursos (financieros y humanos) en un elemento clave a considerar por parte de cualquier organización que desee desarrollarlas.

La posesión de más o menos recursos repercutirá directamente en las acciones políticas y judiciales que cada organización podrá llevar a cabo, limitando o ampliando sus posibilidades, y de hecho la “falta de recursos para financiar casos podría forzar a las organizaciones a que su actividad judicial se limite a la participación como *amicus curiae* en lugar de un importante actor de litigio” (Wasby, 1995: p. 76).

El rol que cumplen los recursos para el desarrollo de este tipo de campañas es tan importante que ocupa un lugar central en la teoría de litigio estratégico (o “revolución de los derechos”) sostenida por Charles Epp. Para este autor, las campañas de judicialización estratégica generaron una “revolución” en materia jurídica, cuyo

resultado “no fue únicamente el reconocimiento por parte de los jueces de derechos individuales; [sino] también dio a los abogados defensores el poder de negociar y utilizar las herramientas ganadas para expandir la protección de los derechos civiles en la práctica” (Epp, 2013: p. 30). Según Epp, esta revolución sólo fue posible porque se desarrolló una estructura de sostén que consistió básicamente en la generación y disponibilidad de recursos humanos y financieros por parte de las organizaciones (Epp, 2013: p 25). A través de un importante análisis comparativo de las experiencias que se dieron en Estados Unidos, India, Gran Bretaña y Canadá, este autor intenta mostrar cuánto dependen “las revoluciones de derechos” de las estructuras de sostén, y cuán importante es contar con recursos para asegurar el éxito de las campañas de litigio estratégico.

Otro punto a tener en cuenta se vincula con que, obtenidos los recursos, la utilización de los los mismos no siempre es discrecional, y muchas veces puede estar limitada por sus principales contribuyentes. Esto es más común cuando las organizaciones diseñan campañas de litigio y luego buscan el financiamiento. Ante esas circunstancias, muchas veces pueden verse limitadas al tener que usar dichos recursos en determinadas áreas, lo que limita su accionar. Por otra parte, según Wasby, aquellos fondos que no están comprometidos a ciertas acciones o programas “amplían las opciones de la organización y puede ser crítico tener fondos discrecionales para que cualquier organización pueda responder rápidamente a problemas inesperados del litigio” (Wasby, 1995: p 77).

Pero la obtención de recursos no termina con el lanzamiento de una campaña, sino que se extiende durante todo el desarrollo, y muchas veces el éxito o fracaso judicial de ciertas demandas pueden significar nuevos ingresos. Además esta necesidad de recursos no sólo se vincula a las grandes campañas de litigio estratégico, sino, como menciona Handler (1979: p. 31), también a casos relativamente sencillos, ya que ellos insumen importantes cuantías de dinero. Sin embargo, en general las acciones de clases, debido a su extensión y complejidad son particularmente costosas, evidenciando los claros contrastes que existen entre los

escasos recursos de las organizaciones y los formidables recursos de sus contrapartes gubernamentales.

Los recursos necesarios para estas campañas de litigio pueden ser fundamentalmente de dos tipos, humanos y financieros.

5.1. Recursos humanos

Dentro de los recursos humanos, son los abogados quienes cumplen un rol destacado en este tipo de litigio. De hecho, para autores como Mark Tushnet (1987) y Frank Sorauf (2015), son estos abogados (y el compromiso que ellos asuman en la representación de intereses colectivos) los actores claves de las campañas que venimos analizando, sobre quienes pesará las mayores responsabilidades y, en consecuencia, de quiénes dependerá el éxito o fracaso de las mismas.

Normalmente estos profesionales están vinculados directamente con las organizaciones, siendo parte del *staff* permanente (y frecuentemente recibiendo un salario por parte de ellas) o indirectamente, cooperando en ciertos casos ya sea sin recibir dinero (como parte de su trabajo *pro bono*), recibiendo sumas simbólicas de dinero o sólo reembolsos de los gastos que realicen en el desarrollo del caso:

“Si los recursos para un adecuado número de abogados del *staff* permanente están faltando, una organización debe depender de abogados colaboradores. Si no existen abogados donde se deben desarrollar los casos, otros abogados deben ser incorporados [...]. No tener ningún abogado significa depender de otras organizaciones que puedan suplir esa carencia y en consecuencia volverse clientes de esas organizaciones” (Wasby, 1995: p. 83)

Tal como lo señalan O'Connor y Epstein (1980: p. 248), tener abogados con dedicación exclusiva es muy importante, ya que le permitirá a los grupos no sólo litigar directamente sino también monitorear constantemente cada caso y decidir

sobre la conveniencia de su continuación o rectificación durante estas campañas. Pero además de la necesidad de contar con abogados permanentes, también se considera necesario que estos sean competentes y estén especializados en cuestiones constitucionales.

Además, no es infrecuente que varias ciertas organizaciones lancen campañas para reclutar nuevos abogados a sus causas. De hecho, según Epstein (1985: p. 73), la falta de programas de reclutamiento dentro de organizaciones conservadoras limitó el flujo de nuevos abogados a sus causas. En estos casos, los abogados se unen a estas campañas o organizaciones partir de sus convicciones, su ideología (Cover, 1984) y parecen estar más interesados en aquellas organizaciones que plasman sus reclamos en acciones de clase que las que establecen como principal estrategia las de desarrollar "casos testigos" (Handler, Hollingsworth, & Erlanger, 1978).

Pero además de abogados, muchas veces las organizaciones también incorporan a otros profesionales que pueden cooperar con estas causas: economistas, psicólogos, demógrafos, historiadores, etc. En este sentido, es interesante el trabajo realizado por Chesler *et al.* en 1988, donde se entrevistaron a 90 científicos sociales y peritos que estuvieron involucrados en los casos de desegregación racial durante estas campañas.

5.2. Recursos financieros

Según Epp (2013: p. 102), el apoyo financiero de las primeras campañas de judicialización en Estados Unidos provino principalmente de dos fuentes: "La primera fue la filantropía privada, sostenida en los primeros años por el Fondo Americano para el Servicio Público y algunos individuos pudientes, y en años posteriores, por fundaciones de mayor envergadura, particularmente la fundación Ford".

En la actualidad, en ese país existirían numerosas fuentes de recursos financieros que solventan distintos aspectos de las campañas de litigio estratégico, y que incluye cuotas de membresías para sus integrantes, contribuciones individuales y

de empresas, donaciones realizadas por fundaciones o dependencias gubernamentales, y honorarios y tiempo que aportan ciertos estudios jurídicos. Las cuotas que se cobran a los miembros, proveen a las organizaciones de ingresos estables, fundamentales para el desarrollo de sus actividades. Sin embargo, debido a la complejidad y los altos costos que implican estas campañas, estas cuotas suelen ser insuficientes, y las organizaciones deben recurrir a otras fuentes de financiamiento (Handler, 1979). Muchas veces, contribuciones individuales de la ciudadanía han sido muy importantes. Sin embargo estas contribuciones son también contingentes, y los cambios en la dirección de las acciones judiciales pueden afectar las contribuciones individuales, las que muchas veces comienzan a direccionarse hacia otras organizaciones (Handler, 1979: p. 110).

Las agencias gubernamentales estadounidenses, en diversos niveles, algunas veces contribuyen con subsidios o donaciones para el desarrollo de estas campañas, fundamentalmente en lo vinculado a garantizar el acceso a la justicia de la ciudadanía (Epp, 2013). Durante la época que siguió al fallo *Brown*, por ejemplo, los mayores ingresos que recibieron las organizaciones que litigaban estos casos fueron de la Comisión para la igualdad de oportunidades laborales (*Equal Employment Opportunity Commission*), quien proveyó importantes fondos para el desarrollo de clínicas jurídicas en facultades de derecho que se centraran en temas vinculados a la discriminación laboral (Wasby, 1995).

Sin embargo, han sido las fundaciones (principalmente la Fundación Ford) quienes han sido la principal fuente de recursos financieros de estas organizaciones (Wasby, 1995; Teles, 2009; Epp, 2013). Incluso se ha considerado que estos recursos son tan importantes, que sin ellos no podría mantenerse el *staff* necesario para desarrollar casos de judicialización estratégica (O'Connor & Epstein, 1980). Al mismo tiempo este tipo de financiamiento puede provocar importantes problemas a estas agrupaciones, debido a que pueden generar dependencia económica, limitar la capacidad de maniobras o la elección de casos a patrocinar (Wasby, 1995).

Asimismo, las abultadas cifras que han recibido los abogados estadounidenses en concepto de honorarios profesionales ha ayudado a financiar campañas de las organizaciones, constituyéndose en una importante fuente de ingresos (Epp, 2013). Esto se intensificó cuando la CSEU confirmó la ley de Derechos Civiles (*Civil Rights Act*) que versaba sobre honorarios profesionales.

En Argentina, sin embargo, la realidad ha sido algo diferente. En general, las organizaciones que ejecutaron (o siguen ejecutando) este tipo de campañas han recibido ingresos casi exclusivamente de organismos o fundaciones internacionales. Así, por ejemplo, el Centro de Estudios Legales y Sociales fue la primera organización argentina en recibir fondos de la Fundación Ford en 1981 (Frühling, 2000). Generalmente, desde la década de 1980, la mayor parte de este financiamiento se destinó a organizaciones no partidarias que trabajaran fundamentalmente en áreas vinculadas a libertades civiles y políticas y acceso a la justicia y a los servicios legales. El financiamiento por parte de organismos estatales, entes privados o de la ciudadanía ha sido mucho más limitado que en los Estados Unidos, y los honorarios profesionales normalmente no son los suficientemente abultados como para financiar diferentes aspectos de las campañas.

6. ¿Dónde litigar? La elección del fuero federal o local

Tal como se viene desarrollando, existen varias cuestiones a tener en cuenta por parte de los litigantes al momento de diseñar una campaña. El establecimiento de los objetivos de la campaña, la posesión de recursos y el análisis del contexto les permitirán determinar sobre la oportunidad y/o conveniencia de la campaña. Pero antes de presentar las demandas, se deben tomar decisiones vinculadas al fuero donde estas serán presentadas, y qué casos serán los seleccionados.

La posibilidad de elección entre diversos fueros es una característica propias de países con formas de gobierno federal. En estos países (aunque con marcadas diferencias), la organización de justicia se caracteriza por la coexistencia de dos

regímenes paralelos que entienden y deciden sobre cuestiones que recaen bajo su jurisdicción. En el caso estadounidense “una de las partes más significantes del federalismo [...] es su sistema dual de cortes federales y estatales, con jurisdicción concurrente sobre muchas cuestiones, mientras que al mismo tiempo retienen algunas exclusivas de su jurisdicción” (Wasby, 1995: p. 128). Algo similar sucede en Argentina.

En general, en Estados Unidos, y a partir de las primeras experiencias de litigio estratégico, los juzgados federales han sido los más escogidos por los diversos grupos. En esta postura se enrolan Joel Grossman y Austin Sarat (1975), quienes consideran que en materia de litigio por el avance de los derechos de grupos minoritarios son estos juzgados los elegidos mayoritariamente por los abogados, y se caracterizan porque ellos tienen una participación más activa, tienden a ser más complejos y las resoluciones favorables tienden a generar mayores beneficios. En el mismo sentido se ha referido Burt Neuborne (1977), al plantear su teoría del “mito de la paridad”. Según Neuborne, las decisiones de la CSEU se han caracterizado por “haber asumido que las cortes federales y estatales son fueros igualmente competentes para la aplicación de los derechos constitucionales federales” (Neuborne, 1977: p. 1105). Sin embargo, el autor considera que por la naturaleza del proceso, los gastos, las demoras y las incertidumbres de las apelaciones, es el fuero federal el que proporciona mejores condiciones para judicializar estas demandas.

En general, la idea de elegir mayoritariamente los juzgados federales se dio durante la época de la “Corte Warren” que facilitó el acceso y los procedimientos vinculados a las demandas para el avance de los derechos civiles. Además las decisiones de este fuero tienen un rango más amplio de aplicación, que excede muchas veces los límites estatales (Andersen, 2004) y permite llegar de manera más sencilla y rápida a la Corte Suprema de los Estados Unidos (Greenberg, 1974; Sorauf, 2015). Según Wasby (1995: p. 130) “los abogados de derechos civiles a menudo preferían las cortes federales incluso cuando los jueces federales eran más

conservadores [...] en la creencia de que las cámaras federales de apelación revertirían los antecedentes desfavorables”.

Sin embargo Paul Bator (1981: p. 631) considera que las ideas vinculadas a que el fuero federal estadounidense era superior derivaban “primariamente de una experiencia histórica específica, vinculada a un país dividido por el asunto de la segregación racial”. En este sentido, la preferencia se vincula a lo establecido por el modelo *Brown*, que con el tiempo comenzó a perder eficacia. Lo cierto que en la actualidad dejó de ser el fuero federal el preferido por los abogados estadounidenses que llevan a cabo estas campañas. Incluso no es infrecuente la utilización de ambos fueros de manera simultánea o secuencial (Wasby, 1995).

Sin embargo, las reglas procedimentales argentinas pocas veces permiten optar por el fuero en que se puede judicializar, estando atadas más estrechamente a reglas procedimentales de jurisdicción exclusiva o competencia federal o provincial. De todos modos, cuando esta elección es posible, hay varias cuestiones que los litigantes suelen tener en cuenta. La primera se vincula a los argumentos legales principales en los que se basarán las demandas de los grupos. La elección del fuero también puede vincularse a cuestiones procedimentales, ya que el sistema judicial de procedimiento federal o estatal puede ser más receptivo o más resistente a determinadas demandas. Una tercera cuestión se vincula a la eficacia, eficiencia y celeridad con las que cada caso se sustancia judicialmente. En este sentido, se analiza la competencia e idoneidad de los jueces que resolverán en cada caso, se estudia su jurisprudencia o sus opiniones en torno a las demandas que se pretenden judicializar, y de qué manera se respetan las garantías procesales y los tiempos de las sentencias. Por último, muchas veces la elección del fuero se vincula con la ubicación de los juzgados. Muchas veces, la proximidad o lejanía de fueros federales puede limitar las opciones de los grupos. Pero también, conforme Wasby (1995: p. 138) “la elección también podría estar afectada por el deseo de obligar al adversario a ciertas inconveniencias, deseo que puede ser reforzado si alguno de los abogados ha ejercido más que el adversario en algún juzgado en particular y por lo tanto es más

familiar con [este juzgado]”. Tal como veremos en las campañas del movimiento de la diversidad sexual (tanto la de Estados Unidos como la de Argentina) se caracterizaron por hacer cambios en la elección del fuero durante el desarrollo de las mismas.

7. ¿Qué litigar? La elección del área del derecho y de los casos a judicializar

La decisión del fuero es sólo un aspecto que estos grupos tienen en cuenta al momento de diseñar sus campañas de judicialización. Estos también suelen fijar los temas y áreas del derecho que van a fundamentar las acciones judiciales, y luego elegir y moldear aquellos casos que generen mayores probabilidades de éxito judicial:

7.1. La elección del área del derecho

Stephen Wasby (1995: p. 170) considera que “una parte crucial en la planificación de este tipo de litigio es la elección por parte de los grupos del área del derecho en la cual concentrarán sus esfuerzos”. Por su parte, Dorothy Robyn (1987) al analizar el proceso de selección de los temas a litigar llevado a cabo por las organizaciones, estima que los principales criterios se tienen en cuenta en función a la probabilidad del éxito, al modo en que el área seleccionada contribuirá a la agenda interna del grupo y si las victorias judiciales generarán precedentes judiciales y/o simbólicos a favor de la organización.

Las áreas del derecho donde se va a litigar muchas veces no son planificadas, sino que surgen naturalmente, debido a los intereses que nuclea la organización, el número de reclamos que ésta recibe o a importantes cambios en la jurisprudencia o en la conformación de los tribunales.

Algunas cuestiones suelen tenerse en cuenta al momento de escoger un caso. Robyn (1987) destaca que los litigantes deben escoger aquellas áreas que puedan generar un suficiente número de potenciales casos judicializables, para luego

proceder a la selección del caso más fuerte o conveniente. Por su parte, Wasby (1995) estima que son dos los principales elementos que deben tenerse en cuenta al momento de elegir una determinada área. El primero se vincula con la disponibilidad de recursos, ya que muchas veces el financiamiento fija límites sobre cómo y dónde utilizar esos recursos. El segundo tiene que ver con la geografía y el lugar donde dichos reclamos se presentarán judicialmente. Para otros autores tales como Greemberg (1974), Tushnet (1987) y Walker (1999), las organizaciones antes de judicializar una determinada área deben considerar si dichas áreas del derecho no estaban siendo trabajadas o desarrolladas por otras organizaciones, con el fin de evitar la fragmentación y dar más coherencia o estabilidad a esos reclamos.

Samuel Walker (1999), por su parte, ha mostrado que las organizaciones pueden ir modificando las áreas del derecho que han escogido inicialmente, a partir de los cambios que hizo la ACLU (*American Civil Liberties Union*). Esta organización comenzó limitando su participación judicial a las áreas vinculadas a la libertad de expresión, a la separación entre Estado e Iglesia y a cuestiones de garantías procesales penales. Sin embargo, a partir de los años 70, amplió enormemente sus áreas jurídicas de actuación, incorporando cuestiones vinculadas al derecho de las mujeres, prisioneros, niños y miembros de la diversidad sexual. Simultáneamente, abandonó otras áreas de litigio en las que era muy activa, particularmente aquellas vinculadas a la censura y obscenidad.

Del mismo modo, organizaciones argentinas como el CELS o el ADC también fueron involucrándose de manera gradual y progresiva en cuestiones de las más variadas desde una perspectiva de la protección de libertades civiles y derechos humanos, entre los que se incluyen temas vinculados a la protección de los derechos sociales, reproductivos, ambientales, de usuarios y consumidores, a la salud, de intereses colectivos, entre muchos otros (CELS, 2008).

7.2. La elección de los casos a judicializar

Íntimamente relacionado al área del derecho que se va a judicializar durante la campaña de litigio estratégico, está la elección del (o de los) caso(s) en los que el grupo u organización va a participar (Rekosh, Buchko, & Terzieva, 2001). Según Wasby (1995), existen dos formas de participación, la primera es la de involucramiento directo en un caso, ya sea como parte demandante o como organización que provee de recursos humanos o financieros a al caso. La segunda, es en calidad de *amicus curiae* o amigo del tribunal. “La participación como *amicus* es importante, pero para una organización que está regularmente involucrada en el litigio, la participación más directa en el litigio es crucial” (Wasby, 1995: p. 193)¹⁵.

Dentro de las campañas lanzadas por las organizaciones, estas pueden elegir y diseñar sus propios casos, o bien decidir participar en casos que ya han sido iniciados y por la importancia o complejidad que el caso adquirió, se torna conveniente que involucren.

El “modelo *Brown*” significó la determinación de algunos criterios generales que los abogados tienen en cuenta para la elección de casos. Estos criterios, aunque flexibles, son usados “para seleccionar casos, ya sea en sus etapas iniciales o posteriores, en la cual el grupo debería intervenir” (Wasby, 1995: p. 209).

Entre estos criterios se destacan:

- a) Cuestiones y demandados, es decir, de que manera el caso encaja en la agenda de la organización, cuan prioritario es y contra quién se dirigirá la acción;
- b) La factibilidad del caso, cuán sólida es la postura del cliente, los argumentos legales y la prueba respaldatoria de dichas demandas;
- c) La ubicación geográfica, y la receptividad del poder judicial a las demandas donde se pretende iniciar el caso;
- d) La disponibilidad de recursos;

¹⁵ La participación en calidad de *amicus* será analizada en el apartado 10.

- e) El compromiso que todas las partes involucradas tengan con relación al caso. Esto se vincula con la necesidad de proseguir el caso ante circunstancias desventajosas;
- f) La determinación de quien actuará en calidad de actor/cliente, el número de actores/clientes que se utilizarán, y cómo se va a determinar "la clase" (en las acciones de clase) a representar (Wasby, 1995).

Con respecto a este último punto, Frank Sorauf (2015: p. 106-107) sostiene que

"Probablemente ninguna decisión estratégica recibe más atención del grupo o de los abogados que la selección de los clientes. [...] Los grupos que litigan prefieren como clientes a ciudadanos confiables, estables, sólidos [...]. Los clientes deben también ser capaces de aceptar un rol pasivo en el litigio y permitir a los voceros de los grupos o abogados monopolizar los contactos con los medios de comunicación".

Con relación a la elección del cliente, ésta puede enfrentar ciertos problemas. El primero se vincula con el hecho de que los potenciales actores no sean apropiados para representar el caso o, por el contrario, que existan dificultades para conseguir clientes en los casos que se pretendan judicializar (Wasby, 1995). Tal como se desarrollará en los capítulos posteriores, las campañas del movimiento homosexual/de la diversidad sexual llevadas a cabo tanto en Estados Unidos como Argentina debieron enfrentar estos problemas mencionados.

Muchas veces la elección de casos depende también de la posibilidad de convertir dichas demandas en acciones de clase (o en lo que nuestro país se denominarían "acciones colectivas"), principalmente porque estas acciones provocan mayores impactos, generan mayores honorarios, tienen un sistema procesal y probatorio menos engorroso y puede tener una mayor publicidad en los medios de comunicación (Belton, 1978).

Por otra parte, el principal criterio que tienen en cuenta las organizaciones para involucrarse en un caso que ya ha sido iniciado se vincula con el margen de maniobra que todavía pueden ejercer en el control y el manejo del caso. Si bien la mayoría de las organizaciones prefieren generar sus casos, en algunas circunstancias, pueden involucrarse en un caso ya comenzado ya sea porque tiene importantes posibilidades de triunfo, o incluso porque intentan evitar el dictado de un precedente judicial adverso (Wasby, 1995).

Por último es importante destacar que si bien es común que a la organización le lleguen casos de individuos que necesiten representación legal y cuya problemática se vincula a la campaña de litigio que se viene desarrollando, ha habido casos en que las organizaciones también han desarrollado la estrategia judicial, y luego buscado activamente el cliente/actor que mejor se amolde a esta estrategia. Por este motivo, suele ser bastante habitual la búsqueda de las organizaciones de clientes a través de anuncios masivos¹⁶. Uno de los ejemplos más claros (y que será analizado en el próximo capítulo) se dio en la discusión de la enseñanza del evolucionismo en el caso *Scopes*¹⁷, en donde la ACLU publicó en el diario de una ciudad de Tennessee un anuncio buscando un profesor dispuesto a desafiar judicialmente la nueva normativa antievolucionista (Walker, 1999)

8. ¿Quiénes litigan? Los abogados que se involucran en campañas de litigio estratégico

Tal como se analizó en el punto 5.1 de este capítulo, los abogados son recursos humanos fundamentales para el desarrollo de cualquier campaña de litigio

¹⁶ Sin embargo, existen varias normas en Estados Unidos que prohíben este tipo de búsquedas, tales como el código de ética de abogados "Model Rule 7.3(a)" o leyes federales tales como 49 U.S.C. § 1136(g)(2). No obstante, muchos consideran que este tipo de prohibición no debería ser aplicado cuando se trabaja para el bien común y los abogados no esperan una remuneración por su trabajo. Véase "Solicitation of clients" disponible online en http://nationalparalegal.edu/public_documents/courseware_asp_files/Ethics/Lawyering/SolicitationOfClients.asp (último acceso 24/11/15)

¹⁷ Sobre este caso, véase capítulo 1, apartado 2.1.1.

estratégico. Ahora bien, una característica de las organizaciones estadounidenses que se involucran en este tipo de litigio es que está compuestas por abogados permanentes (*staff attorneys*) y abogados cooperantes (*Cooperating Attorneys*). Los abogados permanentes están directamente vinculados con las organizaciones y frecuentemente reciben un salario por parte de ellas. Por su parte, los abogados cooperantes auxilian a las organizaciones en determinados casos o campañas, determinadas áreas geográficas o ante ciertas comunidades, y su trabajo puede ser o no remunerado.

En general, la idea del uso de abogados cooperantes está fuertemente asociada al desarrollo de campañas de litigio para el avance de los derechos civiles de grupos desventajados debido a que fue una manera que se comenzó a utilizar a desde comienzos del siglo XX por distintas organizaciones nucleadas en torno a la defensa de derechos civiles (Principalmente por la ACLU. Conf. Walker, 1999). Este modelo organizativo también ha sido adoptado por diversas organizaciones locales cuando deciden nacionalizar sus campañas, judicializando sus demandas más allá de la jurisdicción donde tienen su sede principal. Así, por ejemplo, grupos pro-vida o pro-derechos han recurrido a otras organizaciones u abogados para instalar sus demandas en otras jurisdicciones.

Normalmente, la utilización de abogados permanentes y cooperantes se vincula con cuán centralizada o descentralizada será la campaña llevada a cabo por parte de la organización. Generalmente, a mayor cantidad de abogados permanentes es posible una mayor centralización, un mayor control de la campaña y mejor seguimiento y apoyo a los abogados cooperantes (Wasby, 1995).

Para Epstein (1985) la utilización de abogados cooperantes es esencial si en la campaña está previsto contar con un gran número de casos judiciales. Sin embargo, no siempre sería sencillo conseguir este tipo de abogados, y es por eso que las organizaciones están constantemente buscando nuevos abogados, y una vez obtenidos, intenan retenerlos (Wasby, 1995). Además, atraer a nuevos abogados sería más sencillo cuando los casos son menos complejos. (Rabin, 1976).

Según Wasby (1995: p. 257) existen dos tipos de abogados cooperantes en los Estados Unidos. Aquellos que tienen un trabajo estable o practican liberalmente la profesión y de manera gratuita o por pocos honorarios cooperan con las campañas de litigio de la organización, y por otro lado, aquellos que pertenecen a importantes estudios de abogados que en general asumen los casos también en forma gratuita o *pro bono* y suelen requerirle menos asistencia técnica y financiera a las organizaciones para el desarrollo de estos casos. En general, lo que motiva a importantes estudios jurídicos a involucrarse gratuitamente en este tipo de campaña se vincula con el prestigio que puede generar o por los importantes honorarios que suelen regularse en estos casos. En Argentina, sólo encontraríamos abogados del primer tipo. Además, en ambos países, estos abogados cooperantes pueden ser regulares o irregulares. Los primeros son los que trabajan de manera frecuente con una o varias organizaciones particulares, mientras que los segundos lo hacen sólo esporádicamente.

La cooperación entre los distintos de abogados se puede dar de diversas maneras. Sin embargo, lo más usual es que los abogados cooperantes lleven adelante los casos en las primeras etapas procesales y en los juzgados estatales, por estar más familiarizados con estos ámbitos. En este sentido, mientras más importante es el caso y se encuentra más cerca de las Cortes Supremas, es más común que sean los abogados permanentes de las organizaciones los que se involucren directamente en estos casos (Casper, 1972). Las organizaciones, y el *staff* permanente, suelen proveer de instrumentos legales, asistencia técnica y recursos financieros para facilitar el trabajo de los abogados cooperantes y asegurar las probabilidades de éxito para las primeras etapas de los casos (Rabin, 1976). Asimismo, en general, es la organización con sus abogados permanentes quienes controlan y monitorean los casos, supervisando a los otros abogados y tomando las decisiones más importantes.

9. ¿En nombre de quién litigar? El lugar que ocupan los clientes en las campañas de litigio estratégico

Del mismo modo que estas campañas generan formas particulares de interacción entre los diversos abogados participantes, también los vínculos con los clientes/actores suele tener características propias: "No sólo la relación entre abogado y cliente afecta la capacidad de emprender el litigio sino que el tipo de litigio emprendido, particularmente cuando un caso pretende ser parte de una campaña de litigio, puede también afectar las relaciones abogado-cliente" (Wasby, 1995: p. 281).

En el modelo tradicional de vinculación entre abogado y cliente, es el cliente quien busca y selecciona un abogado, y este último sigue las instrucciones dadas por el cliente, tomando las decisiones jurídicas que estime más convenientes para la protección de los intereses del solicitante. Sin embargo, como se viene desarrollando, la dinámica distintiva del litigio que se da dentro de estas campañas altera notablemente este modelo, y así como no siempre son los clientes quienes buscan a los abogados, tampoco siempre los abogados podrían defender los intereses de sus clientes cuando estos dejan de beneficiar a los objetivos de las campañas.

En general, las organizaciones (con sus abogados) y los clientes comparten los mismos intereses y están motivados a involucrarse en el litigio persiguiendo los mismos objetivos. Sin embargo puede suceder que en algún punto estos intereses entren en conflicto, y los abogados deben decidir si continuarán siendo fieles a la organización y a la causa que esta organización promueve, o por el contrario, su deber de lealtad es para con el cliente al que representan.

Douglas Rosenthal (1974) fue quien primeramente analizó este fenómeno. Para este autor, el rol del abogado tradicional como un experto en el ámbito jurídico comenzó a verse minimizado cuando el litigio empieza a considerarse como una de las tantas maneras de realizar actividades políticas, y en su lugar, el rol del cliente autónomo ocupa un lugar central, desplazando la idea del abogado autónomo. Desde esta perspectiva, y en el marco de campañas de litigio estratégico el cliente ideal

sería quien “participa activamente en lidiar con sus problemas y comparte el control y la decisión responsablemente con el profesional” (Rosenthal, 1974: p. 2). Sin embargo, el mismo autor reconoce que este modelo de vinculación implica importantes desgastes en la relación y exige mucha paciencia y tolerancia por parte de los abogados, a menos que se negocien de qué manera el juicio va a ser conducido y exigiéndole a los clientes abstenerse de participar activamente durante la sustanciación del proceso judicial. En general, y “debido a que las campañas de litigio están basadas en una planificación a largo plazo y depende de varios casos, los abogados pueden estar tentados a convencer a los clientes en seguir los planes de los abogados en lugar de acordar y seguir los planes de sus propios clientes” (Wasby, 1995: p. 286). Asimismo, usualmente las campañas se movilizan con mayor celeridad cuando existe poca participación de los clientes, y a fin de evitar demoras, organizaciones y abogados suelen preferir iniciar acciones judiciales que no requieran demandantes externos a las propias organizaciones (Rosenthal, 1974).

En este punto, una de las preguntas más importantes que hay que hacerse en relación a los vínculos cliente-abogado es quién debe decidir al momento de iniciar una demanda, llegar a un acuerdo con la contraparte o apelar una decisión. En materia de derecho de interés público y de litigio para el avance de los derechos civiles, los autores se inclinan mayoritariamente en entender que estas decisiones deberían centrarse en el cliente (Meili, 2000; Dinerstein, 2005). Esta posición surge al entender que es la autonomía, es decir, la capacidad de tomar decisiones por parte del cliente, la que debe guiar las relaciones entre clientes y abogados. En este sentido, el rol de los abogados en estos casos sería el de empoderar a sus clientes, y orientarlos para que estos tomen las decisiones de la manera más autónoma posible (Dinerstein, 2005). Sin embargo, Stephen Meili reconoce que aunque este sería un escenario ideal, en la práctica los abogados ejercen cierto poder sobre los clientes, incluso involuntariamente, al ser quienes poseen el conocimiento jurídico, lo que puede ser evitado a través de un “persistente y consciente autocontrol” por parte por parte de los abogados (Meili, 2010: p. 619). Contrariamente a estas ideas, William

Simon (1988) considera que los abogados deberían tener la facultad de abstenerse de defender los intereses de los clientes si estos pueden estar reñidos con ciertos principios de justicia.

En los hechos, en Estados Unidos, no es infrecuente que las partes celebren acuerdos escritos estableciendo quién tomará la decisión, aunque esto tampoco garantiza librarse de conflictos (Wasby, 1995). Otras veces, los acuerdos surgen de una negociación constante entre clientes, abogados y organizaciones. En general, cuando “abogado y cliente son más o menos de la misma edad, género y raza, su compatibilidad y la participación del cliente suele aumentar. Clientes bien educados pueden incluso dominar a los abogados” (Wasby, 1995: p.291). Además, conforme Deborah Rhode (1982), ante desacuerdos, suelen ser los abogados quienes tienen la última decisión, establecen las prioridades y se responsabilizan por las acciones emprendidas. Serían varios los factores que llevarían a estos profesionales a tomar las últimas decisiones, tales como la complejidad del litigio, los objetivos fijados para la campaña de litigio que se viene desarrollando, los límites impuestos por el financiamiento externo, y particularmente por ser quienes poseen el monopolio del conocimiento y la interpretación legal. Estos factores colocarían a los abogados en un lugar privilegiado al momento de tomar decisiones, legitimándolas. Según esta autora, los abogados refuerzan este lugar de privilegio cuando actúan como profesionales ocupados y respetables, tornándose inaccesibles para sus clientes “como una técnica de manejo de las impresiones” e intentando así reforzar la confianza por parte de sus clientes (Rhode, 1982: p. 1223).

Por último, es importante hacer una aclaración. Muchas veces el grado de autonomía que se le otorgue al cliente dependerá también de si el caso judicializado lo representa individualmente o él es el miembro de un grupo afectado. Según Meili (2000) la elección de una acción colectiva (*action class*) o una individual no siempre es sencilla, ya que si bien la acción colectiva beneficiará a un número mayor de afectados, normalmente los tribunales no siempre son tan receptivos a estas acciones, los casos se tornan mucho más complejos e incluso el cliente que se

involucra en el litigio puede no ser completamente satisfecho con la sentencia resultante de dicho proceso (en el sentido que en términos monetarios, las indemnizaciones tienden a ser menores). En estos casos debería ser el abogado quien tome la decisión de cuál alternativa escoger por ser más beneficiosa para la campaña, explicando de manera clara y concisa los motivos de tal decisión para que el cliente de manera autónoma decida si concuerda con la alternativa propuesta.

10. ¿Con quién litigar?: Relaciones interorganizacionales

Puede suceder que durante la planificación y/o ejecución de alguna de estas campañas de litigio existan otras organizaciones o grupos que decidan involucrarse, ya sea cooperando u obstaculizándolas. Para dar cuenta de ello, en este apartado se analizarán las distantes maneras que pueden relacionarse diversas organizaciones mientras la campaña se está llevando a cabo.

10.1. Relaciones entre diversas organizaciones

Las relaciones que se pueden dar entre las organizaciones oscilan entre la confrontación, la división de tareas y la cooperación; y las diversas formas en las que se pueden relacionar influirán las campañas de litigio y los casos judicializados. Para Sorauf (2015: p. 81) estas relaciones “mezclan confianza y sospecha, competencia y cooperación, lazos informales y organizaciones formales”. Además, dependiendo de las organizaciones, y de los fines perseguidos, algunas veces éstas pueden incluso aliarse con grupos ideológicamente diferentes (Walker, 1999)¹⁸.

10.1.1. Cooperación

¹⁸ Como ha sido el caso de la ACLU, quien a lo largo de sus diversas campañas en defensa de la libertad de expresión y de prensa se ha relacionado con grupos conservadores tales como grupos nazis, compañías de alcohol y tabaco, banqueros, la Asociación Nacional del Rifle u otros grupos vinculados al partido republicano.

Tal como ha advertido Gary Orfield (1978), las relaciones interorganizaciones que se dan entre diversas organizaciones que judicializan causas son cruciales en campañas de litigio estratégico ya que los grupos no poseen ni los recursos económicos, ni la estructura administrativa, ni el deseo de coordinar todos los eventuales casos que puedan surgir en el marco de esa campaña.

En general estas organizaciones, antes de decidir litigar en una determinada área del derecho o involucrarse en casos judiciales, suelen tener en cuenta si existen otras organizaciones que estén litigando estas cuestiones. En el caso de existir, contemplarán la posibilidad de ingresar en dicha área, dependiendo de variadas cuestiones, que van desde la posesión de recursos hasta su relación con aquellos grupos que ya se encuentran en el campo judicial.

La cooperación entre diversos grupos no suele limitarse al litigio, sino, normalmente incluye también la coordinación de otras actividades tales como de educación o difusión o *lobby* legislativo.

Según O'Connor (1980), la cooperación entre diversas organizaciones en materia de litigio es muy importante debido principalmente a que por medio de ella una organización puede solicitar asistencia judicial (ya sea en calidad de tercero interesado o en calidad de *amicus*) y asimismo tener mejores previsiones de éxito ante ante los niveles superiores del poder judicial.

Stephen Wasby (1995), por su parte, considera que la cooperación puede consistir en la coordinación y planificación conjunta de campañas de litigio; en la participación judicial conjunta o en la provisión de diversos servicios. Con relación a la coordinación y planificación conjunta, suele ser común que diversas organizaciones se involucren para desarrollar coordinadamente una campaña de litigio estratégico. Un ejemplo que se dio en materia de litigio vinculado a la separación entre la Iglesia y el Estado, donde la ACLU, el Congreso Judío Estadounidense y la organización *Americans United* formaron un consorcio de litigio (*litigation consortium*) y desde ahí comenzaron con el diseño de la campaña (Walker, 1999). En Argentina, por su

parte, diversas organizaciones de la diversidad sexual se aglutinaron formando la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT) para lanzar sus campañas de "matrimonio igualitario" y "reconocimiento al derecho a la identidad de género" (Bimbi, 2010; PNUD, 2014).

Por otra parte, la participación judicial conjunta suele ser la forma más habitual de relacionamiento entre distintas organizaciones. Normalmente, abogados de diversas organizaciones trabajan conjuntamente en los mismos casos. Pero también es posible que se convenga responsabilizarse por distintas partes del caso o en distintas instancias del proceso (Wasby, 1995; Andersen, 2004).

Finalmente, las organizaciones pueden vincularse cooperativamente proveyendo servicios a otras organizaciones. En general, estas provisiones suelen consistir en la prestación de servicios legales, incluyendo asesoramiento o representación judicial, suministro de abogados y manejo y control del litigio; en el pago o la localización de abogados dispuestos a involucrarse en estas causas o incluso organizaciones más importantes pueden funcionar como un centro de respaldo para colectivos más pequeños en determinadas áreas de litigio (O'Connor & Epstein, 1980).

10.1.2. División de trabajo

La división del trabajo puede considerarse como un modo de cooperación. Normalmente esta división consiste en no involucrarse en campañas de litigio que están siendo desarrolladas por otras organizaciones. Para Wasby (1995: p. 309), se trata de una cuestión que no es meramente de cortesía, sino de eficiencia económica, donde cada organización se encarga de hacer "lo que mejor sabe hacer", manteniendo la diferenciación y ahorrando importantes recursos. Las organizaciones también pueden no querer involucrarse en ciertos temas para evitar fricciones o problemas con organizaciones que dominan esa área del litigio.

En general, la división de labores suele ser implícita e informal y consiste principalmente en derivar diversos casos que le llegan a las organizaciones, a otras organizaciones especializadas en promover dichos casos. Así, durante la campaña en contra de la segregación escolar, la ACLU redirigía todas las cuestiones vinculadas a la discriminación que sufrían los ciudadanos afroamericanos que se le presentaban a la NAACP (Tushnet, 1987)¹⁹.

Otras maneras de división de trabajo posible son la vinculación de organizaciones que se dedican al litigio con otras que prefieren actuar políticamente con acciones directas (como organización de manifestaciones y protestas); o de organizaciones que litigan en el fuero federal con otras que lo hacen en fueros locales (Sorauf, 2015).

10.1.3. Falta de cooperación

Una tercera posibilidad es que exista una falta de cooperación, o incluso una abierta confrontación entre organizaciones. Tal como manifiesta Olson (1990: p. 42), es común que existan desacuerdos o abiertas diferencias entre organizaciones, por lo que es "extremadamente difícil organizar a todos estos grupos en un todo relativamente cohesivo". En general, la mayor razón que tienen las organizaciones para no cooperar se vincula con que cada organización tiene objetivos propios y diferenciados y la necesidad de ocupar un lugar relevante en ciertas disputas judiciales. En otros casos, se trata de organizaciones que persiguen intereses contrapuestos, y tienen una actitud confrontativa o defensiva (O'Connor & Epstein, 1980)

Las fricciones entre organizaciones pueden ser horizontales o verticales (Wasby, 1995). Las horizontales se da entre diversas organizaciones que están al mismo nivel, mientras que las verticales se vinculan con los desacuerdos y las

¹⁹ Sobre el rol de estas organizaciones, véase capítulo 2 y 3.

disputas que pueden llegar a generarse entre las las organizaciones y sus filiales, organizaciones vinculadas o abogados cooperantes.

Un motivo importante de fricciones horizontales se vincula con la disputa de recursos (principalmente financieros) entre organizaciones que persiguen fines similares. En este sentido, las organizaciones compiten por las limitadas cantidades de dinero disponible, pero también por prestigio y reconocimiento público.

Finalmente, muchas veces la falta de cooperación se debe al mero desconocimiento. Así, por ejemplo, las primeras organizaciones de la diversidad sexual, carecían de medios para acceder, identificar o generar potenciales casos testigos fuera del área de las ciudades donde estaban instaladas. Según Andersen (2004: p. 29) “los litigantes que llevaban casos de derechos gays trabajaban virtualmente aislados de otros, ya que los mecanismos para la comunicación y coordinación estaban ausentes”.

10.2. La participación en calidad de *Amicus Curiae*

Una de las maneras más comunes de vinculación durante el desarrollo del proceso judicial es la participación de organizaciones en calidad de *amicus*, principalmente cuando se están debatiendo cuestiones vinculadas al avance de derechos civiles de grupos vulnerables. Por *Amicus Curiae* (palabras que en latín significa “Amigo del Tribunal”) se entiende a las presentaciones judiciales que realizan terceros ajenos a una disputa judicial (pero con cierto interés en la resolución final del litigio), a fin de expresar sus opiniones en torno a las cuestiones que se están debatiendo. La figura del *amicus* permite que diversos grupos u organizaciones puedan ser escuchados por los tribunales sin intermediarios, y ha tenido históricamente un importante desarrollo en el derecho anglosajón²⁰. En el derecho

²⁰ Conforme Julio Cueto Rúa (1988: p. 712) “la institución de los *amici curiae* data de muy antiguo”. El jurista destaca que “(...) En el derecho inglés ya se la mencionaba en los Year Books. En el año 1403 se dispuso por ley (4 Hen. IV) que un extraño podía formular peticiones en un juicio en calidad

argentino, la incorporación de este instituto es más reciente y todavía no está consolidado. Además de ciertas normativas provinciales, la figura ha sido receptada pretorianamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de la acordada 28/2004, que instituye la posibilidad de que se presenten este tipo de escritos ante este tribunal al considerarlo “un provechoso instrumento destinado [...] a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia” (Considerando 1. Acordada 28/04), y legislativamente en el art. 38 de la ley 26.485, norma de “protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales”.

Las presentaciones en calidad de *amicus* (*amicus briefs*), son normalmente consideradas como una forma que han tenido diversos grupos de presionar al poder judicial, y conforme Susan Behuniak-Long (1991) pueden repetir los argumentos legales presentados por alguna de las partes, con (o sin) variaciones o proveer información especializada extra-legal. Una tercera posibilidad, aunque poco frecuente, es la de presentar argumentos legales poco convencionales o apelar a lo emocional. Durante el desarrollo de campañas de litigio estratégico en Estados Unidos, la presentación de *amicus* ante los tribunales ha estado siempre muy presente, particularmente por organizaciones o grupos que por diversos motivos no pudieron convertirse en los principales litigantes. Por su parte, en Argentina, la presentación de estos escritos es una práctica cada vez más extendida y común, y no sólo se limita al ámbito de la Corte Suprema (Campana, 2009).

Emma Jones (1979: p. 33), por su parte, observa que las presentaciones en calidad de *amicus* aparecen casi exclusivamente en las instancias de apelación, donde son más útiles como forma de presentar argumentos legales o datos sociológicos con el fin de brindar argumentos que puedan afectar la decisión de los jueces. En cambio, para las primeras instancias (donde las posibilidades probatorias son más amplias e importantes) en general las organizaciones prefieren participar en calidad de

de *amicus*. Los *amici curiae* podían informar, advertir o instruir al Tribunal. También podían petitioner”.

“terceros interesados” (*party intervenor*), ya que con esa forma legal pueden intervenir más eficientemente y aportar evidencias que favorezcan el punto de vista de una de las partes con las que se quiere colaborar.

De todas estas instancias de apelación, es ante las Cortes Supremas de cada país donde más se reciben informes en calidad de *amicus*: “De hecho [en Estados Unidos], la actividad de [presentación] de *amicus* de las organizaciones es hoy una práctica común, con casos claves que atraen cien o más organizaciones” (Wasby, 1995: p. 220). Gregory Caldeira y John Write (1990) han analizado la participación en calidad de *amicus* de diversas organizaciones ante la Corte Suprema de Estados Unidos (CSEU), concluyendo que en general la mayoría se presentan una vez que los recursos judiciales de revisión han sido concedidos. Apenas menos de un cuarto de las presentaciones se hacen antes de que la CSEU determine si resolverá o no el caso, y normalmente las presentaciones que se hacen en esta instancia son para solicitarle la aceptación o el rechazo del recurso. Un dato interesante desarrollado por estos autores es que existen mayores posibilidades de que la CSEU decida resolver un caso si ante ella se presentan *amici* solicitando el rechazo del mismo, puesto que esto funciona como una advertencia sobre la relevancia del caso presentado.

Varias parecen ser las motivaciones que llevan a grupos y organizaciones a presentar escritos en calidad de *amicus*. Para Wasby (1995) la disponibilidad de recursos es un factor fundamental. Desde su visión, es la forma menos cara para llegar ante la CSEU esperando impactar en sus decisiones. En general el proceso para estas presentaciones minimiza costos y riesgos y maximiza potenciales recompensas y beneficios para quienes las presentan. Por otra parte, la falta de recursos puede obligar a las organizaciones a limitar sus participaciones judiciales en la mera presentación de *amicus*.

Otro de los motivos se vincula a la importancia que tiene el caso para las causas que defienden estas organizaciones. Puede referirse a que las posibles decisiones afecten también a los grupos representados por estas organizaciones, o

bien, porque estén judicializando casos vinculados y esta decisión puede tener efectos expansivos sobre otros casos (Epstein, 1985).

Un tercer motivo, expuesto por Karen O'Connor (1980) tiene que ver con el hecho de que las organizaciones estimen que es necesario reforzar o reformular los argumentos presentados por las partes. Es posible que estas organizaciones "estén insatisfechas con la calidad o tipo de argumento presentado" (O'Connor, 1980: p. 132), y en consecuencia, se presenten ante los tribunales para desarrollar mejores argumentos y evitar malos precedentes judiciales. Asimismo, también pueden hacerlo para suplir puntos que no han sido desarrollados o cuando las partes no lo han hecho de forma que beneficien los objetivos y fines de las organizaciones. Otro motivo, muy vinculado a éste último, es presentarse como *amicus* cuando se quiera contribuir con datos o argumentos "que nadie más podría ofrecer, como una perspectiva particular vinculada a la representación de otros intereses diferentes de los que se están litigando" (Wasby, 1995: p. 225).

Por último, es bastante común que las organizaciones, grupos y otros miembros de la sociedad política o civil se presenten no tanto con la intención de "iluminar" al tribunal, sino como estrategia política de visibilización. La idea es que quede demostrado que este grupo está presente, y hacérselo saber al tribunal, a las partes y a la comunidad. Incluso, suele funcionar tanto como una manera de promocionar sus actividades y visibilizar sus objetivos, como así también un modo de presión a los jueces que deberán resolver (Songer & Sheenan, 1993; Lobel, 2003).

Sin embargo, así como estas organizaciones pueden encontrar distintos motivos para presentarse como *amicus*, esta figura procesal también tiene ciertos inconvenientes. Uno de los más serios se vincula con la falta de control sobre el desarrollo del caso. Sólo las partes involucradas tienen verdaderamente el control, y los márgenes de maniobra para quienes se presentan como amigos del tribunales son limitadísimos. Otro problema se vincula al hecho de que es posible que argumentos legales y constitucionales que estas organizaciones consideren centrales para el caso hayan sido omitidos y la participación de *amici* no tienen la capacidad de suplir

aquellas cuestiones que no fueron objeto de debate y prueba durante la sustanciación del proceso. Un tercer problema es que presentarse en calidad de *amicus* no genera honorarios para los participantes, desincentivando así su utilización. Sin embargo, "a pesar de todos estos problemas, cuando una organización se involucra en [campañas de litigio estratégico] la elección de no participar [en calidad de *amicus*] podría ser ilusoria" (Wasby, 1995: p. 227).

La decisión de involucrarse como *amicus* en las contiendas judiciales no suele ser siempre sencilla o automática. Muchas veces esta decisión puede revelar o producir importantes divisiones internas dentro de las organizaciones o afectar las relaciones con otros colectivos (particularmente cuando no se están discutiendo en los tribunales temas vinculados a los objetivos de estas organizaciones). Asimismo, en general, ante la petición de participar por parte de otras organizaciones, difícilmente éstas se nieguen (Behuniak-Long, 1991). En este sentido, es bastante habitual que una misma presentación en calidad de *amicus* sea presentada por múltiples organizaciones, con el fin de reforzar o mostrar su apoyo a la causas. Otras organizaciones, sin embargo, prefieren presentarse individualmente, ya sea porque consideran que tienen la oportunidad de mostrar mejores argumentos y brillar judicialmente (Wasby, 1995) o porque es parte de una política generalizada (Walker, 1999).

Ahora bien, ¿cuán efectivas son estas presentaciones? La mayoría de los eruditos consideran que la actividad desarrollada por los *amici curiae* son importantes para los jueces (Caldeira & Wright, 1990: p. 786). Sin embargo, los datos cuantitativos parecen mostrar lo contrario. En este sentido Donald Songer y Reginald Sheenan (1993) compararon los porcentajes de éxito de los litigantes que recibieron apoyo por medio de *amicus* ante la CSEU con aquellos que no lo recibieron. De 264 casos comparados (en 132 pares), los datos arrojaron que las tasas de éxito fueron casi idénticas entre aquellos casos con *amicus* (48,5%) y aquellos sin *amicus* (47,7%), concluyendo así que "los resultados hacen dudar de la capacidad de la mayoría de los grupos en influenciar las decisiones para casos específicos a través de

la presentación de *amicus*” (Songer & Sheenan, 1993: p. 351). Con estos resultados, los autores intuyen que en realidad los grupos se presentarían en calidad de *amicus* para “moldear una política a largo plazo de la Corte, incluso cuando no esperan influenciarla [...], esperan sembrar ideas en la mente de estos jueces para hacerlos más receptivos a los argumentos del grupo en casos futuros” (p. 352).

11. ¿Cómo litigar? Dinámica propia del litigio estratégico

Hasta ahora, hemos visto distintos aspectos que las organizaciones tienen en cuenta al momento de diseñar y lanzar una campaña de litigio estratégico. Sin embargo, según la mayor parte de la bibliografía estadounidense, es común que surjan situaciones inesperadas durante el desarrollo del litigio con las que las organizaciones tendrán que lidiar a fin de aumentar las chances de éxito (Rekosh, Buchko, & Terzieva, 2001).

11.1. Control sobre el litigio

Según algunas opiniones, el éxito de las campañas de litigio estratégico estará fuertemente vinculado con la capacidad que las organizaciones tengan en controlar eficientemente las distintas etapas del litigio, responder adecuadamente a contingencias inesperadas y ser flexibles y adaptables a los eventuales cambios que puedan acontecer (Wasby, 1995; Rekosh, Buchko, & Terzieva, 2001).

Para autores como Greemberg (1974), Belton (1978) y Wasby (1995), el control durante el litigio estratégico ocupa un lugar central en el “modelo *Brown*”, ya que sin dicho control no puede planificarse, o lo planeado, no puede implementarse efectivamente (Belton, 1978: p 926). Este control se debe tener tanto en cada caso, individualmente, como en el conjunto de casos que se desarrollan en el marco de la campaña. Para Greenberg (1974), es difícil mantener el control del caso cuando éste ha sido iniciado por abogados que no compartían los mismos objetivos que los que

las campañas persiguen, y considera que lo ideal es que las organizaciones estén involucradas en los casos desde las primeras etapas, ya que será en estas instancias donde se moldearán judicialmente las demandas centrales de la campaña. Wasby (1995), por su parte, considera que es necesario tener un fuerte control sobre los diversos casos judicial que de forma gradual y progresiva van erosionando los precedentes negativos, y para ello es necesario tanto la coordinación de los distintos abogados involucrados en el caso, como la inmediata disponibilidad de recursos financieros. Para este autor, la falta de coordinación y recursos haría fácilmente perder el control del litigio y conllevaría importantes derrotas judiciales.

11.2. La capacidad de reacción oportuna

El control del litigio no solo se limita a aquel que ha sido planificado, sino también a la capacidad que tienen las organizaciones de reaccionar de manera rápida, eficaz y oportuna ante situaciones nuevas o inesperadas.

Es común que, ante el lanzamiento de ciertas campañas de litigio estratégico, casos individuales ya iniciados y vinculados a los objetivos de esas campañas lleguen a los grupos u organizaciones, y éstos deban hacerse cargo de los mismos. Las reacciones dependerán del estado del caso, y si se encuentra en las instancias inferiores o superiores, pero en general estas campañas tienen un componente de litigio planificado y otro de litigio reactivo (Wasby, 1995).

Las organizaciones también deben tener la capacidad de reaccionar ante situaciones inesperadas o cambios políticos o legislativos que afectan los objetivos de las campañas, es decir, éstas deben ser flexibles y adaptables a las nuevas realidades, para así poder maximizar las posibilidades de éxito (Wasby, 1995). La flexibilidad y adaptabilidad se relacionan con reconocer y redireccionar la campaña cuando hubo importantes cambios en el contexto político y jurídico, y que puede incluir el abandono de casos judiciales en curso, o incluso la alternativa de litigio como forma de demandar políticamente.

La flexibilidad y adaptabilidad, sin embargo, suelen no estar presentes durante el desarrollo de estas campañas, por varios motivos. Uno de ellos se vincula con la incapacidad que tienen las organizaciones (y sus abogados) de interpretar debidamente los cambios políticos que se fueron gestando mientras se desarrollaban estas campañas (Eskridge, 1999). Otro se relaciona directamente con los propios objetivos de las organizaciones. Muchas veces, al lanzar campañas, consiguen fondos tendientes a impulsar ciertos casos o demandas. Estas ayudas financieras limitan el margen de maniobra de las organizaciones, y éstas, a fin de cumplir con sus financiadores, deben patrocinar los casos, aún cuando no se trate de la mejor decisión (Sorauf, 2015). Un tercer motivo por el cual los abogados pueden no querer apartarse del litigio se puede vincular con la teoría de Stuart Scheingold (1974) sobre "el mito de los derechos". Para este autor, existen derechos, y son los jueces los que los definen, quienes los implementan y en consecuencia son los tribunales los lugares adecuados para obtener avances en materia de reconocimiento y protección jurídica. A partir de esto, existe la idea de que las decisiones judiciales tienden a flexibilizarse y avanzar con el paso del tiempo, y que una decisión desfavorable no impide un proceso de avance que ya se ha iniciado. Esto lleva a que los abogados se enfoquen en la búsqueda de precedentes, y continúen optando por el litigio, aún cuando no haya victorias inmediatas (Lobel, 2003). De esta forma, se presta atención constantemente al próximo caso a presentarse, olvidando los objetivos de la campaña (Wasby, 1995). Esta postura lleva a las organizaciones a ser inflexibles y eventualmente a fracasar con los objetivos propuestos.

12. Peligros y contingencias

En los once puntos precedentes se describieron distintos aspectos (descriptiva y normativamente) que, según la principal bibliografía estadounidense, configurarían una campaña de litigio estratégico y al mismo tiempo que aumentaría sus posibilidades de éxitos. Sin embargo, desde una perspectiva jurídica, estas campañas

son altamente contingentes, y aún teniendo un importante control desde la génesis hasta la aplicación de las sentencias, existen una serie de riesgos y peligros que constantemente amenazan la continuidad de las mismas. Este sinnúmero de contingencias o cambios inesperados que pueden hacer fracasar, tambalear o incluso facilitar el éxito de las campañas.

Stephen Wasby (1995) considera que la complejidad y la contingencia es un elemento distintivo en la dinámica del litigio que se produce en el marco de estas campañas, y reconoce al menos once situaciones que pueden alterar el curso de la misma:

- 1) Cambios en el contexto político, tanto a nivel local como nacional;
- 2) La imposición de limitados plazos procesales que impiden coordinar esfuerzos, o incluso presentar apelaciones de manera oportuna;
- 3) El planteo de casos que tenían por finalidad ser resueltos en las primeras instancias judiciales, pero por motivos inesperados terminan arribando a instancias superiores, particularmente ante las Cortes Supremas;
- 4) El dictado de sentencias o fallos plenarios que afectarán la doctrina aplicable en fueros o circunscripciones enteras, afectando el curso del litigio de otros casos vinculados radicados en esos espacios.
- 5) El dictado de sentencias por parte de la Corte Suprema que obligan a replantear los argumentos legales esgrimidos por los grupos.
- 6) Cambios en la composición de los juzgados durante la sustanciación del proceso.
- 7) Cambios en la composición de las mismas organizaciones, donde diversos abogados vinculados a la planificación del litigio o al desarrollo de la campaña se desvinculan por cualquier motivo, o incluso cuando las relaciones profesionales se modifiquen;
- 8) La intervención de terceros interesados durante la ejecución de la campaña de litigio estratégico, que dificulta, complejiza o ralentiza los procesos judiciales iniciados. Muchas veces intervienen organizaciones con quienes existen

buenos vínculos, o con objetivos políticos completamente diferentes u opuestos. En cualquier caso, suelen significar situaciones inesperadas para las organizaciones, e implican una importante pérdida del monitoreo y manejo del litigio;

- 9) Introducción o surgimiento de nuevas circunstancias fácticas que no fueron tenidas en cuenta al momento de la planificación del litigio²¹;
- 10) Introducción de argumentos jurídicos que no fueron tenidos en cuenta al momento de la planificación del litigio, o durante las primeras etapas del proceso; y
- 11) Cambios de posturas políticas por parte del gobierno. Si bien es posible que estos cambios se den dentro de la administración de un mismo gobierno o un mismo partido político, lo más habitual es que se produzcan cuando asumen nuevas administraciones de partidos diferentes.

De este modo, todas estas contingencias afectarían de manera importante el curso de la campaña. Por otra parte, el éxito en la resolución eficiente y oportuna de estos inconvenientes dependerá de la capacidad que posea cada organización de reaccionar de manera rápida ante ellos y de poder retomar el control del litigio.

13. Conclusión

En estos doce apartados se ha intentado generar un marco propicio para analizar y comprender las características que presentan las campañas de litigio estratégico. Tal como se viene insistiendo, con la experiencia de *Brown* se generó un paradigma de litigio que los teóricos intentaron comprender y los grupos poner en funcionamiento. En este sentido, diversos autores estadounidenses veían en el litigio

²¹ Un claro ejemplo de este supuesto fue la emergencia de la epidemia del HIV-Sida durante la campaña que desafiaba las leyes de sodomía. Para mediados de 1980, los gobiernos comenzaron a utilizar la escasa información disponible sobre el virus y su altísima incidencia en hombres que tenían prácticas homosexuales en los juicios para justificar así la importancia de las leyes, con relativo éxito

como una de las modalidades más efectivas para organizar la acción colectiva de ciertos grupos que pretendieran obtener el reconocimiento de derechos. En general, quienes han analizado el paradigma *Brown* dan mayor relevancia a alguno de los elementos que se analizaron. Así por ejemplo, para autores como Mark Tushnet (1987) y Frank Sorauf (2015), el aspecto más relevante a tener en cuenta en estas campañas es la posesión de profesionales capacitados y especializados que puedan conducir de manera eficiente los casos presentados y responder oportunamente ante nuevas oportunidades de litigio. Para autores como Jack Greenberg (1974), en cambio, lo relevante es que quienes desarrollen estas campañas sean organizaciones con la capacidad para hacerlo, como también para coordinar esfuerzos con otros grupos o actores. Para autores como R. Kluger (1975) y Joel Handler (1979) será la capacidad de los grupos en generar alianzas y coaliciones lo que facilitará el éxito de sus campañas. Susan Olson (1990) y Charles Epp (2013) consideran que lo verdaderamente determinante en el éxito de las campañas de litigio estratégico será la posesión de diversos recursos por parte de las organizaciones y su capacidad de integrarlos eficientemente. Otros autores incluyen además como elementos relevantes la capacidad de sostener la campaña en el mediano y largo plazo (Kluger, 1975; O'Connor, 1980) o el apoyo de agencias gubernamentales tales como el Departamento de Justicia (Cortner, 1968). Por último, para autores como Stephen Wasby (1995), será la planificación y previsión de todas estas cuestiones, y la capacidad de las organizaciones de controlar el litigio y reaccionar eficientemente ante eventuales contingencias que puedan surgir durante el desarrollo de la campaña lo que generará mejores oportunidades de éxito.

Por nuestra parte, entendemos que este modelo, si bien puede resultar muy útil para entender, describir y reflexionar sobre diversos aspectos y características de las campañas de litigio estratégico, surge de un contexto histórico específico (en Estados Unidos y a partir de 1950), y por lo tanto la importancia de estas dimensiones puede variar de modo importante en otros países, particularmente en aquellos con sistemas jurídicos diferentes al estadounidense. En este sentido, y tal como se mencionó en

este capítulo, el modelo surgiría a partir de una serie de experiencias históricas y conquistas políticas que habrían generado lo que Stuart Scheingold (1974) ha denominado como “el mito de los derechos”, es decir, una suposición generalizada por parte de los estadounidenses de que el litigio puede implicar declaraciones de derechos de los tribunales que provocarían cambios significativos. Con esta idea en mente, y tras el análisis de distintas campañas de litigio, distintos autores han elaborado un modelo de acción (o “modelo *Brown*”) destinado a comprender la dinámica de estas campañas e inspirar a abogados y activistas a la utilización de los mismos, tanto de Estados Unidos como de otros países.

Sin embargo, este “mito de los derechos” sería algo que caracterizaría a estadounidenses y que estaría relacionado con una fe profunda en las instituciones judiciales. Esta idea es, sin embargo, ajena a la experiencia argentina, que comenzó a judicializar demandas colectivas principalmente a partir de la última reinstauración democrática, pero en un marco de desconfianza generalizada hacia estas instituciones, y que entienden la judicialización como “un proceso de negociación política más amplio; y la arena judicial un espacio adicional para dirimir disputas políticas”(Smulovitz, 2008: p. 290). De este modo, el desarrollo de campañas de litigio que se dieron en nuestro país adquirieron algunas características distintivas en muchas de estas dimensiones analizadas.

En el próximo capítulo veremos cómo fue posible que el campo jurídico y judicial estadounidense se volviera un espacio receptivo a estas demandas, y como una experiencia histórica específica, como fue la campaña de litigio que cuestionaba la segregación racial, se convertiría en un modelo a analizar por parte de académicos y a seguir por parte de activistas y organizaciones que demandaban reconocimiento de derechos civiles.

Asimismo, analizaremos cómo la experiencia de *Brown* impulsaría las campañas de litigio del movimiento de la diversidad sexual en Estados Unidos (capítulo 3), y cómo sería trasladada a nuestro país (capítulos 4 y 5). En este sentido, en las próximas páginas veremos cómo las ideas desarrolladas en este capítulo se materializaron en

las experiencias concretas de grupos estadounidenses y argentinos que decidieron librar sus batallas en los campos judiciales, y cómo una estrategia política anclada geográfica y temporalmente inspiraría un sinnúmero de campañas, impactando profundamente en la mente de abogados y activistas por el avance de los derechos de ciertos sectores.

Capítulo 2

El origen de las campañas del litigio estratégico: desde los Casos de *Granger* hasta *Brown*

En el primer capítulo se intentó definir a las campañas de litigio estratégico, y analizar distintas dimensiones que las caracterizarían (es decir, una dimensión más bien “descriptiva”) y también aquellas que aumentarían sus posibilidades de éxito (una dimensión más bien “normativa”). Estas dimensiones fueron el resultado de intentar explicar una nueva modalidad de activismo político llevado a cabo por grupos estadounidenses ante las cortes, sobre todo a partir del fallo “*Brown*”. En este capítulo analizaremos en primer lugar, cómo fue posible que el campo jurídico estadounidense se convirtiera en un espacio receptivo a las demandas para el avance de los derechos civiles, y luego realizaremos una descripción de la campaña contra la segregación racial que culminó con el fallo *Brown* y el enorme impacto que esta campaña tuvo para abogados, organizaciones y jueces, impacto que inspiraría un sinnúmero de campañas tanto en Estados Unidos como en el resto del mundo (Tushnet, 2004; Fiss, 2006).

Las primeras campañas de judicialización de causas tendientes a persuadir al poder judicial sobre cómo debe interpretarse la Constitución (y cómo deben protegerse los derechos que ésta establece) se dieron en Estados Unidos a finales del siglo XIX. Que se dieran en este país se debió principalmente al contexto (la importante industrialización que este país venía sufriendo, junto a cambios demográficos, territoriales y sociales) y a la cultura jurídica dominante (caracterizada por un sistema basado en el estricto seguimiento y aplicación de los precedentes judiciales).

Obtener decisiones judiciales que determinaran cómo debían interpretarse y protegerse los derechos reconocidos en la Constitución se convirtió en el principal objetivo de varios grupos (económicos o políticos), y una vez obtenidas, estas

decisiones eran leídas en términos de victorias o derrotas políticas. El poder judicial se comenzó a configurar así como el actor político clave cuando debían protegerse derechos que habían sido vulnerados por parte de los otros poderes constituidos, lo que le significó reconocimientos y repudios de diversos sectores, y lo colocó en un lugar privilegiado de la política nacional²². Según Epp (2013), antes de 1915 fueron las cuestiones administrativas y comerciales las que dominaron el campo del litigio constitucional, debido a que eran las organizaciones de negocios quienes poseían la capacidad económica de afrontar dichos desafíos. Sin embargo, hubo importantes cambios que modificaron sustancialmente la cultura jurídica y el campo judicial. A continuación examinaremos cómo se pasó de un modelo de campañas orientadas a la protección de intereses económicos a otro orientado al reconocimiento y protección de derechos de grupos socialmente vulnerables.

1. Primeras campañas de litigio estratégico en Estados Unidos: Los “Casos de Granger”.

Como ha sido documentado, durante el siglo XIX y los primeros años del siglo XX existieron verdaderas campañas que pusieron su énfasis en el litigio estratégico con la finalidad de influir en ciertas regulaciones estatales (Cortner, 1993; Epp, 2013). Estas campañas se dieron en el marco de lo que algunos historiadores denominaron “la revolución administrativa del mundo de los negocios estadounidenses”²³ (Sklar,

²² Si bien es unánimemente reconocido el rol político que jugaron (y continúan jugando) los tribunales estadounidenses, también hay importantes críticas a este rol, ya que el poder judicial impone sus visiones y legisla por medio de sentencias diversas actividades de los ciudadanos, violando el principio de división de poderes. Sin embargo, este rol muchas veces puede ser incómodo para el poder judicial, tal como lo muestra Lisa Kloppenberg (2001), quien analiza cómo la Corte Suprema de los Estados Unidos se ha caracterizado (particularmente en las últimas décadas) por evitar inmiscuirse en cuestiones políticas o de reconocimiento de derechos, y ha generado doctrinas judiciales que distancian cada vez más al poder judicial de las demandas de los ciudadanos estadounidenses.

²³ Según refiere Epp (2013) en relación con esta revolución “Hasta 1870, la mayoría de las empresas eran organizaciones operadas por pequeñas familias con estructuras no burocráticas y con unos pocos gerentes profesionales. A partir de 1870, durante lo que los historiadores económicos llamaron la “revolución administrativa”, el sector comercial estadounidense comenzó a convertirse a gran velocidad en un conjunto de organizaciones estructuradas en forma burocrática y administradas por

1988). Esta revolución administrativa que se dio en el seno de las empresas estadounidenses dio origen a las primeras organizaciones con capacidad económica y el tiempo necesario para emprender batallas legales y hacer frente así a la cada vez mayor regulación estatal por parte de este gobierno norteamericano. La idea era sencilla: era necesario conseguir antecedentes jurisprudenciales a fin de evitar que las nuevas regulaciones afectaran sus ganancias. En este sentido, "la nueva estructura administrativa daba a las empresas la capacidad de planear estratégicamente y asignar recursos a la instrumentación de proyectos estratégicos a largo plazo" (Epp, 2013: p. 85).

De todas estas campañas, quizás la más interesante (y mejor documentada) fue la llevada a cabo por las empresas de ferrocarril, quienes utilizaron los nuevos diseños organizacionales para emprender un conjunto de acciones judiciales a fin de influir en las regulaciones estatales que lo afectaban. Así, entre 1880 y 1900 "una cantidad de organizaciones de este nuevo tipo dedicó recursos significativos a campañas de litigación destinadas a influir en la orientación de las regulaciones gubernamentales" (Epp, 2013: p. 85).

profesionales. En los Estados Unidos la revolución administrativa comenzó y floreció primero en la industria del ferrocarril desde 1870; en la década de 1880, se extendió a áreas de la economía relacionadas con la producción de bienes; a finales de la última década del siglo, ya estaba operándose una revolución de fusiones en la que empresas burocráticas se unían para formar organizaciones aún mayores. A mediados del segundo decenio del siglo XX, la revolución administrativa había terminado y el nuevo paisaje de las estructuras organizacionales mostraba enormes transformaciones en muchos sectores de la economía estadounidense" (p. 84). Por su parte, Martin Sklar (1988), quien trabaja desde una perspectiva de historia económica, y al analizar la revolución administrativa, considera que no es posible entender la transformación por la que la economía estadounidense pasó durante el cambio de siglo (del XIX al XX) sin analizar los cambios que se produjeron al mismo tiempo en la política, en la sociedad y en la cultura de este país. Para Sklar, el capitalismo –como cualquier sistema productivo- es mucho más que un conjunto de interacciones económicas y el capitalismo corporativo que se desarrolló en EEUU durante los primeros años del siglo XX no fue algo que simplemente ocurrió, sino que fue algo "construido". Para este autor, el proceso de construcción ocurrió dentro de un contexto de descontento generalizado por las condiciones laborales, lo que llevó al Estado a intervenir en la actividad económica. Por lo tanto, esta revolución administrativa no se debió tanto a fuerzas tecnológicas como muchos asumen, sino más bien fue el resultado de la lucha entre grupos sociales condicionada por un cierto contexto histórico. La consecuencia de dichas luchas fue el surgimiento de gigantes compañías quienes por casi un siglo moldearon los desarrollos sociales, culturales y políticos de Estados Unidos.

Richard Cortner (1993) examina las enormes campañas de litigio llevadas a cabo por las empresas ferroviarias en contra de las leyes de Granger –las cuales eran normas estatales que sometían a estas empresas a una regulación de sus tasas por parte del Estado-. Este autor, analizando el período 1877-1913, pone su énfasis en tres casos originados en el estado de Minnesota y cuyas decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos (en adelante CSEU) modificaron sustancialmente el contenido de la decimocuarta enmienda vinculada a protección constitucional del debido proceso judicial. Para ello, él parte de las sentencias de la CSEU que fueron consecuencia de la judicialización de las leyes de Granger (conocidos como “los Casos de Granger”) en donde las empresas ferroviarias perdieron su primera batalla importante en 1877, cuando este tribunal sentenció en el caso *Munn v. Illinois* que la propiedad privada que afectaba al interés público podía estar sujeta a la regulación del Estado.

Bastante decepcionadas con el resultado de *Munn* las empresas de ferrocarriles comenzaron a buscar una oportunidad para revertir dicho precedente. En consecuencia, ellas reaccionaron agresivamente a una ley de Minnesota de 1887 que daba a la Comisión de Ferrocarriles y Depósitos una autonomía regulatoria sin precedentes. Insistiendo que la nueva normativa los privaba de su derecho de propiedad afectando su derecho al debido proceso, varias empresas primero, y sin éxito, se presentaron ante juzgados estatales y luego, con la cooperación de Moses E. Clapp, procurador general de Minnesota, apelaron dos de los casos ante la CSEU.

Por suerte para estas empresas, la composición de la Corte se había modificado desde el caso *Munn*. El cambio más importante fue la incorporación del juez David J. Brewer, quien como juez federal había rechazado los Casos de Granger reconociéndole el derecho a las empresas ferroviarias al debido proceso en un caso contra Iowa. En consecuencia, y por mayoría, la CSEU revirtió en 1890 el antecedente de *Munn*. Al sentenciar en los dos casos testigos de Minnesota –*Chicago, Milwaukee & St. Paul Railroad v. Minnesota* y *Minneapolis Eastern Railway Co. v. Minnesota*– la CSEU aceptó los argumentos de estas empresas en que la

determinación de las tarifas debía ser sometida a la revisión judicial por violar la clausula constitucional del debido proceso.

Si bien estas nuevos precedentes tendrían importantes consecuencias en contiendas judiciales posteriores, es interesante remarcar que la campaña de litigio estratégico (de tipo comercial y marcadamente conservadora) llevada a cabo por las empresas de ferrocarriles estadounidenses a finales del siglo XIX, fue similar a campañas posteriores llevadas a cabo por diversos grupos de interés y que inspirarían diversas teorías que intentaron abordar el fenómeno del diseño de campañas de litigio estratégico en ese país²⁴.

Según Epp (2013) el hecho de que los principales litigantes constitucionales durante este periodo sean las grandes corporaciones se debió fundamentalmente "a que eran casi las únicas entidades con suficiente capacidad de organización y recursos necesarios para hacerlo" (p. 86). Sin embargo, también reconoce el importante rol que cumplieron los abogados estadounidenses de la época, y cuya práctica profesional respondía a los intereses de las grandes corporaciones²⁵. El perfil de los abogados estadounidenses del siglo XIX ya había sido descrito por Alexis de Tocqueville (1963) en su clásica obra "La democracia en América" de 1835, en donde los definía como conservadores y antidemocráticos, atraídos por la propia ventaja e interés. Sin embargo, existía también la imagen del abogado "campesino" quien tenía fuertes vínculos con la comunidad en la que estaba inserto y gozaba de gran respeto, en un país que por entonces era mayoritariamente rural, anglosajón y protestante

²⁴ En este sentido, Cortner (1993) muestra como estas campañas de litigio se caracterizaron por la utilización de diversos casos testigos, elaboración de pruebas para respaldar sus peticiones y presión sobre el proceso de nombramiento de los jueces. Serán estas tácticas similares a las que algunas décadas después utilizarán diversas asociaciones y grupos de interés para desenvolver sus campañas judiciales en el marco del reconocimiento de derechos civiles en Estados Unidos.

²⁵ Así, Epp (2013, p. 86) y Auerbach (1976, p. 36) citando a Louis Brandeis, quien fue ministro de la CSEU entre 1916 y 1939, mostraron cómo éste en su discurso se refería a los abogados en 1905: "en gran medida, los abogados se han permitido transformarse en apéndices de las grandes corporaciones. Los abogados más destacados de los Estados Unidos han sido contratados principalmente para defender las demandas de las corporaciones, a menudo con el propósito de evadir o revocar leyes extremadamente rudimentarias mediante las cuales los legisladores procuran regular el poder o frenar los excesos de las grandes empresas". Por su parte, Auerbach (1976: p. 32) menciona que en esta época "los abogados eran identificados por el público con los clientes de las corporaciones a cuyos intereses servían".

(Auerbach, 1976; Abel 1989). Durante la revolución administrativa (que implicó también importantes cambios demográficos, políticos y sociales en el país) surgieron las primeras "corporaciones o bufetes de abogados" que comenzaron a trabajar con la lógica de las empresas comerciales, y a representar sus intereses ante los tribunales. Estos nuevos abogados disfrutaron de importantes ventajas económicas: sus clientes, importantes empresas que necesitaban derogar normativas que restringían su capacidad comercial vieron que estas nuevas "empresas de abogados" tenían la capacidad de ofrecer eficientemente los servicios que estaban necesitando, y a cambio de dinero, ellos comprometieron sus energías profesionales "al servicio del capitalismo industrial" (Auerbach, 1976: p. 36)²⁶.

Es importante destacar que con la jurisprudencia sentada por la CSEU en la campaña de las grandes compañías ferroviarias, y en todo lo vinculado al derecho de propiedad y del debido proceso, este tribunal marcadamente conservador ampliaría enormemente la interpretación de la cláusula del debido proceso en los Estados Unidos y sería una fuente importante para las campañas de litigio estratégico que vendrían: después de 1937 la CSEU aplicaría la doctrina del debido proceso en temas

²⁶ Por su parte, Abel (1989), entiende que este es un momento clave en el ejercicio de la abogacía estadounidense ya que la profesión legal norteamericana "no comenzó a asumir su presente forma hasta finales del siglo XIX" (p. 40) y coincide en que durante este primer periodo la práctica profesional estaba fuertemente atada a los intereses corporativos de las grandes empresas y a la fuerte visión liberal y aristocrática del derecho. Además, por entonces, los abogados de mayor prestigio trabajaban para las grandes corporaciones, y en general los que se encontraban en un estrato inferior eran quienes defendían a clientes individuales, o se encontraban debajo de la escala social. Auerbach (1976), al describir la estratificación de los profesionales en Nueva York a comienzos del siglo XX dice que esta era entendida como una estratificación de "abogados constitucionales, abogados de corporaciones y abogados generalistas. Cromwells y Cravaths (corporaciones de abogados) están en la cima. Los "hebreos" se encuentran al final". (p. 26). Esta tendencia de mantuvo constante en Estados Unidos, según lo mostraron Heinz y Laumann (1982) al realizar la primera investigación sistemática de abogados a gran escala en una gran ciudad estadounidense: Chicago. En su libro, sobre una población estimada de 14.000 abogados de Chicago, los autores consiguieron una muestra de 777 profesionales en 1975. Como resultado de esta investigación, los autores proponen una tesis de dos hemisferios: "los abogados que sirven a las grandes corporaciones y a otras grandes organizaciones difieren sistemáticamente de aquellos que trabajan en forma particular o pequeños negocios, y esto es independiente del origen social de los abogados, de sus valores sociales o políticos, del prestigio de las universidades donde se formaron, sus redes de amigos y colegas u otras variables sociales (p. 319). Esta diferencia se vincula con la mayor autonomía profesional de los del hemisferio inferior con relación a sus clientes, y la gran dependencia de aquellos profesionales vinculados al hemisferio superior de las corporaciones y grandes organizaciones comerciales.

vinculados al reconocimiento de derechos civiles, en la lucha contra la segregación racial y finalmente, en el caso *Roe v. Wade*²⁷ (de 1973) reconocería que el debido proceso involucra derechos sustantivos más allá de aquellos especificados por la carta de Derechos (*Bill of Rights*) (Cortner, 1993).

2 Campañas de litigio estratégico para el reconocimiento y la ampliación de derechos ciudadanos en Estados Unidos

Los casos de Granger evidenciaron la importancia que los precedentes judiciales podían tener en la arena política y económica del país norteamericano. A partir de entonces se había abierto un nuevo espacio de disputas políticas y económicas, tan importante como las legislaturas o los organismos del poder ejecutivo: los tribunales. Al poder judicial se le comenzó a reconocer un lugar privilegiado en materia política, social y económica y distintos sectores comenzarían a utilizar este nuevo espacio como un lugar de luchas y reivindicaciones políticas, económicas, ideológicas y sociales.

Si bien el contexto parecía indicar que las cortes estadounidenses eran particularmente permeables a las demandas de los poderosos sectores económicos, cambios en la manera de enseñar en las facultades del derecho generaron nuevos operadores jurídicos (y una nueva cultura jurídica) que hicieron posible que diversas campañas por el reconocimiento y la ampliación de derechos civiles y políticos tuvieran éxito y marcaran la agenda política del país durante todo el siglo XX. El litigio comenzaba a ser entendido como una herramienta que podría utilizarse para el reconocimiento de derechos (y en última instancia, para el cambio social).

²⁷ Se trata del caso judicial por el cual se reconoció en 1973, el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en Estados Unidos.

2.1 Nuevas formas de enseñar derecho. Nuevos abogados. Nuevos espacios de disputas políticas y reivindicaciones de igualdad.

La profesión legal en Estados Unidos comenzó a sufrir importantes mutaciones entre fines del siglo XIX y principios del siglo XX. Durante el cambio de siglo, los abogados comenzaron a contemplar "el impacto del cambio social sobre su profesión" (Auerbach, 1976: p. 40). Hasta entonces, este grupo era exclusivamente masculino, anglosajón, protestante, de familias tradicionales y volcado fuertemente a la defensa de los intereses de las grandes corporaciones (Auerbach, 1976; Abel, 1989; Mack, 2012). Sin embargo, las masivas oleadas de inmigrantes tuvieron un fuerte impacto en el país, trayendo nuevos profesionales al campo jurídico y generando una importante estratificación de la profesión: por un lado estaban "respetables *Wall Street Lawyers*" (abogados de corporaciones) y por el otro los "repudiables *Ambulance Chasers*" (correambulancias). Estos últimos, migrantes de orígenes humildes, y en una posición claramente desventajada, eran además constantemente hostigados por los profesionales ya establecidos y por la ABA (*American Bar Association* o Asociación de Abogados Estadounidenses) que decidió emitir cánones de ética profesional (*The Canons*) que les dificultaba enormemente ganarse la vida como abogados (Auerbach, 1976)²⁸.

Pero junto con las mutaciones demográficas comenzaron a darse importantes mutaciones en el área de la educación jurídica. El primer cambio importante tuvo que ver con la formalización de los estudios en el área del derecho. Hasta 1880, la formación legal se obtenía principalmente ocupando la posición de aprendiz junto a un abogado ya establecido (Epp, 2013). A partir de ese año, las escuelas de derecho empezaron a suplir el rol de formación jurídica, y para el año 1915 la mayoría de los

²⁸ Así, sobre los cánones de ética, Auerbach refiere "La cruzada ética que produjo la divulgación de los cánones evidenció la hostilidad étnica y de clase social. Los nuevos abogados migrantes judíos y católicos de orígenes humildes fueron confinados a la práctica individual de las zonas urbanas y en la mayoría de los casos su compartamiento carecía de ética profesional porque los entonces establecidos abogados protestantes los habían determinado de ese modo" (1976: p. 50)

abogados estadounidenses se habían formado en las universidades del país (Abel, 1989). Según Epp (2013, p. 98)

“Este cambio tuvo efectos importantes en la profesión. Primero porque la desaparición de la figura del aprendiz y el ascenso de los estudios universitarios desligaron la formación legal de los intereses conservadores de la profesión legal ya asentada y prepararon la base institucional para el desarrollo del estudio teórico de la ley y para los esfuerzos políticos orientados a las reformas”

En este período se produjo una importante multiplicación de las escuelas de derecho: de 28 escuelas con 1600 estudiantes que había en 1870, el número se disparó a más de 100 escuelas con cerca de 13.000 estudiantes para el cambio de siglo. Asimismo, aumentó en un 196% el número de abogados formados en facultades de derecho (Auerbach, 1976)²⁹.

El segundo cambio relevante tuvo que ver con la profesionalización docente en las facultades de derecho. Antes de 1870, los profesores eran al mismo tiempo abogados que ejercían paralelamente la profesión, y “el camino a las aulas comenzaba en la práctica” (Auerbach, 1976: p. 75). Para entonces, enseñar era más una vocación que una profesión, y el ejercicio profesional se aprendía fuera de las facultades de derecho (Abel, 1989). Pero a comienzos del siglo XX el Decano Christopher Columbus Langdell introdujo y desarrolló el método de casos en la Universidad de Harvard, haciendo que la “enseñanza del derecho evolucionara en una nueva profesión” (Auerbach, 1976: p. 75). Esta nueva forma de enseñar derecho, exigía una dedicación exclusiva que la mayoría de los abogados practicantes no podían cumplir:

²⁹ Durante esos mismos años, se daban los picos más altos de migración a los Estados Unidos: “Nuevos inmigrantes del sur y este de Europa entraron por millones en las ciudades estadounidenses. Para muchos de ellos, especialmente para sus hijos, acceder a la profesión legal se convirtió en un símbolo de acceso a la democracia norteamericana. El nexa entre el derecho y la política convirtió a la carrera de abogado personalmente atractiva y políticamente importante” (Auerbach, 1976: p. 88)

“Pocos abogados practicantes podían dedicar el tiempo requerido por la innovación de Langdell; y reconocidos abogados con tiempo de ocio carecían de la flexibilidad intelectual para abordar con proceso analítico y deductivo que yacía en el núcleo del método de casos” (Auerbach, 1976: p. 75)

Para Langdell el derecho era una ciencia, la biblioteca su laboratorio y los casos eran sus elementos naturales. La nueva cientificidad que se le comenzó a reconocer al derecho inspiró a una generación de profesores con dedicación exclusiva, quienes comenzaron a analizarlo desde una perspectiva más flexible y progresista (Sutherland, 1967), y en una época de importantes reformas y cambios, estos docentes percibieron al derecho como un instrumento de ingeniería social, con importantes implicaciones en el espacio público que transcendía al cuidado del cliente individual³⁰. Así, durante las primeras décadas del siglo XX un fuerte sentido de responsabilidad pública e identificación con reformas políticas y sociales generaron en los profesores de derecho una identidad particular, y diferenciada de los abogados practicantes (Auerbach, 1976; Mack, 2012).

El tercer cambio de trascendencia vendría recién después de la primera guerra mundial, con lo que se denominó el “realismo jurídico”³¹. Según relata Horowitz (1992: p. 169)

³⁰ Siguiendo a Auerbach (1976: p. 76-77) “El matrimonio de la ciencia con la reforma, al mismo tiempo que elevó la auto conciencia entre los profesores de derecho, fue fuente de energía inconmensurable y entusiasmo. Un profesor de Chicago, citando el creciente impacto en las escuelas de derecho dentro de la profesión, habló con cierto asombro sobre sus nuevas responsabilidades profesionales: “Contemplo ... lo que significa ser capaz de formar a hombres quienes directa o indirectamente tendrán una fuerte influencia sobre el crecimiento y desarrollo de nuestro derecho”. Él se referió a las escuelas de derecho como laboratorios, donde nuevas ideas serían “testeadas, comparadas, analizadas y reportadas”. Los profesores de derecho, para concluir con la metáfora, eran estos científicos que reunían, seleccionaban y evaluaban los datos para producir soluciones legales a los problemas sociales.

³¹ A grandes rasgos, por realismo jurídico se conoce a la corriente filosófica del derecho que critica la visión clásica del pensamiento legal del siglo XIX en los EEUU. El realismo jurídico norteamericano es a menudo recordado por desafiar aquellas perspectivas jurídicas clásicas que consideran que las instituciones legales proporcionan un sistema autónomo y de aplicación directa de los textos jurídicos, no contaminado por la política. A diferencia de pensamiento clásico, el realismo jurídico norteamericano intentó describir las instituciones jurídicas incorporando una imagen de agudo conflicto moral, político y social que estas poseen. El legado más importante del realismo jurídico

“A principios del siglo XX, el pensamiento legal clásico se encontraba confrontado por una creciente y poderosa crítica de sus premisas básicas. En diversos campos del derecho, pensadores progresistas desafiaban tanto las presunciones políticas como morales del antiguo orden y estructuras de la doctrina legal y el razonamiento jurídico que fueron diseñados para representar esas presunciones como neutrales, naturales, y necesarias”

Estos discursos de resistencia se cristalizarían en el realismo jurídico, que sin embargo “no era no un movimiento intelectual coherente ni una jurisprudencia consistente o sistemática” y en general se lo refiere como un “corpus de pensamiento legal producido por la mayor parte de los profesores de derecho en las escuelas de Derecho de Columbia y Yale durante las décadas de 1920 y 1930” (Horowitz, 1992: p. 169). Sin embargo, estos profesores compartían apenas su escepticismo a entender el derecho “como una estructura simétrica de las proposiciones lógicas, todas bien encajadas” (Auerbach, 1976: p. 150). Y este escepticismo era suficiente para redirigir la perspectiva del derecho como reproductor de un orden y *status quo* hacia otra entendida como un instrumento de cambio social. De esta forma, bajo la presión de generaciones más jóvenes de profesores, los contenidos curriculares se expandieron y comenzaron a incorporar disciplinas propias de las ciencias sociales: “estos cambios fueron bienvenidos –y a veces instigados- por jóvenes abogados para quienes la educación legal había sido embrutecedora y parroquial” (Auerbach, 1976: p. 150)³².

norteamericano es su desafío a la clásica afirmación jurídica de que el razonamiento legal era independiente y autónomo del discurso moral y político.

³² Paralelamente, los abogados corporativos pasaban por su mejor momento. Las empresas eran el símbolo de la moderna norteamérica y todos los abogados querían representarlas: “Las recompensas financieras de los estudios de abogados que representaban empresas eran innegablemente sustanciales. En 1920, por ejemplo, el ingreso promedio anual de un miembro de la promoción 1905 en la escuela de derecho de Harvard que trabajaba individualmente, ganaba la mitad de aquel que trabajara como socio en una corporación de abogados que representaba empresas. Cinco años después, en 1925, la diferencia era tres veces mayor (...). Entre 1918 y 1929, el 81% de los graduados

Estas mutaciones en la enseñanza jurídica comenzaron a crear un nuevo perfil profesional, que cada vez se alejaba más del abogado de *Wall Street*, y que adquiría una mayor conciencia social sobre las problemáticas del entorno. Esta mayor conciencia se profundizó luego de la gran depresión estadounidense y la crisis de 1929, cuando el rol de la profesión jurídica en la sociedad norteamericana debió ser reexaminada (Abel, 1989; Mack, 2012). Las mayores críticas a los valores de la profesión vinieron del seno del realismo jurídico en las universidades de Yale y Columbia. Si bien sus críticas contra la jurisprudencia tradicional venían de antes de la depresión, fue durante esta época que el movimiento atrajo a un mayor número de seguidores y desarrolló sus más interesantes ideas después de 1933, cuando el éxito de las reformas políticas del *New Deal*³³ en los Estados Unidos dependían de la flexibilidad constitucional, la tolerancia judicial para los experimentos legislativos y un acercamiento instrumental hacia el derecho (Horowitz, 1992). Por su parte, Jerold Auerbach (1976) ejemplifica diciendo que en este contexto:

“las ideas realistas se basaron en tres proposiciones básicas: que el derecho y la sociedad estaban en constante flujo, que el derecho debe propender a finalidades sociales y que los jueces hacen, más que reconocen, el derecho. Los realistas destrozaron la ilusión de que la seguridad jurídica se encontraba en manos de los abogados tradicionales” (pp. 165)

Fue en la década del 30 que los realistas gozaron de importante reconocimiento y puestos en las facultades de derecho y en las nuevas agencias creadas durante el *New Deal*. Asimismo, se crearon nuevas facultades y aumentó considerablemente el número de estudiantes, transformando la clase media quien comenzó a ver en la

en Harvard, Yale y Columbia decidieron incorporarse a estas corporaciones inmediatamente después de su graduación” (Auerbach, 1976: pag. 142 - 143)

³³ El *New Deal* fue la denominación dada por el presidente estadounidense Franklin D. Roosevelt a su política intervencionista puesta en marcha para luchar contra los efectos de la Gran Depresión en Estados Unidos. Este programa se desarrolló entre 1933 y 1938 con el objetivo de sostener a las capas más pobres de la población, reformar los mercados financieros y redinamizar una economía estadounidense herida desde la Crisis del 29 por el desempleo y las quiebras en cadena.

ascensión social la posibilidad de cumplir con el “sueño americano”. Y mientras los abogados corporativos, tradicionales y establecidos perdían terreno en el campo político³⁴, comenzaban en el seno de las facultades los primeros experimentos de educación a través de clínicas jurídicas, forjando abogados con diferentes aproximaciones a la compleja realidad sociopolítica que se vivía (Tushnet, 1987; Epp, 2013).

Las nuevas ideas jurídicas y el nuevo contexto económico y político hizo perder el interés que los abogados tenían por las grandes corporaciones, y en cambio comenzaron a mostrar una importante conciencia social y generacional. La creciente presencia de abogados judíos, católicos y negros en el país en esta época creó “una base cada vez mayor de representación legal para grupos que antes no estaban representados en absoluto. Los nuevos abogados defendían a objetores de conciencia, a sindicalistas radicales, a acusados de crímenes, a comunistas, a defensores de la libertad de expresión y otras figuras de causas impopulares” (Epp, 2013: p. 99). Para comienzos de la década del 30, los inmigrantes, y estadounidenses descendientes de inmigrantes, principalmente judíos, comenzaron a incorporarse a las nuevas agencias estatales: “los realistas se convirtieron fácilmente en *new dealers* porque (...) juzgaban las instituciones legales por sus consecuencias humanas más que por sus esencias platónicas” (Auerbach, 1976: p. 177). Por su parte, Abel (1989) menciona que un importante número de abogados del *New Deal* fueron motivados por una ética de tipo reformista combinada con la posibilidad de oportunidades en poder poner en práctica esa ética; que esta reforma ética fue más prevaleciente en la generación de los abogados formados en los 30 que en los 20, y que gran parte de las actitudes de estos abogados habían sido moldeadas por experiencias

³⁴ Con relación a esta pérdida de terreno: “Una vez que la administración de Roosevelt había comenzado a reclutar de las facultades de derecho y entre los recién graduados, más que profesionales establecidos en la ABA, los abogados de elite supieron que su influencia pública y su control se había desvanecido. El realismo jurídico echó sal a sus heridas. Y en un momento en que las cortes y la constitución eran valuartes vitales contra el cambio, los Realistas, establecidos en las facultades de derecho, sin dudas sonaban como los bolcheviques de los abogados cuando insistían en que las decisiones judiciales no dependían solamente del razonamiento silogístico de las reglas y precedentes” (Auerbach, 1976: p. 166).

generacionales comunes vinculadas al colapso económico y el surgimiento del *New Deal*. Estas mutaciones fueron muy importantes por el apoyo que muchas de estas agencias federales brindaron a diversas campañas de judicialización, fundamentalmente la dirigida a terminar con la segregación racial en el país.

Por otro lado, para fines de 1931 comenzaba a surgir el Gremio Nacional de Abogados (*National Lawyers Guild* - NLG), que se establecería para 1936, siendo la primera asociación profesional formada para desafiar la hegemonía de la ABA (*American Bar Association*). El NLG fue resultado de las nuevas ideas jurídicas y sociales que imperaban en los años 30. Profesionalmente representaban a aquellos abogados que formaban parte de los sectores más vulnerables de la profesión y que no se sentían representados por la ABA ni por sus valores conservadores o racistas. Recurriendo fundamentalmente al realismo jurídico y a las reformas del *New Deal*, estaba dirigida a aquellos abogados que quisieran comprometerse en la defensa de causas liberales: la lucha por los derechos sindicales, libertades ciudadanas, y derechos de minorías (Ginger & Tobin, 1988). Y aunque la NLG se describía a sí misma como un movimiento de base nacional, formada en respuesta a las demandas espontáneas de miles de abogados, fue en realidad un incongruente y tenue alianza de abogados liberales con fuertes vínculos con ciertas corporaciones de abogados, abogados radicales con fuertes compromisos con los partidos políticos de izquierda, profesores de derecho que estaban disconformes con la comercialización de los valores de la ABA, y profesionales de clases bajas urbanas y de grupos minoritarios que carecían de acceso a los sectores más rentables de la práctica jurídica (Auerbach, 1976)³⁵. Si bien la heterogeneidad de sus miembros generó importantes divisiones y

³⁵ Sin embargo, ante la nueva realidad sociojurídica, la ABA también reaccionó y se volvió más flexible y progresista. Epp (2013: p. 100) menciona que "De todos modos, los propios miembros de la Asociación Americana de Abogados (ABA) ejercían cada vez más presión para tomar a su cargo la cuestión de los derechos y las libertades civiles. En 1938, la organización creó su Comité de Carta de Derecho, que acrecentó en gran medida la prominencia simbólica de la cuestión de las libertades civiles en la esfera de la profesión en general. El trabajo del Comité de la Carta de Derechos no era únicamente simbólico: impulsó al Departamento de Justicia de la administración Roosevelt a trabajar de manera proactiva a favor de la protección de las libertades civiles y se dedicó a reunir las quejas de violaciones a las libertades civiles y hacérselas llegar a las asociaciones de abogados estatales y locales para que las investigaran y emprendieran acciones legales".

confrontaciones internas³⁶, el NLG tuvo la capacidad de crear oficinas vecinales de asistencia jurídica (*neighborhood law offices*), las que consistían en preparar listas con abogados, fijar tasas accesibles y estandarizadas para la prestación de servicios, las cuales dependían de los ingresos de los clientes, y en publicar la disponibilidad de abogados que podían proveer de esos servicios, lo que generó un acceso más democrático por parte de sectores postergados de la población a asistencia jurídica (y que en algunos casos, como en Chicago y Filadelfia, era gratuito) (Auerbach, 1976). En el seno de estas oficinas surgirían varios de los denominados abogados de derechos civiles (Mack, 2012).

Fue también durante la década del 30 que los abogados negros comenzaron a posicionarse como importantes referentes en la lucha por los derechos civiles (Auerbach, 1976; Abel, 1989; Horowitz, 1992; Mack, 2012). En general, los abogados negros sufrían las consecuencias del racismo y la pobreza. Tenían menos educación, menor entrenamiento práctico, menos oportunidades y una menor autoestima profesional que sus colegas blancos. En 1919, y tras las luchas raciales que se dieron en Chicago y el Distrito de Columbia abogados negros formaron comités de defensa para proveer de asesoramiento legal a los ciudadanos negros imputados de delitos penales. Para 1925 formaron la *National Bar Association* (Asociación Nacional de Abogados), que tenía por fin fortalecer a la comunidad de abogados negros en el país, aunque para 1930 apenas contaba con 221 afiliados (Mack, 2012). En esta misma época, Raymond Pace Alexander, un prestigioso abogado negro formado en Harvard, decidió convertir la escuela de derecho de la Universidad de Howard³⁷ “en un laboratorio para los derechos civiles y una guardería para abogados en derechos civiles” (Auerbach, 1976: p. 212)³⁸. La idea era elevar el nivel de Howard,

³⁶ Para más detalles sobre la historia, conformación y acción en diversos períodos de la NLG, se recomienda leer Ginger & Tobin, 1988.

³⁷ La Universidad de Howard es una universidad localizada en la ciudad de Washington y que se caracterizó por ser históricamente de negros, a tal punto que actualmente se la conoce como la *Harvard Negra* por graduar más doctorandos afroamericanos que cualquier otra universidad estadounidense.

³⁸ Son varios los autores que analizaron a la Escuela de Derecho de Howard como una facultad de ingeniería social para el avance en el reconocimiento de la igualdad y no discriminación de la población

transformándola de una facultad nocturna marginal a una institución nacional atractiva para los estudiantes negros que buscaran educación jurídica de calidad y que sea relevante para cumplir con sus necesidades y las de la comunidad negra (Mack, 2012). Así, para la década del 30, existía toda una generación de abogados negros por los derechos civiles (a los que se le unirían abogados del norte del país que defendían las mismas causas), que forjaron su propia identidad durante todo el proceso de litigio contra la segregación racial: a partir de ahora, la práctica profesional cobraba una significación personal y social (Auerbach, 1976; Tushnet, 1987; Wasby, 1995; Mack, 2005, 2012).

Asimismo, los cambios en la formación de los abogados y las nuevas ideas jurídicas tuvieron un importante impacto en las concepciones y decisiones de los jueces, quienes fueron modificando su visión estática de los principios constitucionales y de la división de poderes –decisiones que frecuentemente consistían en revocar legislaciones en materia de políticas económicas e impositivas, tal como se vio en los “casos de Granger”- en una visión más dinámica y politizada, convirtiéndose en importantes defensores de derechos y libertades civiles. En este sentido Samuel Walker (1999: p. 82), considera que a mediados de la década del 20 comenzaron a darse los primeros cambios jurisprudenciales, y para fines de la década “el cambio estaba claramente en la atmósfera. La histeria antirradical se estaba desvaneciendo y las cortes eran más receptivas al momento de proteger la libertad de expresión y de reunión”, y asimismo “la CSEU emergió como un activo defensor de los derechos individuales” (Walker, 1999: p. 95). Más interesante es el trabajo de Howard Gillman (1993), quien examina cómo se dio este fenómeno en la CSEU. Para él, el activismo judicial de la Corte fue resultado de las nuevas ideas jurídicas y las políticas intervencionistas del *New Deal*. Hasta 1937, el rol de la CSEU consistía en la

afroestadounidense. Así, entre los trabajos más recientes se pueden citar las obras de David Wilkins (1997) y Charles Ogletree (2004). Sin embargo, esta posición no es unánime. Así, Kenneth Mack (2005; 2012) considera que Howard nunca tuvo ese papel de “ingeniería social a través del litigio” que se le ha endilgado: “la revisión de la currícula de la facultad de Derecho no se enfocó en el entrenamiento para el litigio de derechos civiles” (2005: p. 285) y de hecho la “Facultad de Derecho de Howard no ofrecería su primer curso en derechos y libertades civiles hasta el año académico 1938-1939, cuando James Nabrit comenzó a enseñar el curso” (p. 287).

defensa de principios estáticos y tradicionales de la Constitución. Sin embargo, la revolución industrial creó condiciones sociales y demandas políticas que tornaban cada vez más difícil distinguir entre el bienestar general y la legislación vinculada a un solo sector o clase. Para Gillman, el punto de inflexión tuvo que ver con leyes vinculadas al salario mínimo. Con estas leyes, el Estado se convertía en un importante regulador del mercado, leyes que gozaban de un importante apoyo por parte de ciertos sectores sociales, y de rechazo por empresas y sectores comerciales. Así, ante la judicialización de estas nuevas regulaciones, la CSEU en *West Coast Hotel v. Parrish* (1937) y en *Carolene Products v. United States* (1938), cambió la jurisprudencia que venía aplicando desde el siglo XIX, basada en viejas asunciones sobre la neutralidad del mercado y la autonomía de los individuos, y en cambio asumió un rol político y de protección a ciertos grupos desventajados y de legitimación a las medidas tomadas por el Estado Federal o los diversos gobiernos estatales³⁹. Esta postura se vería profundizada en 1938, cuando la CSEU resolvía *Missouri ex rel. Gaines v. Canada*, que significaría la primera victoria por parte del movimiento de derechos civiles vinculada a un caso de discriminación en las escuelas, y que proveería un antecedente legal clave para la campaña de litigio estratégico de desegregación racial en las escuelas (Mack, 2005). Las nuevas tendencias doctrinarias y jurisprudenciales de la CSEU estimularon diversas campañas de litigio en diversas áreas: la ACLU⁴⁰ decidió fortalecer su programa en litigio estratégico, la

³⁹ Sin embargo la decisión de la CSEU se dio en un momento en el cual su legitimidad estaba siendo discutida. Conforme Walker (1999), hasta 1937 la CSEU había defendido solo ocasionalmente ciertas libertades civiles. Durante la década de 1930, con la llegada del *New Deal* debió enfrentar una de sus mayores crisis políticas: la CSEU había invalidado la mayor parte de las medidas económicas tomadas durante estos años, siendo blanco de muchas críticas. La reelección de Roosevelt implicaría una "reorganización de la Corte", un plan que le permitiría designar seis nuevos ministros y obtener así una mayoría en el supremo tribunal federal. Si bien el plan no contó con el apoyo esperado, las crecientes críticas ante el rol de la CSEU recién se vieron aplacadas con las sentencias y ejecución del caso *West Coast Hotel v. Parrish*. A partir de este caso, la CSEU empezó a dar cada vez más apoyo a los derechos y las libertades civiles, afectando profundamente la política estadounidense durante los próximos 50 años.

⁴⁰ *American Civil Liberties Union* (Unión estadounidense por las libertades Civiles). Sobre esta organización ver el siguiente apartado.

NAACP⁴¹ reinvertió en su *Legal Defense Fund* (Fondo para la defensa legal) con el mismo fin de la ACLU, la ABA (*American Bar Association*) estableció su Comité sobre la Carta de Derechos y el Congreso Judeo-estadounidense (*American Jewish Congress*) creó su comisión en Derecho y Acción Social “con varios abogados de dedicación exclusiva y un ambicioso programa de cambio social a través del litigio” (Walker, 1999: p. 111).

La década del treinta, que también implicó el surgimiento y la consolidación de nuevas disciplinas, tales como el derecho laboral y administrativo, se caracterizó entonces por haber puesto en escena a nuevos operadores jurídicos, jueces con una visión más dinámica de la Constitución y mayor activismo ante determinadas cuestiones, funcionarios públicos con principios éticos y políticos volcados a la transformación social y abogados con fuertes compromisos políticos y dispuestos a movilizar estratégicamente al derecho para la consecución de fines específicos: conseguir el reconocimiento y la ampliación de derechos civiles, políticos, sociales y de alcance colectivo. Todos estos cambios constituyeron los

“primeros pasos de la poderosa tradición de una práctica legal a favor de la causa progresista que alcanzó su pico en la era de la Corte Warren [...]. La creciente diversidad de la profesión legal [...] proporcionó una importante fuente de apoyo para los casos que constituyeron la agenda judicial de los derechos que empezó a emerger a partir de 1917” (Epp, 2013: p. 100).

Al mismo tiempo para finales de los años 30, el lanzamiento de campañas de litigio estratégico

“se convirtió en una nueva fuerza en la política estadounidense. Grupos minoritarios ahora tenían una importante vía para la reparación y para influenciar

⁴¹ *National Association for the Advancement of Coloured People* (Asociación Nacional para el progreso de las personas de Color). Véase apartado 2.1.2 del presente capítulo.

la política pública. Durante este proceso, las presentaciones en calidad de *amicus* adquirieron un nuevo e importante rol. Históricamente siendo reconocidos como una voz imparcial (literalmente como “amigos del tribunal”), ahora se convertían en instrumentos de movilización legal” (Walker, 1999: p. 112)

Por último, no puede dejar de mencionarse la regulación de las acciones de clases (*class actions*) a nivel federal, que brindarían el marco procedimental que permitirían llevar a cabo campañas de litigio estratégico en todo el país. Estas acciones (que tenían sus antecedentes en la regulación británica del *bill of peace* del siglo XVII) quedaron consolidadas con la denominada “Regla 23”, sancionada en 1938 por el Congreso estadounidense, y que establecía diversas acciones de clase, las cuales se definían “en función de las naturalezas de intereses existentes entre los miembros de una clase” (Maurino, Nino, & Sigal, 2005: p. 34)⁴².

Las importantes mutaciones que se dieron en el campo jurídico generaron y estimularon un proceso consistente en redefinir políticas sociales en términos jurídicos. Un amplio rango de problemas sociales –derechos y libertades civiles, el rol de la religión en el Estado, el funcionamiento del sistema penal, entre otros– comenzaron a ser repensados desde una perspectiva de derecho constitucional. La Carta de Derechos (*Bill of Rights*) se convirtió en un conjunto de principios seculares que tenían por fin gobernar la sociedad estadounidense: “el crecimiento de las libertades civiles a fines de los años 30 marcaron el fin de una era en la historia norteamericana (...). Principios que aparecían aislados hacía 20 años ahora estaban bien establecidos en el credo estadounidense” (Walker, 1999: p. 114). En el marco de todas estas mutaciones, varios fueron los grupos que diseñaron diversas campañas de litigio para el avance de los derechos y las libertades civiles. A continuación se

⁴² Esta regulación se amplió en el año 1966, cuando se convocó a una Comisión Asesora para la revisión de la Reglas Federales, y que se mantienen al día de hoy: “los propios legisladores manifestaron públicamente que una de las metas de la modificación del procedimiento fue la de permitir reformas sociales en áreas tales como los derechos civiles” (Maurino, Nino, & Sigal, 2005: p. 33). Estas reformas serían las que permitirían al movimiento homosexual lanzar sus campañas de litigio a partir de los años setenta, tal como será analizado en el próximo capítulo.

presentarán los grupos y organizaciones que fueron pioneros en la defensa de los derechos (Epp, 2013), que tuvieron una importante influencia en estos cambios, e hicieron posible pensar, diseñar y discutir teóricamente estas campañas de litigio.

2.1.1 La lucha por las libertades civiles: el rol de la Unión Estadounidense por las Libertades Civiles (ACLU) en la primera mitad del siglo XX

Cuando en el año 2005 una de la Corte Federal del Estado de Pensilvania resolvía el caso *Kitzmiller v. Dover Area School District*, la Unión Estadounidense por las Libertades Civiles (*American Civil Liberties Union* o según sus siglas en inglés ACLU), quien había litigado en este caso⁴³, no podía dejar de recordar que 80 años atrás había patrocinado también un caso similar en donde se discutía sobre la necesidad de separación entre la Iglesia y el Estado en las instituciones educativas públicas. El caso *Kitzmiller*⁴⁴ fue un caso que desafiaba las políticas del distrito escolar público que requería la enseñanza del diseño inteligente⁴⁵. Más específicamente, en octubre de 2004 la escuela del área de distrito de Dover cambió su plan de estudios en la asignatura "biología" requiriendo que la teoría del diseño inteligente se presentara como una alternativa a la teoría de la evolución. La Unión Estadounidense por las Libertades Civiles (en adelante, "la ACLU") argumentó con éxito que el diseño inteligente es una forma de creacionismo, y que la política de la junta escolar violaba la la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos. En 1925, con argumentos similares, la ACLU se presentaba patrocinando el caso *The State of Tennessee v. John Thomas Scopes* (conocidos como *the Scopes monkey trial* o juicio

⁴³ Junto a la ACLU se presentaron *American United for Separation of Church and State (AU)* y la corporación de abogados Pepper Hamilton.

⁴⁴ Tammy Kitzmiller, et al. v. Distrito Escolar del Area de Dover, et al. 400 F. Supp. 2d 707, Expediente no. 4cv2688

⁴⁵ El diseño inteligente es considerado un punto de vista pseudocientífico en el que "ciertas características del universo y de los seres vivos se explican mejor por una causa inteligente, no es un proceso no dirigido como la selección natural". Los educadores, filósofos, y la comunidad científica han demostrado que el diseño inteligente es un argumento religioso, una forma de creacionismo que carece de apoyo empírico y no ofrece hipótesis defendible. Sobre su carácter pseudocientífico y sus críticas véase Boudry, Blancke, & Johan, 2010.

del mono Scopes), quien era un profesor de escuela secundaria que estaba acusado de violar la ley *Butler* de Tennessee, que prohibía la enseñanza de la teoría de la evolución en cualquier escuela pública estatal. Si bien John Scopes fue condenado en primera instancia, y luego absuelto por la Corte Suprema de Tennessee debido a un error judicial, el caso significó una de las más importantes victorias en materia de opinión pública de la ACLU⁴⁶ (Walker, 1999).

La ACLU, una organización no partidaria y sin ánimos de lucro, fundada en 1920, es una de las “más importantes y, a veces más impopulares organizaciones del país” y “justificadamente (...) puede afirmar que ha dado forma a los valores contemporáneos” y al “crecimiento del moderno derecho constitucional” (Walker, 1999: p. 3-4). Y conforme Epp (2013: p. 90) ha sido la organización que “provocó el mayor impacto, tanto al ejercer presión para incluir determinadas cuestiones en la agenda de la Corte Suprema como al desarrollar un modelo organizativo efectivo imitado luego por otros grupos”. La Asociación tiene por misión “defender y preservar los derechos individuales y las libertades garantizadas de cada persona conforme a la Constitución y las leyes de los Estados Unidos”⁴⁷, y es algo que viene haciendo desde su fundación. Además con sus 300.000 miembros y sus oficinas en 46 estados, ha sido la organización que más ha estado involucrada en casos resueltos por la CSEU⁴⁸, defendiendo un amplio rango de causas (libertad de prensa, libertad de expresión, segregación racial, interrupción voluntaria del embarazo, reformas penales y carcelarias, separación iglesia/estado, entre muchas otras) y de personas o grupos, tales como el comunista, nacionalsocialista (nazis) o incluso miembros del Ku Klux Klan: “la defensa de los impopulares ha sido siempre lo que caracterizó a la ACLU (...)

⁴⁶ Conforme lo menciona Walker (1999: p. 76) “la cuestión de la evolución finalmente alcanzó la CSEU en 1968 en un caso que desafiaba la ley antievolución del estado de Arkansas en 1928. En *Epperson v. Arkansas* la Corte pro derechos civiles de Warren declaró la inconstitucionalidad de la ley sobre la base de que violaba lo establecido por la primera enmienda. En 1980 los fundamentalistas presionaron una nueva teoría de “creacionismo científico”, y la CSEU nuevamente falló a favor de la ACLU en 1987 al declarar inconstitucional la ley de Louisiana que requería su enseñanza. El día de la sentencia, un periodista le preguntó a la Directora Ejecutiva de la ACLU Ira Glasser hacia cuánto tiempo venía la ACLU litigando el caso: “62 años” ella respondió”, en alusión al caso Scopes.

⁴⁷ Sobre esto, véase FAQs. Online https://www.aclu.org/faqs#1_1 (consultado 15/10/14)

⁴⁸ Sólo superada por el Gobierno Federal.

lo que les implicó los peores ataques” y la “originalidad de la ACLU es consecuencia de importantes características propias de la vida estadounidense: una Constitución escrita con una Carta de Derechos, una herencia cultural donde la libertad individual ocupa un lugar privilegiado, y una tradición jurídica y política donde la CSEU juega un rol importante en resolver conflictos en términos constitucionales” (Walker, 1999: p. 5).

Los antecedentes de la ACLU deben buscarse antes de su creación⁴⁹. Durante la Primera Guerra Mundial, hubo una importante ola de represión y supresión de las voces disidentes en Estados Unidos, lo que implicó el establecimiento de prácticas gubernamentales totalitarias en el país (Rabban, 1992). En este contexto surgió en 1917 la *National Civil Liberties Bureau - NCLB* (Oficina Nacional de Libertades Civiles), que pretendía defender el derecho de libertad de expresión, de reunión y de prensa en tiempos de guerra. Entre varias de sus campañas, hubo una enfocada en el litigio y en 1919 la CSEU resolvía los primeros casos sobre libertad de expresión en tiempos de guerra (a pesar de que la primera guerra mundial ya había finalizado): Tanto en los casos *Schenk*, como *Debs y Abrams*⁵⁰ la CSEU desconoció que la libertad de expresión merezca una tutela especial en tiempos de guerra, aunque las voces de los jueces disidentes (Holmes y Brandeis) comenzaron a generar la primera jurisprudencia favorable a estos pedidos. Terminada la guerra, y tras las importantes derrotas sufridas por la NCLB, Roger Baldwin, un experimentado abogado egresado de Harvard, decide reorganizarla, fundando la ACLU, con el objetivo de continuar con la lucha por la defensa de la Constitución y su carta de Derechos. La ACLU, adoptaría

⁴⁹ Es importante aclarar que la NCLB-ACLU no fue la primera en defender la libertad de expresión en Estados Unidos. Hubo importantes antecedentes, como el de la Asociación por la Libre Expresión, que durante casi 20 años se vio involucrada en una serie de litigio en defensa de las libertades civiles, sobre todo en materia de educación sexual, literatura antivictoriana e ideas comunistas. Sobre su rol en los tribunales estadounidenses véase Rabban (1992).

⁵⁰ Charles T. Schenk, Secretario General del Partido Socialista fue enjuiciado y condenado por enviar por correo panfletos contrarios a la 2da guerra, llamando a los jóvenes convocados para formar parte del ejército a resistir. Por su parte, Eugene Debs fue sentenciado por condenar públicamente la guerra y el capitalismo durante durante su discurso en una convención socialista en Canton, Ohio. Por otro lado, Jacob Abrams, junto con otros cinco acusados, fueron condenados bajo la ley anti sedición de 1918 por distribuir panfletos propagandísticos atacando la intervención estadounidense en Rusia en contra de la revolución bolchevique.

entonces una política de defensa imparcial de las libertades civiles, incluyendo el derecho a la libertad de expresión, independientemente del contenido de esos discursos. Su postura ideológica fue (y continuó siendo por al menos 70 años) una mezcla extraña entre un reformismo social liberal y una fe conservadora en los principios constitucionales (Rabban, 1992; Walker, 1999), lo que generó importantes discusiones y rupturas internas y repudio por un amplio abanico de actores sociales y políticos externos a la organización. En este sentido, liberales han criticado el hecho de que haya excluído a miembros políticamente comunistas dentro de sus filas de liderazgos, que haya defendido grupos neo-nazis, o incluso cuando se opuso a la aprobación de la ley nacional de Relaciones Laborales. Los conservadores, por su parte, han criticado su posición en contra de ceremonias religiosas en escuelas públicas o su oposición a la Ley Patriota (*Patriot act*). La defensa de grupos impopulares como del Ku Klux Klan, de Neo-nazis entre otros, llevó a justificar esta postura diciendo que "es fácil defender la libertad de expresión cuando el mensaje es algo que la mayoría de las personas pueden encontrar razonable. Pero la defensa de la libertad de expresión es más crítica cuando el mensaje es aquel que la mayoría lo encuentra inaceptable"⁵¹.

Durante los primeros años, poca importancia se le dio al litigio. Para entonces, se consideraba que los tribunales eran demasiado hostiles en relación a la protección de las libertades civiles, y en cambio las primeras campañas pusieron énfasis en la difusión de sus ideas como así también de las violaciones a la libertad de expresión: "las batallas por las libertades civiles, todos concordaban, debía darse en la arena de la opinión pública, no en las cortes"⁵² (Walker, 1999: p. 47). En 1922 comenzó a recibir apoyo financiero para solventar sus actividades, y debido a que éste era muy escaso, creó como alternativa una red de abogados cooperantes que no eran

⁵¹ Véase la declaración de la ACLU defendiendo la libertad de expresión de organizaciones poco populares en <https://www.aclu.org/free-speech/aclu-statement-defending-free-speech-unpopular-organizations> (último acceso 10/04/15)

⁵² En este sentido, uno de los primero y más exitosos panfletos fue *Report upon the illegal practices of the United States Department of Justice* (Reporte sobre prácticas ilegales del Departamento de Justicia de los Estados Unidos) que condenaba los actos gubernamentales ilegales, y que tuvo importante impacto en audiencias del Senado. (Véase Walker, 1999: p. 52-54)

empleados directamente por la ACLU, pero que proporcionaban asesoramiento y representación legal, a menudo sin cobrar honorarios, en aquellos casos judiciales sostenidos por la organización⁵³ (Epp , 2013). La idea de incorporar este tipo de abogados se extendería luego a otras organizaciones (tal como se vió en el punto 8 del cap. 1). Las primeras victorias significativas se dieron entre los años 1925 y 1932. La que más impacto tuvo fue la de John Scopes, ya que gracias a la importante cobertura de los medios, el caso ganó gran apoyo en la opinión pública y permitió que leyes semejantes a la de Tennessee se derogaran en otros estados (para 1927, 22 estados habían derogado leyes anti-evolucionistas). Ese mismo año, la CSEU decidió otro caso de la ACLU: en *Gitlow v. New York* por primera vez aceptó el principio de que la decimocuarta enmienda incorporaba las protecciones de la Carta de Derechos (*Bill of Rights*), limitando a los Estados infringir el derecho de libertad de expresión y garantías del debido proceso⁵⁴.

A casi 10 años de su fundación, la ACLU comenzó entonces a pensar seriamente en el litigio como estrategia de visibilización y defensa de la Constitución⁵⁵ y en 1929, junto con representantes de la NAACP comenzaron a diseñar un programa legal para atacar las políticas segregacionistas: "Su memo inicial de 1929 involucraba un campaña dramática y a gran escala para ganar derechos igualitarios en las escuelas públicas, en las cabinas de votación, en los ferrocarriles y en los jurados para los negros del sur del país" (Walker, 1999: p. 89). Este cambio de estrategia se

⁵³ Conforme Walker (1999) y Epp (2013), la estrategia de Baldwin de los abogados cooperadores demostró ser una de las fuerzas más significativas de esta organización. Además, con el correr de los años, en diversos estados se organizaron diversas filiales de la ACLU, aumentando el volumen de sus actividades en todo el país.

⁵⁴ El caso involucraba a Benjamin Gitlow, un fundador del partido comunista, quien había sido condenado bajo la ley penal contra la anarquía de Nueva York de 1902. La cuestión tenía que ver con que si sus panfletos, "*The left wing manifesto* (el manifiesto de la izquierda)" estaba protegido constitucionalmente por la libertad de expresión. Si bien la CSEU confirmó la sentencia de Gitlow y reconoció la constitucionalidad de la ley contra la anarquía, el juez conservador Edward T. Sandford sostuvo que "para el presente caso, podemos y debemos asumir que la libertad de expresión y de prensa –que están protegidas por la primera enmienda (...)– están entre los derechos fundamentales de las personas y las "libertades" están protegidas por las cláusulas del debido proceso de la decimocuarta enmienda".

⁵⁵ Sin embargo, es importante aclarar que esta organización nunca fue completamente permeada por el modelo propuesto por el realismo jurídico, ni tuvo siempre una posición crítica ante los casos que defendía.

vio incentivado por sentencias favorables a la ACLU de la CSEU que reafirmaron la protección de la primera enmienda en materia de libertad de expresión y prensa. En 1931, resolvió los casos *Stronberg v. California*⁵⁶ y *Near v. Minnesota*⁵⁷, marcando un claro cambio jurisprudencial en materia de protección de derechos y libertades civiles, cambio que se profundizaría a lo largo de toda la década del 30, y que quedaría consolidada con los casos *West Coast Hotel v. Parrish* (1937) y *Carolene Products v. United States*⁵⁸. Para Epp (2013: p. 91) “el apoyo brindado por la ACLU para la litigación constitucional afectó notablemente la elaboración de la agenda de la Corte Suprema”. Según este autor, el financiamiento, asesoramiento legal y demás estrategias llevadas a cabo por la ACLU y resueltas por las CSEU en materia libertades civiles fue vital para el movimiento por los derechos civiles, ya que sin el respaldo de esta organización los abogados cooperantes hubiesen sido incapaces de llegar hasta las últimas instancias y los antecedentes jurisprudenciales más importantes de este período no se hubiesen alcanzado.

La década de 1940, fuertemente signada por la Segunda Guerra Mundial, implicó nuevos desafíos e importantes controversias en el seno la ACLU: defendió el derecho de libertad de expresión de grupos nazis y comunistas⁵⁹ y judicializó tanto casos que involucraban a miembros de la comunidad japonesa que durante la guerra fueron enviados a campos de concentración⁶⁰, como otros vinculados a la

⁵⁶ Este caso involucraba a Yettta Stromberg, miembro del partido comunista, quien fue condenada por la ley de California al mostrarse con una bandera roja comunista. La Corte revocó la condena e invalidó la ley californiana, considerándola “vaga e indefinida” y por lo tanto contraria a la 14ta. enmienda.

⁵⁷ Jay Near comenzó a escribir en el periódico *The Saturday Press*, y con su visió anticatólica, antisemítica, racista y capitalista comenzó a acusar a distintas autoridades locales, lo que implicó la clausura del periódico. El primero de junio de 1931 la CSEU declaró la inconstitucionalidad de la ley de Minnesota por violar la libertad de prensa.

⁵⁸ Sobre estos casos, ver apartado anterior.

⁵⁹ En el caso de defensa de grupos nazis, la ACLU no participó en campañas de litigio, pero sí como grupos de presión para evitar la sanción de leyes anti-fascistas. Sobre este tema véase “Free speech for nazis?” en Walker, 1999, p. 115. En relación a los comunistas, la ACLU estuvo involucrada en diversos casos en siete estado en 1942, consiguiendo victorias en California y Nueva York pero perdiendo en Illinois, Ohio, Pensilvania, Indiana y Wisconsin.

⁶⁰ De las 120.000 personas que se ordenó evacuar, solo 12 se resistieron y 4 llegaron a la CSEU. La ACLU representó a 3 de esos casos: *Hirabayashi*, *Korematsu* y *Yasui* resueltos en 1943. Los casos

segregación racial en el ejército estadounidense⁶¹ o negativa de ciertos grupos religiosos a prestar juramento a la bandera⁶². El fin de la segunda guerra mundial implicó el comienzo de la guerra fría, una época signada por el macarthismo⁶³ y por una paranoia anticomunista y fuerte persecución a los miembros de estos grupos. La ACLU, por temor a ser tildada de comunista, y en virtud de la mala imagen pública que venía cargando, sufrió un importante giro conservador, tratándose de desligar de las acusaciones y limitando su participación en casos vinculados a persecución de activistas de partidos de izquierda. Por otro lado, un cambio de autoridades implicó una importante expansión de la organización, que generó “un período de 25 años de crecimiento ininterrumpido que llevó a la ACLU a poseer más de 275.000 miembros para 1974” (Walker, 1999: 207). Esta reestructuración significó una inyección de nuevos abogados activistas dispuestos a desafiar los límites impuestos por la guerra fría, y el surgimiento de una nueva era en materia de reconocimiento de derechos y libertades civiles. En este nuevo contexto, y con un importante apoyo de la ACLU, se resolvió uno de los casos más emblemáticos del país:

“La decisión de la CSEU en *Brown v. Board of Education* del 17 de mayo de 1954 marcó el comienzo de una nueva era, tanto en materia de derechos civiles como de la historia de la CSEU. La decisión unánime que declaraba la inconstitucionalidad de las escuelas segregadas fue tanto como punto de inflexión como lo fue la censura de McCarthy. Al golpear la profunda

versaban sobre lo límites en tiempos de guerra del Estado. La Corte Suprema confirmó las sentencias y la constitucionalidad de la orden presidencial.

⁶¹ Se trató del caso de Winfred Lynn, donde exigía ser enviado a cualquier fuerza donde no exista segregación racial. Sin embargo, la CSEU decidió deshechar el caso debido a que ya había sido enviado a los campos de batalla.

⁶² Sobre estos casos, véase el siguiente apartado.

⁶³ El “macarthismo” es un periodo en la historia estadounidense desarrollada entre 1950 y 1956 durante el cual el senador Joseph McCarthy desencadenó un extendido proceso de delaciones, acusaciones infundadas, denuncias, interrogatorios, procesos irregulares y listas negras contra personas sospechosas de ser comunistas. Los sectores que se opusieron a los métodos irregulares e indiscriminados de McCarthy denunciaron el proceso como una «caza de brujas». Sobre el rol de la ACLU durante este período véase “McCarthyism and Recovery”, en Walker (1999: p. 197-214)

segregación *de jure* en el sur, *Brown* prometía la protección judicial a los derechos de las minorías y dramáticamente daba una nueva forma a la agenda política nacional” (Walker, 1999: p. 213)

2.1.2 La NAACP y su estrategia legal en contra de la segregación racial.

La *National Association for the Advancement of Colored People* (Asociación Nacional para el progreso de las personas de color – en adelante NAACP, según sus siglas en inglés), es una organización afroestadounidense que vela por el reconocimiento y protección de los derechos civiles de las comunidades afroamericanas en los Estados Unidos. La NAACP fue fundada en 1909 por un grupo de personas blancas y negras que deseaban contrarrestar el avance de la creciente violencia que experimentaba la comunidad negra en el país, llevando a cabo diversas campañas (políticas, publicitarias y legales) a fin de cumplir con sus objetivos⁶⁴. La NAACP se centró en obtener y fortalecer derechos civiles y políticos de las comunidades negras, y a lo largo de su existencia condujo una serie de casos judiciales que tuvieron un importante impacto en la política del país⁶⁵ (Wasby, 1995; Tushnet, 1987; Jonas, 2005).

La NAACP condujo durante más de 30 años la mayor y más importante campaña de litigio estratégico que se dio en la primera mitad del siglo XX, consistente en atacar la segregación racial que se daba en las instituciones educativas públicas, expandiendo los límites de las concepciones que existían hasta entonces sobre la utilización de los tribunales como actores políticos claves no solo en el

⁶⁴ Sobre la historia de la NAACP, como las diversas campañas llevadas a cabo en contra de la segregación racial durante sus primeros 60 años de existencia, se recomienda leer el reciente trabajo de Jonas (2005).

⁶⁵ Al igual que la ACLU, la NAACP era no era demasiado radical en términos ideológicos, donde el grupo de “legalistas autónomos” era el predominante y quien marcó la agenda de la organización durante el período que se analizará. Estos legalistas creían en que las normas del derecho estadounidense podrían “ser empleadas con un efecto significativo para remediar la segregación racial” y era la “reforma liberal (la que) ofrecería la garantía más segura para la creación de una sociedad racialmente más justa” (Tushnet, 1987: p. 11),

reconocimiento y protección de derechos, sino también en el diseño e implementación de políticas públicas⁶⁶. En este sentido, a diferencia de los casos judiciales presentados por la ACLU (los que consistían principalmente en el reconocimiento de un derecho y la consecuente limitación del Estado o de particulares a violarlo), las demandas traídas por las NAACP implicaban además la obligación estatal de fijar e implementar políticas claras tendientes primero a equiparar los diversos sectores raciales y luego a finalizar con la segregación impuesta. La campaña de la NAACP inspiraría la mayoría de las discusiones y los diseños teóricos y conceptuales del litigio estratégico durante la segunda mitad del siglo, como también gran parte de las campañas para el reconocimiento, fortalecimiento y/o protección de derechos de diversos grupos. A continuación se presentarán los orígenes, el contexto y las etapas en que esta campaña de litigio se llevó a cabo.

2.1.2.1 Diseñando la campaña de litigio estratégico en contra de la segregación racial de las escuelas.

Si bien las prácticas racistas eran parte de la vida cotidiana estadounidense durante fines del siglo XIX y comienzos del XX, particularmente en los estados del sur de Estados Unidos, las mismas además tenían un importante respaldo por normas estatales y federales. Así, entre una gran cantidad de normas vigentes, en 1890 la legislatura del Estado de Louisiana aprobó un estatuto que requería que todas las compañías de ferrocarriles prevean “iguales pero separadas comodidades para blancos y negros”. La comunidad negra de Nueva Orleans, entendiendo que esta ley implicaba la implementación de políticas racistas, decidió organizar un caso testigo en

⁶⁶ Vale aclarar que esta campaña no fue nueva. Desde 1910 la NAACP venía desarrollando un programa de litigio, y el primer intento de usar el sistema judicial se dio en Coatesville, Pensilvania (Jonas, 2005: p. 34). Además, apoyó y ganó casos que sentaron importantes precedentes en la CSEU. Así, 1915 consiguieron derogar una cláusula que limitaba el derecho al voto en Oklahoma, en 1917 anulando la ley que establecía una zona de exclusión en Louisville y en 1926 sobre una ley de supremacía blanca en Texas. (Jonas, 2005; Epp, 2013).

el cual Homer Plessy abordara un vagón destinado para blancos (Tushnet, 1987; Klarman, 2007). La consecuencia fue que el Estado de Lousiana comenzó a perseguir penalmente a Plessy, un mulato que se autodefinía como 80% blanco, por violar la ley estatal, y su condena fue apelada hasta llegar a la Corte Suprema de los Estados Unidos (CSEU). El 18 de mayo de 1896 la CSEU resolvió en *Plessy v. Ferguson* por mayoría de 7 a 1 que el estatuto de Lousiana era constitucional y las leyes segregacionistas eran parte del poder de policía conferidos a los Estados. A partir de entonces quedó sentada la doctrina judicial "separados pero iguales": en la medida que se ofrezcan similares servicios y comodidades a distintos sectores raciales, no se violaba el principio de protección igualitaria proclamado en la decimocuarta enmienda de la Constitución Federal Estadounidense. Tres años más tarde, la CSEU confirmaría su doctrina judicial en materia de escuelas segregadas, en el caso *Cumming v. Richmond County Board of Education*⁶⁷.

Desafiar la doctrina de "separados pero iguales" adoptada por la CSEU en materia de educación se convirtió en el eje de la campaña de litigio estratégico diseñado por la NAACP, ya que consideraba que la discriminación sufrida por la comunidad negra en materia educativa era la ayudaba a perpetuar y legitimar el resto de las desigualdades⁶⁸. La campaña contó con un importante apoyo financiero concedido por la Fundación Garland, y entre 1925 y 1930 la NAACP comenzó a desarrollar un plan coordinado de litigio consistente en revertir la doctrina sentada en *Plessy* en tres supuestos: que escuelas para blancos aceptasen alumnos negros; que se igualaran los salarios de los profesores negros con relación a los de sus colegas

⁶⁷ El caso se vinculaba con la demanda en contra del contando de Richmond en Georgia que había dejado de financiar un secundario para negros, con el fin de poder continuar financiando el secundario para blancos. La CSEU consideró que la decisión no estaba motivada en cuestiones raciales sino en problemas financieros, validando el principio de "separados pero iguales" en materia educativa. (Tushnet, 1987; Klarman, 2007).

⁶⁸ En este sentido, Charles Houston, Director de la NAACP declaró en 1935 que "una educación económicamente inferior convierte a los negros en menos competitivos en sus trabajos" e insistió que "la discriminación en educación es símbolo de todas las otras discriminaciones más drásticas", tales como aquellas en política y empleos. Los negros debían eliminar la segregación, y luego luchar por una educación de masas en coalición con los blancos pobres" pero reconociendo que no se podía depender sólo "de los jueces para luchar todas nuestras batallas". Citado por Tushnet (1987: p. 34).

blancos y por último que se igualara la infraestructura en las escuelas. Para entonces, contaban con un antecedente jurisprudencial importante: en 1914 la CSEU estableció en *McCabe v. Atchinson* que si a cualquier negro se le negaba la posibilidad de acceder a los mismos servicios o comodidades que a un blanco, la constitución era violada⁶⁹. A partir de las investigaciones llevadas a cabo por la NAACP, ellos poseían datos de que la calidad e infraestructura ofrecida a los negros era inferior a la de los blancos, teniendo un importante argumento a su favor⁷⁰: de esta forma “la campaña se enfocaría (...) en probar fácilmente tres hechos: que las leyes estatales requerían escuelas separadas; que los gastos eran claramente desiguales y que los remedios judiciales estatales eran de imposible ejecución o inexistentes (...). Con estas ideas la campaña buscaría (...) declaraciones de inconstitucionalidad” (Tushnet, 1987: p. 27).

2.1.2.2 Primeras victorias importantes

En 1936 la Corte de Apelaciones de Maryland confirmó la decisión de primera instancia que ordenaba que Donald Murray sea admitido en la facultad de Derecho de la universidad de Maryland. La Facultad de derecho era una agencia pública, y en la medida que no existieran otras oportunidades iguales para el demandante en el Estado de Maryland (debiéndose garantizarle el acceso a la educación), su admisión era necesaria. De esta forma, la NAACP consiguió un precedente jurisprudencial

⁶⁹ Este caso también involucraba la segregación de vagones de ferrocarriles. La legislación de Oklahoma requería separadas pero iguales comodidades para negros y blancos, pero la empresa ferroviaria decidió sólo colocar vagones para comer y dormir para blancos, bajo la excusa que eran pocos los negros que utilizaban el servicio. En este caso, la CSEU decidió que existían diferencias, existía una violación a la Constitución.

⁷⁰ Entre 1926 y 1928 la NAACP condujo una serie de reportes estadísticos vinculados a los gastos estatales y las disparidades entre estudiantes negros y blancos. En Georgia, el caso más extremo, el gasto por estudiante blanco era de 36,29 dólares, mientras que por cada negro se desintaba 4,59 dólares. En relación al pago de los docentes, el salario promedio de un profesor blanco era de 97,88 dólares por mes, contra 49,41 dólares. Estas diferencias también se encontraron en Misisipi, Carolina del Norte y Carolina del Sur (Tushnet, 1987). Además, se podría decir que contaban con otro antecedente importante: era el caso *Yick Wo v. Hopkins* de 1886, ya que implicaba que las inequidades entre las escuelas para blancos y para negros podían ser inconstitucionales incluso en el caso que no haya normativas explícitas que establezcan gastos desiguales.

significativo en relación a la admisión de estudiantes. Para 1938, se anunciaban veinte nuevas peticiones judiciales en Maryland, la mayoría con sentencias favorables a la NAACP, y en abril de 1941 la legislatura del Estado estableció la equiparación de los salarios docentes entre blancos y negros. La elección de Maryland como Estado para largar la primera campaña coordinada contra la segregación no fue casual: según Tushnet (1987) era un estado fronterizo donde las actitudes en relación a la segregación no contaban con tanto apoyo de la población, lo cual, sumado a su cercanía con Washington (donde estaba la sede de la NAACP, que permitía hacer un seguimiento más personalizado de los juicios) lo convertían en un lugar ideal para poner en prueba la campaña antisegregacionista. "El éxito en Maryland cristalizó la sensación intuitiva que las victorias serían más fáciles de conseguir en los Estados sureños del norte más que en el sur profundo" (Tushnet, 1987: p. 68).

Paralelamente, en 1938 la CSEU resolvía el primer caso presentado por la NAACP en el marco de la campaña contra las escuelas segregadas: se trataba de una petición realizada por Lloyd Gaines para ser admitido en la facultad de Derecho de la Universidad de Misuri. La institución universitaria se negó a admitir el pedido, brindándole dos opciones: otorgarle una beca para formarse en una institución de otro Estado, o bien solicitar la admisión en la Universidad de Lincoln, institución para negros en el Estado, quien crearía una facultad de derecho. La propuesta no fue satisfactoria, llegándose a judicializar el caso, y en "*Missouri ex rel Gaines v. Canada*", la CSEU sostuvo que los Estados que provean de educación superior a los estudiantes blancos deben también proveerla para los estudiantes negros dentro del mismo Estado. La provisión se debe hacer o bien permitiendo que ambos concurren a la misma institución, o creando una segunda institución específicamente para negros (Tushnet, 1987; Jonas, 2005). De esta manera, la NAACP obtuvo su antecedente jurisprudencial más importante en materia de admisión de estudiantes negros a instituciones educativas para blancos cuando los Estados no poseían instituciones destinadas para estos sectores.

En relación a los salarios docentes diferenciales, la victoria más importante en los tribunales federales se dio en un caso de Norfolk, Virginia. En este caso, Melvin Alston, presidente de la Asociación de Maestros de Norfolk, luego de ser despedido por solicitar pago equitativo, inició una demanda en 1940. La misma llegó ante la Corte de Apelaciones Federal, la que consideró que de manera arbitraria y discriminatoria se pagaba menos a los negros que los blancos por el mismo trabajo, violando la Constitución (Caso *Alston v. Board School of Norfolk. 4th circuit*). La CSEU se negó a intervenir en el tema. El caso se convirtió en un antecedente importante, y “con pocas excepciones⁷¹, los abogados de la NAACP ganaron todos los juicios vinculados a la discriminación en el pago de salarios a docentes” (Tushnet, 1987: p 162). Solo faltaba conseguir precedentes judiciales en relación a la infraestructura diferenciada de las instituciones educativas.

2.1.2.3 El ataque directo a la doctrina “separados pero iguales”

Durante la década del 40, no hubo victorias importantes en materia de segregación en instituciones educativas. En materia salarial, el más importante se dio en Little Rock, Arkansas, en 1944 donde una Cámara de Apelaciones estableció que existía un modelo salarial discriminatorio, lo que produjo la equiparación salarial en todo el Estado en 1946 (Tushnet, 1987). Entre 1945 y 1950 comenzó a rediseñarse la campaña de litigio estratégico: a partir de ahora la lucha política no consistiría en exigir iguales derechos en instituciones separadas, sino en atacar directamente el principio de “separados pero iguales”. Con el ataque directo a la doctrina sentada en *Plessy* se acabaría por fin con la segregación racial. Durante esos años se desarrollaron ideas provenientes de la escuela realista y el denominado “el argumento sociológico”. Se trató de un argumento que surgió en las clases de derecho de la Universidad de Howard, donde se intentó incorporar a las visiones

⁷¹ Para 1947, de 31 casos sobre discriminación salarial, sólo 4 habían sido perdido.

típicamente jurídicas aportes de la sociología y psicología, afirmando los efectos nocivos que tendría la segregación. Este argumento se basaba en que

“Si uno miraba más allá de la infraestructura, centrándose en las consecuencias sociales, las escuelas segregadas eran inevitablemente desiguales. Los blancos tenían oportunidades sociales que no estaban disponibles para los negros en escuelas separadas, independientemente de cuán nuevas o bien administradas estén las escuelas para negros; las escuelas segregadas inducían un sentimiento de superioridad en blancos y un sentimiento de inferioridad en los negros” (Tushnet, 1987: p. 119)

El argumento sociológico fue puesto a prueba en el caso *Sipuel v. Board of Regent of Univ. Of Okla.* Se trataba de un caso donde Ada Sipuel, una joven afroamericana, se postuló para la escuela de derecho de la Universidad de Oklahoma, que era sólo para blancos. El caso llegó hasta la CSEU quien en 1948 determinó que el Estado debía garantizarle la educación legal, probando así que el argumento sociológico era efectivo y la CSEU podría mostrarse receptiva ante el mismo. El máximo tribunal ratificó esta postura en los casos *Sweatt v. Painter* (1950) y *McLaurin v. Oklahoma State Regent* (1950). Además, estos antecedentes comenzaron a sugerir cambios de actitudes en relación a la doctrina de “separados pero iguales”. A principios de la década de 1950 la NAACP se había convertido en una enorme organización, que manejaba una gran cantidad de recursos financieros y contaba con un importante plantel de abogados de derechos civiles (Mack, 2005), por lo que se decidió confrontar los principios de *Plessy* con un caso vinculado a las diferencias en las infraestructuras de las escuelas para negros.

En 1951, 13 padres presentaron una acción de clase demandando al Consejo de Educación de la ciudad de Topeka en representación de 20 estudiantes. Desde 1879, la ciudad de Topeka aplicaba la ley de Kansas de 1879 que establecía escuelas primarias separadas según la raza. Oliver L. Brown era uno de estos padres. El caso

"*Brown v. Board of Education*" llegó a la CSEU combinando 4 casos más patrocinado la NAACP: "*Briggs v. Elliott*"; "*Davis v. County School Board of Prince Edward County*"; "*Gebhart v. Belton*" y "*Bolling v. Sharpe*" (Klarman, 2007). Por unanimidad el 17 de mayo de 1954 la Corte decidió que las leyes estatales que establecían escuelas públicas separadas para estudiantes negros eran inconstitucionales, que los establecimientos segregados eran "inherentemente desiguales", y que por lo tanto estas leyes violaban la cláusula de protección igualitaria de la decimocuarta enmienda de la Constitución del país. Esta decisión se convertiría en una de las más importantes en la historia constitucional del país y con ella culminaría la campaña legal de la NAACP⁷².

3. Conclusión

Tal como se desarrolló en este capítulo, la experiencia estadounidense fue la primera en poner de manifiesto que los tribunales podían cumplir un papel político importante, no solo a través de interpretaciones legales y sentencias, sino incluso diseñando políticas públicas y supliendo las omisiones o negativas de otros poderes políticos. De esta forma, el poder judicial comenzó a ser percibido como un defensor y garante del Estado de derecho democrático. La experiencia estadounidense de litigio para la defensa de causas colectivas, y en especial a partir del caso *Brown*, no sólo se ampliaría y profundizaría en Estados Unidos, sino que sería importada con mayor o menor éxito a otros países, incluyendo Argentina (fenómeno que será analizado en el capítulo 4)⁷³.

Asimismo, a través de la reconstrucción histórica se trató de mostrar cómo desde los casos de *Granger* a fines del siglo XIX hasta el fallo *Brown* en 1954 hubo

⁷² En realidad, la controversia no se dio por finalizada con este fallo, ya que el mismo no ofrecía remedios judiciales para implementar la decisión. Esto vendría con *Brown II*, una nueva sentencia de la CSEU resuelta el 31 de mayo de 1955. La nueva sentencia se caracterizaba por ser vaga e imponer soluciones graduales, generando nuevos inconvenientes. Sobre esto véase (Klarman, 2007: cap. 4)

⁷³ Los casos más significativos son los del Reino Unido, Canada y la India. Sobre estos casos, véase Epp (2013).

importantes mutaciones en el campo jurídico y judicial estadounidense. Mutaciones en materia de educación jurídica y formación profesional, surgimiento de corrientes críticas del derecho dominante (un derecho caracterizado por ser políticamente y socialmente conservador, económicamente liberal y capitalista), la emergencia de nuevos abogados y operadores jurídicos con perspectivas más flexibles y socialmente más progresistas dieron como resultado importantes avances en lo referido al reconocimiento de derechos, que con el fallo *Brown* abrieron el camino a lo que sería considerado “la revolución de los derechos” estadounidense⁷⁴ (Walker, 1999; Epp, 2013).

En términos teóricos, el caso *Brown* fue un punto de inflexión en materia de diseño de campañas de litigio estratégico, y a partir de este caso se comenzaron a diseñar otras importantes campañas de judicialización en todo el país. Según Sarat & Scheingold (2006: p. 05):

“Como ahora es ampliamente reconocido, hasta 1954 el proyecto de una constitución estadounidense sólida estaba radicalmente incompleta. Estaba incompleta porque (...) el derecho sistemáticamente excluía a personas de participar entera, libre y dignamente en las principales instituciones políticas y sociales del país por razones raciales. Pero *Brown* cambió todo”

Esta opinión es compartida por varios autores, entre ellos Wilkinson (1979: p. 06) quien considera que este caso de segregación racial fue “el evento político, social y legal más importante del siglo XX en la historia estadounidense”, y Kluger (1975) para quien la campaña de la NAACP es el mejor ejemplo de una perfecta combinación entre la planificación estratégica y una implementación exitosa. Esta postura, si bien

⁷⁴ Es importante destacar que los cambios no sólo se dieron en el campo jurídico, sino en toda la sociedad norteamericana, sobre todo a partir de las políticas que generaron a partir del *new deal*, sobre todo aquella vinculada a la gran inversión que se dio en materia de educación superior, lo que generó una clase media profesionalizada más diversa. Estos cambios sociales fueron sin duda importantes en los cambios jurídicos que se dieron, ya que generaron en los estadounidenses lo que Stuart Scheingold (1978) ha denominado « el mito de los derechos ».

mayoritaria, ha sido fuertemente criticada por diversos autores. El primero de todos ellos fue Orfield (1969) quien tras analizar algunos casos en Illinois y Virginia muestra cómo el caso *Brown* no trajo consigo cambios significativos en las escuelas segregadas. Más importantes son las críticas de Rosemberg (2008), quien considera que las decisiones judiciales no tuvieron ningún efecto en materia de segregación racial⁷⁵; y de Klarman (2007:10), quien sugiere que “los cambios raciales en Estados Unidos eran inevitables, debido a una importante variedad de fuerzas sociales, políticas y económicas de momento. Estas fuerzas a favor del cambio racial (...) habrían acabado con las leyes de *Jim Crow* independientemente de la intervención de la Corte Suprema”. Para este autor, *Brown* no debe entenderse como un caso judicial que tuvo la capacidad de generar cambios sociales, sino, por el contrario, como un caso que falló en generarlo.

Todas estas disputas teóricas ponen de manifiesto la importancia que tuvo este caso en el campo político y jurídico estadounidense, y suele ser tenido en cuenta como punto de partida en investigaciones y teorías en torno a la utilización estratégica del litigio. Y esto se debe a que “la era de los derechos civiles en Estados Unidos ofrece el más importante y mejor documentado ejemplo de abogados de litigio constitucional que trabajaron (...) en la construcción de movimientos sociales” (Sarat & Scheigold, 2006: p. 06)

A partir de *Brown*, “la segunda mitad del siglo 20 en Estados Unidos fue, en parte, la historia del rol judicial de los movimientos por el cambio social” (Sarat & Scheigold, 2006: p. 01), sobre todo porque desde la década de 1950, el número de organizaciones que comenzaron a optar por el litigio estratégico en materia de derechos políticos y sociales comenzó a incrementarse (Wasby, 1995). Según algunos autores, partir de *Brown*, la movilización estratégica del derecho se convirtió en una de las principales y más efectivas armas de lucha política de los movimientos y las

⁷⁵ Para Gerald Rosemberg (2008: p. 70-71) los tribunales “no tuvieron ningún efecto en relación con finalizar con la discriminación en materia de educación, derecho al voto, transporte, habitación y espacios públicos (...). En términos de efectos judiciales, por lo tanto, *Brown* (...) muestra que las cortes son incapaces de producir reformas sociales significantes”.

asociaciones civiles que buscaban la protección de derechos políticos, civiles y sociales (Wasby, 1995; Walker, 1999), generando importantes cambios políticos y sociales, y con ellos, interpretaciones y abordajes teóricos sobre este fenómeno, los que han sido analizados en el capítulo anterior. En el próximo veremos de qué manera la experiencia de litigio de *Brown* inspiraría las campañas llevadas a cabo por el movimiento de la diversidad sexual estadounidense.

Capítulo 3

Campañas de litigio estratégico llevadas a cabo por el movimiento de la Diversidad Sexual en Estados Unidos: reformas penales y al matrimonio

Las campañas de litigio estratégico no pueden ser entendidas fuera de la experiencia histórica que se generó en torno al caso *Brown v. Board of Education* resuelto en 1954 (en adelante, caso “*Brown*”). Tal como fue analizado, un conjunto coordinado y sostenido de acciones políticas y judiciales erosionó las principales concepciones jurídicas y sociales que existían en Estados Unidos en torno a la discriminación racial, y luego de varios años de disputas la Corte Suprema de los Estados Unidos (en adelante “CSEU”) consideró que las leyes que regulaban la existencia de establecimientos diferenciados para ciudadanos negros y blancos eran desiguales e inconstitucionales.

La experiencia de *Brown* se convirtió así en un verdadero hito, que por un lado comenzó a ser estudiado por académicos y por el otro estimuló la proliferación de grupos esperaban replicar esta experiencia “exitosa”, lanzando nuevas campañas tendientes a utilizar la judicialización de causas en Estados Unidos para el reconocimiento y protección de derechos y libertades. El modelo de litigio instaurado por *Brown* además se exportaría a varios países, entre los que se incluiría Argentina, tal como se verá en los próximos capítulos.

Esta estrategia de judicialización (llevada a cabo por la NAACP) fue concebida por algunos autores como un “proceso social” (Tushnet, 1987). Proceso que se origina mucho antes de entablar la demanda y culmina bastante tiempo después de que el juicio ha finalizado. En este sentido, Tushnet (1987: p. 143), al caracterizar estas campañas como un proceso social, y tomando como referencia la experiencia de *Brown*, lo describe del siguiente modo:

“Un grupo de personas descubre que están de acuerdo en que algo está mal. Ellos formulan sus lesiones según cómo las han entendido durante el transcurso de sus vidas. Discuten estas cuestiones con sus abogados, y estas lesiones deben ser reformuladas jurídicamente. Presentan sus reclamos, y descubren que el remedio judicial no será atendido prontamente, y para que dicho remedio les provea lo que están queriendo, será necesario que se limite o prive de derechos a otros que anteriormente los poseían. Sus oponentes responden, a veces llegando a un acuerdo, otras veces cambiando su comportamiento para hacer más difícil la victoria de los demandantes. Y aunque los tribunales respondan con sentencias, el problema no queda allí resuelto. Los arreglos y las resoluciones deben ser ejecutadas. A menudo el lugar de las controversias se mueve de los tribunales a las legislaturas, donde los demandantes victoriosos buscan respuestas más efectivas a sus demandas, o donde los demandantes perdidosos intentan buscar algo de respuestas a las suyas”.

Esta descripción sería medianamente replicable a las demás experiencias en litigio en reconocimiento de derechos. Es decir, es un proceso de negociación constante, y donde el poder judicial ocupa un lugar preponderante, pero para nada exclusivo o excluyente. Asimismo, parte del éxito de las demandas dependerá de la capacidad de los grupos (y sus abogados) en convertir en términos jurídicos sus demandas sociales. Lo cierto es que la importancia que adquirió *Brown* para pensar en campañas de litigio estratégico se debió principalmente a que fue descrito como un exitoso caso perfectamente planeado y cuidadosamente ejecutado, que llegó a la CSEU sin muchas dificultades (Kluger, 1975; Tushnet, 1987), constituyéndose así como un modelo lineal y efectivo para obtener victorias judiciales ante demandas por el reconocimiento de derechos. Sin embargo (y tal como se vio en el capítulo anterior) *Brown* fue el resultado no sólo de cambios importantes en la cultura jurídica estadounidense, sino también de una campaña que comenzó muchos años antes,

que estuvo plagada de eventos ajenos a la planificación originaria y retrocesos, distando mucho de ser un caso sencillo y lineal como fue descrito por Kluger en 1975⁷⁶.

A pesar de ello, el caso *Brown* se constituyó como un modelo a seguir (Tushnet, 1987) para la planificación y ejecución de campañas y/o casos de litigio estratégico, modelo que se profundizó particularmente en las décadas de 1960 y 1970 en los Estados Unidos, debido a la gran receptividad de estas demandas por parte de la CSEU (Walker, 1999). Con el tiempo, el modelo de litigio instaurado por *Brown* se fue tornando más complejo, más difuso y menos efectivo⁷⁷, aunque dicho modelo ha sido escasamente estudiado y sólo parcialmente analizado (Wasby, 1995).

En este capítulo se analizará cómo el modelo de litigio instaurado por la experiencia de *Brown* (en adelante, el "modelo *Brown*") inspiró, estructuró y formalizó las campañas llevadas a partir de la década de 1980 por ciertas agrupaciones pertenecientes al movimiento de la diversidad sexual estadounidense, y cómo con el correr de los años, los tribunales federales y estatales cumplieron un rol fuertemente activo en el reconocimiento y protección de derechos de minorías sexuales.

1. El surgimiento de las primeras organizaciones homosexuales

⁷⁶ En este sentido, Tushnet (1987: p. 144) dice que "La mayoría de los comentaristas de litigio llevado a cabo por la NAACP han visto la campaña como una combinación de planificación estratégico e implementación exitosa. Porque el litigio de la NAACP terminó tan espectacularmente con la decisión de *Brown*, ha sido difícil resistirse a dos tentaciones: la primera ha sido verla como consecuencia de un producto de planes que han sido cuidadosamente desarrollados varios años antes, y la otra es considerar a la campaña como un modelo de derecho de interés público en general. Sin embargo, viendo la historia a la luz de los hechos, Richard Kluger tiende a contar la historia como si estuviese desprovista de problemas: como una campaña que fue diseñada racionalmente y sin errores, lo que maximizaría la posibilidad de la NAACP en ganarla.

⁷⁷ La complejidad se debió a varios factores, entre ellos, la aprobación de diversas leyes como la ley de derecho al voto de 1964, o cambios en el gobierno nacional o en la CSEU, menos receptivo a estas demandas (Wasby, 1995).

Para 1970, cuarenta y nueve de los cincuenta Estados⁷⁸ criminalizaban los actos de sodomía, y aunque la mayoría de la legislación vigente prohibía actos sodomitas tanto hétero como homosexuales, la persecución penal se dirigía casi exclusivamente contra hombres homosexuales (Cain, 1993). Existía una especial vigilancia en lugares frecuentados por hombres gays, especialmente bares, donde se arrestaba a los concurrentes y se revocaban a menudo las licencias para expedir bebidas alcohólicas. Incluso se ha estimado que decenas de miles de personas LGBT⁷⁹ eran arrestadas anualmente durante los años 50 en todo el país (D'Emilio, 1983). También a nivel federal, y bajo la ley de Inmigración y Nacionalidad de 1952, la homosexualidad era considerada "un reflejo de una personalidad psicópata y servía de base para la deportación (una política que fue sostenida incluso por la CSEU en el caso *Boutellier v. Immigration and Naturalization Service* de 1967)" (Andersen, 2004: p. 17); cerca de 1.700 postulaciones para cargos públicos fueron rechazadas por conocerse la orientación sexual del/de la postulante (Adam, 1995) y se expulsaba cerca de 3.000 miembros de las fuerzas armadas anualmente por el mismo motivo (D'Emilio, 1983).

Con este contexto legal, y ante la intolerancia reinante en la entonces sociedad estadounidense, el acceso a la justicia por parte de estos sectores minoritarios estaba muy resentido. Conforme Eric Marcus (1992: p. 148) un abogado defensor de los años 50 y 60 notó que "la mayoría de los hombres gays que eran arrestados sentían tanta culpa y miedo ante la exposición que no podía imaginarse enfrentar un juicio oral y público". A esto se sumaba la dificultad que tenían las personas LGBT en conseguir asesoramiento y patrocinio legal ante estos casos: "Incluso la ACLU regularmente se rehusaba a tomar casos de derechos gays, argumentando que no había un derecho constitucional a prácticas homosexuales" (Andersen, 2004: p. 18).

⁷⁸ La única excepción era el Estado de Illinois, que había derogado la figura penal en 1962, adoptando las recomendaciones de ese mismo año dadas por el Instituto Estadounidenses de Derecho en el Código Penal Modelo. En el otro extremo, el estado que más duramente lo castigaba era el de Idaho, donde una persona condenada por sodomía podía recibir prisión perpetua.

⁷⁹Siglas referidas a Lesbianas, Gays, Bisexuales y personas Trans.

No fue hasta fines de los años 60 y principio de los 70 que el litigio comenzó a ocupar un rol más importante como estrategia para el avance de derechos de la comunidad homosexual (Pinello, 2003). La ACLU fue la primera organización en involucrarse en estas actividades judiciales, desafiando regulaciones que afectaban a gays y lesbianas en materia de acoso policial, desempleo e inmigración. La idea no era sólo “despenalizarla” sino también “despatologizarla”, ya que para entonces el discurso médico veía a la homosexualidad como un trastorno psiquiátrico. A la ACLU le siguieron Lambda (1972) de Nueva York, y para fines de los setenta además estaban activas las entidades *Gay Right Advocates* (GRA) y *Lesbian Right Project*, ambas de San Francisco y *Gay and Lesbian Advocates and Defenders* (GLAD) de Boston y la Fundación de Derechos Humanos de Texas (Andersen, 2004).

Si bien surgieron más entidades con el correr a partir de los años ochenta, la ACLU y Lambda fueron las más activas a nivel nacional. El *Lambda Legal Defense and Education Fund* (Fondo de defensa legal y educación Lambda) fue la primera organización de derecho de interés público (*public interest law firm*) que se dedicó al avance de los derechos de la comunidad LGBT. Lambda fue diseñada por el abogado Bill Thom, quien luego de descubrir que no había abogados dispuestos a litigar casos vinculados con discriminación hacia homosexuales, decidió crear una organización que velara por estos intereses, siguiendo el modelo de litigio estratégico instaurado en el caso *Brown*. Según Ellen Andersen (2004: p. 1)

“Él [Bill Thom] aspiró a formar una organización que trabajaría en el avance de los derechos civiles de los gays del mismo modo que la NAACP había avanzado en lo referido a derechos civiles de afroamericanos. Reclutando un pequeño grupo de abogados/as gays, inició los trámites en 1972 para dar origen a [...] Lambda”

Obtener el reconocimiento como Asociación Civil no fue tan sencillo. Según el estado de Nueva York, las asociaciones voluntarias sólo pueden litigar si están

organizadas “con fines benéficos o caritativos, o con el propósito de asistir a personas sin medios para alcanzar cualquier tipo de remedios judiciales”⁸⁰. Y si bien Bill Thom usó como modelo de estatuto el del *Puerto Rican Legal Defense and Education Fund* (Fondo de Defensa Legal y Educación para portorriqueños), que había sido aprobado unos meses antes por las autoridades administrativas, (en el cual había sólo intercambiado la palabra “portorriqueño” por “homosexual”), la autorización para funcionar como Asociación Civil fue denegada⁸¹: según el Tribunal que consideró la petición

“El propósito de Lambda no era ni benevolente ni caritativo. No existían paralelismos, según ellos, entre Lambda y el Fondo de Defensa de Portorriqueños. Los portorriqueños necesitaban un fondo de defensa jurídica debido a que su situación económica desfavorable les impedía efectivamente de contar con asistencia legal. Los homosexuales estaban en una situación diferente. Y mientras también enfrentaban una amplia discriminación, esta se debía simplemente a una “cuestión de gusto” [las bastardillas son de la autora] de los abogados patrocinantes [y no a la falta de medios]” (Andersen, 2004: p. 2)⁸².

Dicha decisión fue apelada, y trayendo precedentes jurisprudenciales de la CSEU en materia de libertad de expresión, asociación y protección igualitaria, Lambda consiguió revertir la decisión inicial y obtuvo el 18 de octubre de 1973 la autorización que estaba buscando (Marcus, 1992). Unos meses más tarde la Asociación

⁸⁰Conforme la *New York State Judiciary Law*

⁸¹El Estatuto contemplaba la posibilidad de que Lambda se involucrara en actividades tendientes a proteger los derechos civiles de hombres gays y lesbianas.

⁸²Un caso similar se replicó en Argentina a principio de la década de 1990. En el año 1991 la Comunidad Homosexual Argentina, solicita ante la Inspección General de Justicia, el reconocimiento de la personería jurídica, ya que tenía por objeto bregar “porque la condición del homosexual no sea motivo de discriminación”. La Inspección entendió que la Comunidad Homosexual no cumplía con las condiciones exigidas por la ley para el otorgamiento de la personería jurídica, por defender públicamente de la homosexualidad. La Corte Suprema de Justicia, convalidó la negativa de la IGJ. El tema será tratado con más profundidad en el capítulo 5.

Estadounidense de Psiquiatría (APA en sus siglas en inglés) eliminaba a la homosexualidad de Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales.

Por su parte, la ACLU Nacional⁸³ comenzó a apoyar las demandas de la comunidad homosexual a partir del antecedente jurisprudencial *Griswold*⁸⁴, considerando que las prácticas sexuales homosexuales quedaban protegidas por el derecho a la privacidad, convirtiéndose así en la primera entidad que defendía públicamente los derechos de estas minorías. Los lazos entre la ACLU y Lambda fueron muy estrechos⁸⁵, donde ambas organizaciones se beneficiaron: por un lado Lambda tuvo acceso a los recursos, redes organizaciones y *expertise* de la ACLU, y por el otro, gracias a esta cooperación la ACLU logró lanzar su propio proyecto sobre derechos homosexuales en 1985 (Andersen, 2004).

Por su parte, GLAD (*Gay and Lesbian Advocates & Defenders*—Abogados y defensores de gays y lesbianas) fue fundada por John Ward en 1978, en respuesta a los operativos policiales llevados a cabo por la policía de Boston que terminaron con el arresto de más de 100 hombres en la Biblioteca Pública de Boston⁸⁶. Durante la década de 1980, GLAD y Lambda compitieron bastante por el monopolio de ciertos casos, con el fin de ampliar su área de influencia, y al mismo tiempo, coordinaron esfuerzos en otros casos de litigio, en la presentación de *amicus curiae* e intercambio de recursos humanos (Andersen, 2004).

Si bien estas tres organizaciones fueron las primeras en constituirse y las más activas en la movilización estratégica del derecho, con el correr de los años diversas organizaciones surgieron en todo el país en defensa de los derechos de

⁸³ Distintas filiales de la ACLU (Washington, Nueva York y sur de California) ya había estado involucradas en casos vinculados a discriminación por orientación sexual.

⁸⁴El caso *Griswold v. Connecticut* de 1965 trataba sobre leyes estatales que prohibían el uso de anticonceptivos para parejas casadas, la CSEU entendió que dichas normas violaban el derecho a la privacidad protegida por la Constitución Nacional

⁸⁵De hecho, según Andersen (2004: p. 34) "Cuando Lambda se mudó del departamento de Bill Thom en 1979, lo hizo a las oficinas de la ACLU en Nueva York. Y aunque las dos organizaciones tenían identidades separadas, compartir un espacio de trabajo generó fuertes lazos entre la entonces minúscula Lambda y la comparativamente enorme ACLU".

⁸⁶Sobre los orígenes de GLAD puede consultarse <http://www.glad.org/30years/history.html> (último acceso 04/02/15)

homosexuales. En la actualidad se pueden contabilizar más de setenta organizaciones que actúan a nivel nacional y otras setenta que lo hacen a nivel estatal (sin embargo, y a pesar del abultado número de estas organizaciones, pocas son las que utilizan los tribunales como forma de protección y avance de derechos de gays y lesbianas).

En relación a los casos que se judicializaron⁸⁷, durante la década del setenta, los casos vinculados a las leyes de sodomía y a la tenencia de hijos por parte de padres homosexuales dominaron la agenda, seguidos por casos vinculados a cuestiones migratorias, de libertad de expresión o asociación y discriminación laboral. Esto se debe a que existía un proceso de "liberación sexual", donde temas vinculados a la libertad de asociación y expresión de ideas se iba afianzando. La década del 80, en cambio, se caracterizó por un abultado número de casos vinculados al VIH-Sida, seguido, de lejos, por asuntos de familias y de libertad de expresión o asociación. En este caso, la explicación se puede encontrar en la repatologización que sufrió la homosexualidad con el surgimiento del VIH-Sida, ya no como enfermedad psiquiátrica, sino como peligro epidemiológico. Durante los 90, cuestiones vinculadas a adopciones y matrimonios comienzan a ocupar el primer lugar, seguidas por discriminación laboral, tendencia que se acentuaría para comienzos de la primera década del siglo XXI (Andersen, 2004). Esto se debe a que ya en los noventa, y hasta la actualidad, comienza un período donde el reconocimiento en términos hegemónico se vuelve central para estos grupos. Según Butler, el impulso a favor del matrimonio gay es en cierta manera una respuesta al SIDA y, en particular, una respuesta avergonzada en la cual la comunidad gay busca repudiar su supuesta promiscuidad, una respuesta en la que aparece como saludable y normal y capaz de sostener relaciones monógamas duraderas" (Butler 2006, p. 166)

Si bien se judicializaron muchos casos que afectaban a la comunidad homosexual, las demandas tendientes a declarar la inconstitucionalidad de las normas que penalizaban la sodomía, en los primeros tiempos, y aquellas tendientes a

⁸⁷Según surge de los registros de Lambda. Véase Andersen (2004)

posibilitar el matrimonio entre personas del mismo sexo, en la última década, han sido las más significativas, y por ello serán desarrolladas en los siguientes apartados.

2. El ataque a leyes de sodomía

La regulación de la sexualidad en los Estados Unidos se remonta al período colonial. El mejor ejemplo es traído por Jonathan Katz (1983: p. 74), quien relata que cuando Plymouth se convirtió en el primer asentamiento en codificar un conjunto de normas, cuatro de los ocho delitos más graves, y con pena capital, tenían que ver con conductas sexuales: sodomía, bestialismo, violación y adulterio⁸⁸. El delito de sodomía se mantuvo presente en la legislación penal de algunos estados de Estados Unidos hasta el año 2003, cuando la CSEU se pronunció en el caso *Lawrence v. Texas*, considerando que el gobierno no debía regular ni inmiscuirse en relaciones íntimas y consentidas entre adultos⁸⁹. Este fallo, considerado por las organizaciones LGBT como “el más significativo precedente para nuestros derechos civiles” (Cathcart, 2003), fue el resultado de una importante batalla política y judicial que llevó varias décadas de planificación y ejecución. A los fines analíticos, es posible trazar dos etapas de esta batalla. La primera podría remontarse hasta el dictado de la sentencia de *Bowers* por la CSEU, la que confirmó la constitucionalidad de la sodomía como figura penal, y la segunda hasta el dictado de *Lawrence*, cuando, a pesar del antecedente judicial favorable, el número de estados que penalizaban las prácticas sodomitas cayó de 24 a 14, incluyendo al estado de Georgia, cuya constitucionalidad había sido convalidada por la CSEU.

2.1 De *Stonewall* a *Bowers*

⁸⁸Las otras cuatro eran traición, homicidio, brujería y quema de navíos.

⁸⁹ Este caso será analizado detenidamente en el apartado 2.2.2.

Desde 1940, la definición de sodomía se había estandarizado en las leyes y la jurisprudencia. Casi todos los estados penalizaban tanto el contacto oral-genital como anal-genital, independientemente del sexo de quienes lo practicaran, y las penas iban desde los tres años hasta cadena perpetua (Cain, 1993). Sin embargo, entre las décadas de 1950 y 1960, con la ACLU a la cabeza, se comenzaron a confrontar normas que regulaban la vida privada de los individuos, y con el caso *Griswold*⁹⁰ se obtuvo la primera victoria jurisprudencial importante en relación a la privacidad y las conductas sexuales (Hull & Hoffer, 2010).

En el momento que *Griswold* era decidido, sólo el estado de Illinois no penalizaba la sodomía. En los siguientes 15 años, el número de estados que castigaban esas conductas se redujo a 24. Para autores como Andersen (2004) y Gill (2012), esta dramática caída se debió no solamente al cambio de jurisprudencia, sino fundamentalmente al proceso de reforma instaurado por el “Código Penal Modelo” impulsado por el Instituto de Derecho Americano y al surgimiento de movimiento político que representaba a homosexuales.

El Instituto de Derecho Americano (*American Law Institute – ALI*) es una organización independiente dedicada a “clarificar, modernizar y [...] mejorar el derecho”⁹¹, habiendo influenciado “el desarrollo de diversas áreas legales” (Andersen, 2004: p. 19). En los años 50, este Instituto comenzó a diseñar el “Código Penal Modelo” (*Model Penal Code*), el que fue terminado en 1962, y que tenía por finalidad estandarizar y simplificar las diversas legislaciones de los 50 estados. Con esta propuesta, la ALI recomendaba despenalizar de todas las conductas sexuales consentidas por personas adultas⁹², al considerar que se trataba de decisiones íntimas que debían recaer en los principios morales y religiosos de los propios individuos, y no debían ser punidas por las autoridades civiles por “no dañar los intereses seculares de la sociedad” (American Law Institute, 1962: p. 213). Varios

⁹⁰ Sobre este caso, véase nota 84.

⁹¹ Para más información sobre esta organización se puede consultar <http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=about.overview>(último acceso 04/02/15)

⁹²Entre las que incluía todas las formas de sexo anal y oral, masturbación y penetración por objetos íntimos.

estados, comenzando por Illinois, tomaron en cuenta las recomendaciones realizadas, y con el correr del tiempo fueron eliminando aquellas figuras penales que criminalizaban las relaciones sexuales no reproductivas.

Los cambios doctrinarios impulsaron además cambios jurisprudenciales. Como ya se mencionó, en el caso *Griswold*⁹³ de 1965 la CSEU determinó por mayoría 7-2 que las leyes de Connecticut que prohibían a las personas casadas usar “cualquier droga, artículo medicinal o instrumento con el fin de prevenir la concepción” violaban el derecho a la privacidad marital, y por lo tanto debían invalidarse. Con el correr de los años, el derecho a la privacidad se fue profundizando. En 1969, la CSEU resolvió en *Stanley v. Georgia*⁹⁴ que la mera posesión de material obsceno en la propia casa tenía protección constitucional. Tres años después, en *Eisenstadt v. Baird*⁹⁵ el máximo tribunal extendió la protección de *Griswold* sobre el uso de anticonceptivos también a las personas solteras. Para 1973, la CSEU ampliaría aún más el significado del derecho a la privacidad en el controversial caso *Roe v. Wade*⁹⁶: por mayoría 7-2, el Tribunal consideró que el derecho a la privacidad, protegido por la decimocuarta enmienda del debido proceso, se extendía a la decisión de cualquier mujer de practicarse un aborto (Hull & Hoffer, 2010).

Mientras ocurrían estos cambios legales, revueltas sociales y cambios políticos se daban paralelamente en el seno de la comunidad LGBT: en la madrugada del 28 de junio de 1969, en el bar *Stonewall Inn* de Nueva York, se producían una serie de protestas violentas y espontáneas en contra de las *razzias* llevadas a cabo por agentes policiales del estado, y que tenían por objetivo a personas homosexuales y trans. Estas protestas han sido consideradas como fundacionales en el movimiento de liberación gay y lucha por los derechos de los homosexuales en los Estados Unidos⁹⁷ (Carter, 2004; Crage & Armstrong, 2006)

⁹³ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965)

⁹⁴ *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969)

⁹⁵ *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972)

⁹⁶ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973)

⁹⁷ Es importante destacar que según Crage y Armstrong (2006), hechos similares anteriores a *Stonewall* se dieron en San Francisco, Los Ángeles y Nueva York durante la década de 1960. Sin

El naciente activismo de grupos homosexuales de entonces se inspiró en el movimiento afroamericano de derechos civiles, la contracultura surgida en la década de 1960, la liberación femenina y las constantes manifestaciones en contra de las guerras llevadas a cabo por los Estados Unidos (Duberman, 1993). Además, mucha de las personas que se movilizaron en *Stonewall* eran también activistas de estos otros espacios políticos (Andersen, 2004). Las violentas revueltas de *Stonewall* perduraron tres días⁹⁸, y dieron como resultado el origen y la consolidación de diversas organizaciones tendientes a la protección y el fomento de derechos de minorías sexuales: según D'Emilio (1983), eran alrededor de 50 las organizaciones que de alguna manera se vinculaban con la defensa de la comunidad gay. Cuatro años después de *Stonewall* el número se había disparado a más de 800. Un año después de las revueltas, las primeras marchas del orgullo gay se llevarían a cabo en las ciudades de Nueva York, Los Ángeles, San Francisco y Chicago (Carter, 2004).

La conjunción de estos hechos políticos y jurídicos generaron un marco adecuado para desafiar las normas y pautas vigentes que oprimían a este sector de la sociedad, y parte de las batallas se comenzaron a disputar en los tribunales:

“Debido a que muchos activistas estaban involucrados en agrupaciones en defensa de los derechos civiles y otros movimientos afines, muchos de estos activistas, ahora movilizados alrededor de causas pro-gays eran muy conscientes que el lenguaje de los derechos y el litigio que este lenguaje implicaba podría ser usado para mejorar las condiciones sociales que enfrentaba la comunidad LGB. Las Cortes se convirtieron rápidamente en un lugar de activismo. Los deseos de desafiar las detenciones vinculadas a los delitos de sodomía se fueron incrementando, como también la voluntad de

embargo, las revueltas de *Stonewall* son consideradas como las fundantes del movimiento LGBT estadounidense debido a una serie compleja de factores que sólo se dieron en ese espacio y tiempo. Desde esta perspectiva, para las autoras, *Stonewall* no debe ser entendida como la piedra fundacional del movimiento, sino más bien como una pieza clave en el proceso de liberación gay.

⁹⁸En el segundo día de revueltas, alrededor de dos mil personas se congregaron en Greenwich Village, la zona donde se encontraba *Stonewall Inn*, y se enfrentaron violentamente con la policía.

desafiar la ilegalidad de despidos y retiros militares. De mismo modo los activistas comenzaron a exigir judicialmente el reconocimiento de organizaciones LGB, principalmente en el contexto universitario. Sin embargo, los casos que más simbolizaron el impacto de *Stonewall* en la conciencia LGB, fueron los del matrimonio entre personas del mismo sexo. A cinco años de los disturbios, se presentaron litigantes en tres casos diferentes planteando algo anteriormente inaudito: el derecho a casarse con sus parejas del mismo sexo” (Andersen, 2004: p. 25)

2.1.1. Las primeras campañas tendientes a desafiar las leyes de sodomía: el caso *Bowers*

Para cuando *Stonewall* estalló, las leyes de sodomía eran raramente aplicadas cuando se trataba de conductas privadas y consentidas. Y si bien su existencia legitimaba abusos y discriminaciones por parte de diversos órganos del estado contra las minorías sexuales (ya que ser homosexual implicaba casi necesariamente ser un delincuente), la no aplicación concreta de esos artículos penales en la vida cotidiana de esta población dificultaba el diseño y desarrollo de una estrategia judicial tendiente a declarar la nulidad de los mismos. Como regla, para desafiar la constitucionalidad de una norma, era necesario que los posibles afectados mostraran haber sufrido de manera actual o inminente un daño que afectara a su persona, sus bienes y/o sus derechos. En este marco, encontrar afectados que podrían mostrar un daño cierto a su persona (como podían ser el arresto o la condena) a causa de la normativa “anti sodomía” se tornaba verdaderamente difícil. Sin embargo, los hechos que rodearon al caso “*Bowers v. Hardwick*” permitieron pensar que el desafío a las leyes de sodomía era posible (Cain, 1993; Adam, 1995; Andersen, 2004).

El caso *Bowers* tuvo su origen en 1982, momento en que Michael Hardwick fue arrestado en su propia habitación cuando un agente de la policía miró a través de la puerta parcialmente abierta y lo vio manteniendo relaciones con otro hombre. Ante

ese hecho, el agente procedió a arrestar a los infractores, amparado en la ley penal del estado de Georgia. A pocos días del arresto, miembros de la filial de Georgia de la ACLU se pusieron en contacto con Hardwick, y lo consideraron un caso testigo que desde hacía años venían buscando, debido a que Michael Hardwick fue la primera persona en más de cincuenta años que fue arrestado en el estado de Georgia por mantener relaciones homosexuales privadas, consensuales y entre adultos (Andersen, 2004).

Bowers sería el caso que terminaría con las leyes de sodomía. Y con este caso se pondría en marcha una estrategia para llegar ante la CSEU e invalidar aquella figura penal. Una serie de antecedentes jurisprudenciales (tanto el caso *Roe v. Wade* como casos más específicos tales como *People v. Onofre*⁹⁹ y la reciente sentencia de *Baker v. Wade*¹⁰⁰), y la eliminación de dicha figura penal en varios estados (Andersen, 2004: p.73) llevaron a pensar a los activistas que el momento judicial preciso había llegado.

Sin embargo, dos eventos críticos afectaron enormemente estas predicciones. El primero de ellos fue la elección del presidente republicano, conservador y *pro-vida* Ronald Reagan en 1980, quien durante su período presidencial consiguió designar 378 jueces federales y 3 ministros de la CSEU, estos últimos con un marcado perfil conservador¹⁰¹ (Alumbaugh & Rowland, 1990; Hull, 2010). Con este importante cambio político y los nuevos jueces, la doctrina judicial del derecho a la privacidad comenzó a verse fuertemente limitada, y la nueva mayoría conservadora decidiría en el caso *Bowers*. Otro de los eventos críticos fue la emergencia de la epidemia del VIH-Sida, que trajo consigo importantes retrocesos para el movimiento homosexual (Cain, 1993). Más específicamente durante el proceso de *Bowers* se presentó como nueva evidencia que el Sida implicaba una amenaza a la salud pública y que era portada por las personas homosexuales:

⁹⁹ En este caso la Corte de Apelaciones de Nueva York determinó que el derecho penal no puede basarse en ideologías religiosas, y las leyes de sodomía violaban la 5ta y la 14ta enmienda.

¹⁰⁰En *Baker v. Wade*, se desafiaron las leyes de sodomía de Texas a nivel federal, obteniendo una sentencia favorable en primera instancia.

¹⁰¹ Se trata de los jueces Sandra Day O'Connor, Antonin Scalia y Anthony Kennedy.

“La incidencia del SIDA en personas que mantienen conductas homosexuales y su mortal amenaza a la salud pública son evidencias recientemente descubiertas [...]. El SIDA es reconocido por la comunidad médica como una de las enfermedades más prolíferas y mortales [...] y está directamente vinculada a la conducta homosexual” (*Baker*, Documento solicitando que se agregue como prueba nueva, citado por Andersen, 2004: p. 78-79).

De esta manera, con la emergencia del HIV-Sida, sectores conservadores que se oponían a las demandas planteadas por la comunidad homosexual comenzaron a ganar fuerza, y con ellos los argumentos que reforzaban la necesidad de mantener y reforzar las leyes que penalizaban la sodomía en defensa de la salud pública. Tal como lo han analizado Pelúcio y Miskolci (2009) el surgimiento del Hiv-Sida repatologizó la homosexualidad en nuevos términos, pasando de ser una cuestión individual (vinculada a los trastornos psiquiátricos) a una cuestión epidemiológica, de salud pública. En este sentido, la vinculación entre Sida, homosexualidad y salud pública comenzó a extenderse y generalizarse en los propios tribunales estadounidenses. El caso más notable fue el de la Corte Suprema del Estado de Misuri, quien en 1986 confirmó la constitucionalidad de las leyes de sodomía del Estado, basando sus argumentos en el “legítimo interés del Estado en proteger la salud pública”; que “la prohibición de la actividad homosexual impedirá propagar enfermedades sexualmente transmisibles como el Sida” y que “la promiscuidad generalizada del estilo de vida homosexual ha hecho que tales actos entre homosexuales deban ser regulados” (Caso *State v. Walsh*, 1986).

En este nuevo contexto marcadamente conservador (y coincidente con un aumento de muerte por HIV-Sida y pánico social hacia los homosexuales), el 30 de junio de 1986, la CSEU resolvió el caso *Bowers*, confirmando por 5 a 4 la constitucionalidad de la ley de sodomía del Estado de Georgia. La opinión mayoritaria, pronunciada por Byron White, consideró que la Constitución no confería

“el derecho fundamental a participar en prácticas sodomitas homosexuales”. A pesar de los importantes esfuerzos llevados a cabo por la ACLU, Lambda y otros litigantes involucrados en el caso, el más importante desafío judicial a las leyes de sodomía había fracasado (Cain, 1993; Murdoch & Price, 2001; Andersen, 2004).

2.2 Del fracaso de *Bowers* a la victoria de *Lawrence*

2.2.1 El impacto de *Bowers*

A pesar de la importante derrota que el movimiento homosexual había sufrido con el caso *Bowers*, el impacto de dicha sentencia fue bastante diverso.

Por un lado implicó una serie de derrotas judiciales en otros casos que se estaban tramitando en el marco de la campaña lanzada para terminar con las leyes de sodomía. Uno de los más significativos fue el caso *Baker v. Wade*, cuyo recurso fue denegado por la CSEU una semana después de resolver *Bowers*. El caso *Baker* se trataba de un juicio que se tramitaba en el fuero federal, y cuyo principal actor nunca fue arrestado bajo las leyes de sodomía del Estado de Texas, donde vivía. Sin embargo, él argumentaba que la mera existencia de estas leyes le significaba una amenaza real e inminente. Donald Baker además había tenido una conducta “intachable” durante su vida: había servido a la marina por cuatro años durante la guerra de Vietnam con excelentes reportes sobre su desempeño. Había sido profesor en Dallas, con estudios de postgrado, siendo considerado un excelente profesor según los informes del distrito escolar. No había hablado nunca abiertamente sobre su orientación sexual dónde daba clases¹⁰², sumado a que era un “devoto cristiano, un excelente ciudadano, habiendo fiscalizado elecciones y participado en convenciones del partido demócrata en dos estados. Salvo por su orientación sexual, era un ciudadano modelo” (Andersen, 2004: p. 70-71). Además de ser un actor

¹⁰² Sin embargo, como presidente de la Alianza Gay de Dallas (*Dallas Gay Alliance*) fue entrevistado en un programa de televisión y al asumir abiertamente su sexualidad perdió su trabajo en el Distrito independiente escolar de Dallas (Marcus, 1992)

judicial más sólido que Michael Hardwick, también los eran los argumentos jurídicos, ya que según la ley de Texas, sólo estaban prohibidas las relaciones entre personas del mismo sexo. El caso se presentó en 1979 y el 17 de agosto de 1982 se determinó en segunda instancia la inconstitucionalidad de las leyes de sodomía de Texas. La sentencia fue apelada, y distintas organizaciones que representaban a minorías sexuales, encabezadas por Lambda deseaban que la CSEU primero se pronunciara en este caso, por ser más sólido. La sentencia de *Bowers*, sin embargo, impidió que la CSEU escuchara el caso (Cain, 1993; Murdoch & Price, 2001). Además, se comenzaron a perder otros casos, tales como *State v. Walsh*, *Padula v. Webster*, *Woodward v. United States* entre otros¹⁰³.

Pero por otro lado, el fallo trajo importantes repudios por parte de la prensa estadounidense y la llegada de importantes recursos económicos a las organizaciones que luchaban judicialmente por el reconocimiento de derechos de los homosexuales, especialmente Lambda¹⁰⁴ (Andersen, 2004)

Además, en términos legislativos, y a pesar del visto bueno de la CSEU, ningún Estado retomó la política de criminalizar nuevamente los actos de sodomía. Incluso la tendencia de despenalizar estos actos seguía en marcha. Para 1992, Kentucky se convertía en el *primer* estado en erradicar las leyes de sodomía luego del caso *Bowers*, siendo seguido por 11 estados, entre los que se encontraba, irónicamente, el Estado de Georgia¹⁰⁵.

2.2.2. Rediseñando la campaña: el comienzo del fin de las leyes de sodomía

¹⁰³ El caso *Padula* resuelto en 1987 se refería a la negativa de contratar a una mujer lesbiana por parte del FBI. Por su parte *Woodward* era sobre un soldado desvinculado de la marina por su condición homosexual.

¹⁰⁴ Según Andersen (2004; p. 95) "las contribuciones individuales se incrementaron en más del triple entre 1985 y 1986, saltando de \$181.239 a \$553.402. Este dramático incremento sugiere que Lambda fue razonablemente exitoso en usar la derrota judicial para movilizar apoyos a su trabajo. Irónicamente, *Bowers* ayudó a incrementar la movilización a favor de los reclamos por derechos gays, aunque directamente haya dañado los intereses legales de la gente LGB"

¹⁰⁵ Además de Kentucky y Georgia, despenalizaron la sodomía los estados de Nevada, distrito de Columbia, Tennessee, Montana, Rhode Island, Maryland, Arizona, Minesota, Massachussets y Arkansas.

La derrota de *Bowers* generaba la necesidad de rediseñar de la campaña judicial por la reforma de las leyes de sodomía. Se empezaron a plantear estrategias de litigio centradas en desafiar las normas de cada estado donde estaban aún vigentes estas leyes. A partir de *Bowers*, seguir recurriendo a los juzgados federales parecía inoportuno e inapropiado. Además, aunque la CSEU haya negado la existencia de un “derecho constitucional federal” a la privacidad de estas prácticas, los juzgados estatales podían ampararse en normas y constituciones de los propios estados para anularlas (Murdoch & Price, 2001).

Con este nuevo abordaje estratégico se comenzó un proceso que involucraba el arresto y procesamiento penal de Jeffrey Wasson, un hombre gay de 23 años por proponer mantener relaciones sexuales a un policía encubierto¹⁰⁶. Si bien el caso se inició antes de que *Bowers* sea decidido, cuando la CSEU sentenció *Bowers* los abogados de Wasson modificaron los argumentos principales, centrándose en cómo las leyes de sodomía violaban los derechos de Wasson bajo la Constitución del Estado de Kentucky. En 1992, la Corte Suprema de Kentucky resolvía en el caso *Kentucky v. Wasson* que las leyes que criminalizaban las relaciones sexuales consensuadas entre personas del mismo sexo violaban principios constitucionales, declarándolas inconstitucionales, y convirtiéndose en el primer caso exitoso luego de *Bowers*. De hecho, la Corte rechazó de manera explícita los argumentos dados unos años antes por la CSEU en ese caso (Morrison, 2001).

“Armados con la victoria en *Wasson*, abogados de causas LGBT comenzaron a enfocarse en las leyes de sodomía estatales. En los once años que pasaron

¹⁰⁶ Jeffrey Wasson , un estudiante de enfermería de 23 años , fue arrestado en 1986 y acusado de por las leyes sodomía entre personas del mismo sexo, como resultado de una operación encubierta llevada a cabo por la policía de Lexington . La policía había seleccionado un área de vigilancia y miembros encubiertos comenzaron a conversar con hombres gays para ver si se ofrecían para tener. Cuando Wasson dejó Complex Bar, un bar gay de Lexington, camino su coche, un agente encubierto se le acercó a Wasson en el estacionamiento y grabó aproximadamente 20 minutos de una conversación con él . Cerca del final de la conversación Wasson invitó al oficial encubierto para volver a casa con él, sugiriendo mantener relaciones sexuales que violaban la ley de Kentucky. Wasson fue uno de los 29 hombres arrestados durante esa redada policial. Wasson, en vez de pagar la multa, decidió presentarse y desafiar la ley.

entre la decisión de *Wasson* y la decisión de la CSEU en *Lawrence*, Lambda, la ACLU y un puñado de otras agrupaciones por el avance de los derechos LGBT desafiaron la constitucionalidad de las leyes de sodomía en trece Estados y Puerto Rico¹⁰⁷ (Andersen, 2004: p. 104)

La próxima victoria vendría con el caso *Campbell v. Sundquist* en 1996, donde se presentaron cinco litigantes de grupos de la diversidad sexual reclamando que las leyes de sodomía del Estado de Tennessee violaban sus derechos constitucionales de privacidad y protección igualitaria. El caso, llevado por Lambda y acompañado por la ACLU¹⁰⁸, fue resuelto en primera instancia y confirmado en instancias anteriores, haciendo lugar al planteo de Lambda y fortaleciendo el antecedente de *Wasson*. Luego de *Campbell* varios pronunciamientos en la materia se dieron en diversas partes del país, y en donde en cinco Estados (Montana, Maryland, Minnesota, Arkansas y Massachusetts) invalidaban leyes de sodomía por considerar que violaban diversas garantías constitucionales (ver cuadro 1). Los estándares jurídicos establecidos en *Bowers* perdían cada vez más terreno.

Año de resolución	Caso	Hechos	Leyes de sodomía
1992	<i>Kentucky v Wasson</i> (Kentucky)	Arresto por incitación a la sodomía	Anulada
1994	<i>State v. Morales</i> (Texas)	Pedido de inconstitucionalidad	Confirmada
1994	<i>Louisiana v. Baxley</i> (Luisiana)	Arresto por incitación a la sodomía	Confirmada

¹⁰⁷ La autora continúa "Cada desafío implicaba reclamos vinculados al derecho de privacidad reconocidos por cada Estado. En estados donde las leyes de sodomía sólo se aplicaban en situaciones homosexuales, los litigantes también reclamaban el derecho a una protección igualitaria, normalmente basadas en garantías constitucionales estatales [...]. Ocasionalmente se incluían reclamos que involucraban argumentos de castigos crueles e inusuales".

¹⁰⁸ Quien se presentó en calidad de *amicus curiae*.

1995	<i>Sawarzky v. Oklahoma City</i> (Oklahoma)	Arresto por incitación a la sodomía	Confirmada
1996	<i>Campbell v. Sundquist</i> (Tennessee)	Pedido de inconstitucionalidad	Anulada
1996	<i>Christensen v. Georgia</i> (Georgia)	Arresto por incitación a la sodomía	Confirmada
1997	<i>Gryczan v. State</i> (Montana)	Pedido de inconstitucionalidad	Anulada
1998	<i>Topeka v. Motsovitz</i> (Kansas)	Arresto por incitación a la sodomía	Confirmada
1999	<i>Williams v. Glendering</i> (Maryland)	Pedido de inconstitucionalidad y arresto por sodomía	Anulada
2000	<i>State v. Smith</i>	Pedido de inconstitucionalidad y arresto por sodomía	Confirmada
2000	<i>DePriest v. Virginia</i> (Virginia)	Arresto por incitación a la sodomía	Confirmada
2001	<i>Doe v. Ventura</i> (Minnesota)	Pedido de inconstitucionalidad	Anulada
2002	<i>Jegley v. Picado</i> (Arkansas)	Pedido de inconstitucionalidad	Anulada
2002	<i>GLAD v. Reilly</i> (Massachusetts)	Pedido de inconstitucionalidad	Anulada
2002	<i>LEGAL v. State</i> (Louisiana)	Pedido de inconstitucionalidad	Confirmada
2002	<i>Sanchez v. Puerto Rico</i>	Pedido de inconstitucionalidad	Confirmada

Cuadro 1: Casos resueltos en el marco de la campaña de erradicación de las leyes de sodomía que se resolvieron entre los precedentes *Bowers* y *Lawrence*.

Es interesante mencionar que estas sentencias se dictaron en una época en que comenzó a transformarse la percepción política y social de los homosexuales estadounidenses. Así, por ejemplo, en 1993 el Congreso estadounidense dictó la ley federal (*10 U.S.C. § 654*, la cual estuvo vigente hasta el año 2010) que instauró la política del "*Don't ask, don't tell*" ("no preguntes, no digas"), que permitía el ingreso de homosexuales y bisexuales a las filas del ejército en la medida que no revelen ("*don't tell*") su orientación sexual o hablen sobre cualquier relación homosexual, incluyendo matrimonios o lazos familiares, mientras estuviesen sirviendo en el ejército. Por otra parte se prohibía a los superiores de iniciar cualquier indagación o investigación sobre la orientación sexual de los miembros del servicio si no se exhibe el comportamiento prohibido ("*don't ask*"). Si bien la ley prohibía a cualquiera que "manifieste su tendencia o intente mantener prácticas homosexuales" servir en las fuerzas armadas de los Estados Unidos, porque "podría crear un riesgo inaceptable para los altos estándares morales, el buen orden y disciplina, y la cohesión de la unidad que es la esencia de la capacidad militar", también significó un avance en materia de reconocimiento ciudadano a homosexuales, pues borraba el prejuicio existente contra ellos al ser identificados como posibles traidores de la patria. Al mismo tiempo, podríamos afirmar que la entrada de los homosexuales en las fuerzas armadas creó cierta tendencia conservadora en el seno del movimiento LGBT estadounidense, y cuyas demandas serían menos radicales (como la referida al reconocimiento al matrimonio, como se analizará en los siguientes apartados).

2.2.3. *Lawrence v. Texas* y el fin de las leyes de sodomía en Estados Unidos

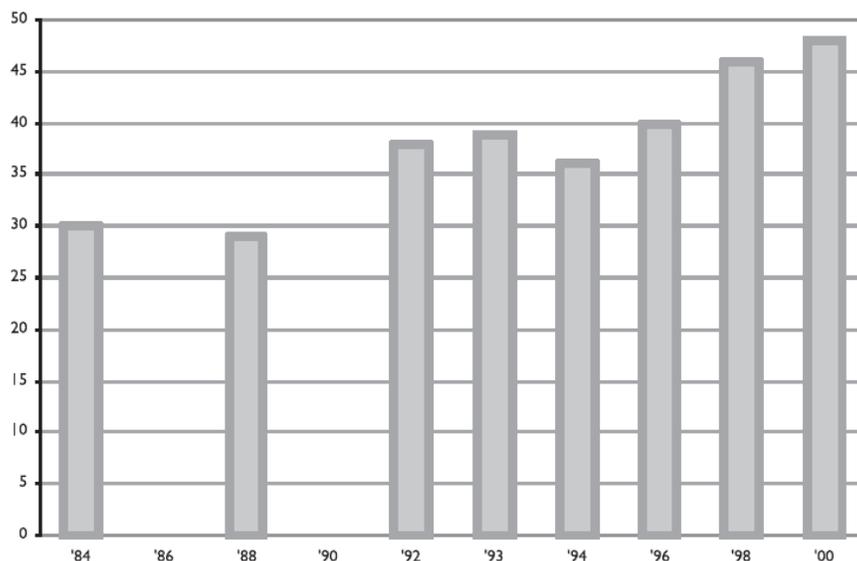
Con las victorias de *Wasson* (Kentucky) y *Campbell* (Tennessee) Lambda quería revertir el precedente fijado por la CSEU en *Bowers*. Habían pasado apenas diez años de aquel fatídico fallo, y el máximo tribunal estadounidense muy pocas veces había modificado su posición en menos de veinte años (Cathcart, 2003). Sin embargo había importantes motivos para ser optimistas. En términos socioculturales,

hubo grandes cambios actitudinales en relación al flagelo del VIH-Sida y a la homosexualidad en el país.

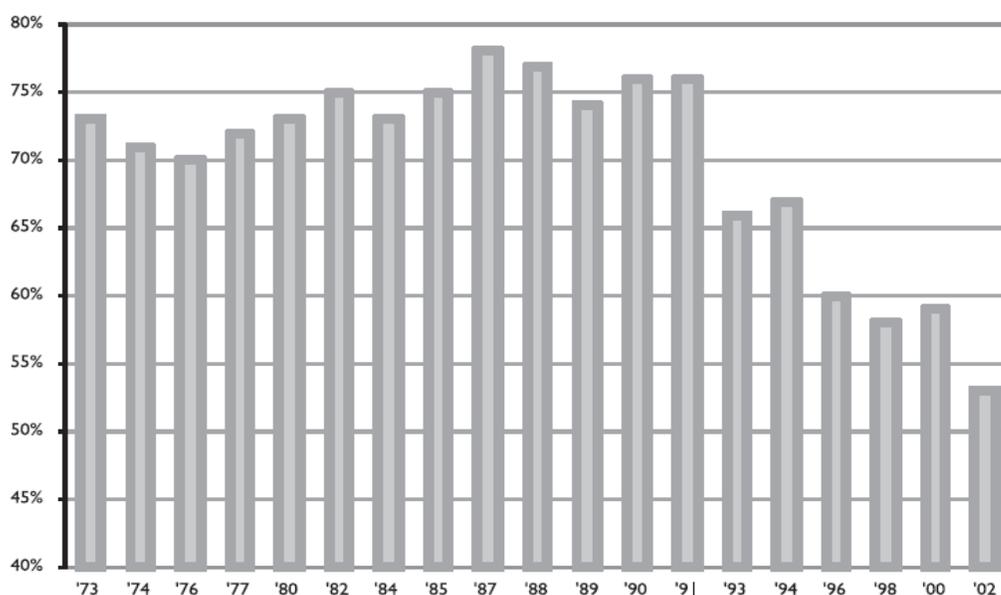
Con respecto al HIV-Sida, con la llegada de cócteles de drogas que permitían el control del virus, se produjo durante la segunda mitad de la década de 1990 la “normalización del Sida” (Andersen, 2004; Pelúcio & Miskolci, 2009). La enfermedad dejó de ser vista como una “amenaza homosexual a la salud pública”, y empezó a ser vista como una enfermedad crónica en términos médicos, y consecuentemente a ser normalizada legalmente. El Congreso de los Estados Unidos aprobó una serie de leyes que protegían a las personas con HIV contra la discriminación¹⁰⁹, y el discurso jurídico que justificaba el mantenimiento de leyes de sodomía invocando razones de salubridad pública fue desvirtuándose y perdiendo valor. De hecho, en los casos *Wasson*, *Campbell* y *Gryczan*, los tribunales rechazaron específicamente los argumentos presentados por los Estados argumentando que no existían vínculos necesarios entre la homosexualidad y el VIH-Sida.

Además hubo importantes cambios en la percepción de la homosexualidad. En general, a partir de la década de 1990, los y las estadounidenses comenzaron a apoyar cada vez más los derechos de la comunidad LGBT (Lee Badgett, 2010). Las personas se volvieron más tolerantes a la intimidación sexual entre personas del mismo sexo a lo largo de los años, y mejoraron sus percepciones en relación a gays y lesbianas (ver cuadros 2 y 3)

¹⁰⁹ Entre las leyes más importantes estuvieron la *Federal Fair Housing Act* de 1988 y la *American with Disabilities Acts* de 1992, las cuales prohibían tratamientos discriminatorios basados en la condición de ser portadora de HIV-Sida, sobre todo en lo vinculado al empleo de los mismos.



Cuadro 2: Pregunta: ¿Cuáles son sus sentimientos hacia las personas gays y lesbianas? (Escala de 100 muy favorable y 0 muy desfavorable). Datos de *National Election Study* tomados de Ellen Andersen de 1984 a 2000 (2004: p. 115). Tal como ve en este cuadro, los niveles de aprobación tienden a subir de manera sostenida a partir del año 1994. Para cuando la CSEU resuelve el caso, la percepción social estadounidense con relación a gays y lesbianas había mejorado perceptiblemente.



Cuadro 3: Pregunta: En vinculación a relaciones sexuales entre dos adultos del mismo sexo, ¿usted piensa que éstas están siempre mal? Datos de *NORC General Social Survey* de 1973 a 2002 tomados de Ellen Andersen (2004: p. 116). Este cuadro también muestra cómo la opinión de los estadounidenses se modifica en relación a las prácticas sexuales privadas entre personas del mismo sexo.

Durante la década del noventa, también cambiaron muchas actitudes en relación a temas vinculados a derechos de familia, matrimonio entre personas del mismo sexo, enrolamiento en las fuerzas armadas, discriminación laboral, entre otros temas (Andersen, 2004; Lee Badgett, 2010). De esta manera “[l]a creciente predisposición de la sociedad estadounidense en general y del poder judicial en particular en ver las relaciones entre personas del mismo sexo como constitutivas de familias más que amenazantes alteró el contexto del litigio por las reformas a las leyes de sodomía” (Andersen, 2004: p. 120).

Con este nuevo marco sociolegal, las asociaciones que litigaban derechos a favor de las minorías sexuales decidieron incorporar argumentos legales vinculados a derechos federales en los casos que desafiaban las leyes de sodomía en el país. *Jegley v. Picado* (de Arkansas) fue el primero, seguido de *Lawrence v. Texas*. La idea era llegar nuevamente a la CSEU y revertir el caso *Bowers* (Pinello, 2003).

El caso *Lawrence* fue diseñado por los dos mayores litigantes de casos que involucraban el desafío de las leyes de sodomía: Lambda y ACLU (específicamente una parte, la *ACLU Lesbian and Gay Right Project*) quienes fijaron una estrategia conjunta: enfocar sus esfuerzos de litigio sólo en aquellos seis estados donde las leyes de sodomía se aplicaban sólo para relaciones entre personas del mismo sexo, argumentando no sólo la violación del derecho a la privacidad de las personas, sino al de protección igualitaria y no discriminación, amparadas tanto a nivel estatal como federal (Andersen, 2004). Esta estrategia se fundaba en la decisión de 1996 de la CSEU en el caso *Romer v. Evans*, donde el máximo tribunal estadounidense por 6 contra 3 consideró que la enmienda constitucional del Estado de Colorado aprobada en 1992 (la que consistía en impedir que se de algún tipo de trato preferencial a miembros de la comunidad LGBT) violaba la enmienda constitucional de protección igualitaria y debía ser anulada (Gerstmann, 1999).

Con este nuevo enfoque, para 1998, la ACLU y Lambda habían presentado reclamos judiciales en Arkansas (*Jegley*), Maryland (*Gelndening*) y Puerto Rico

(*Sánchez*) en su campaña contra las leyes de sodomía, al que se le sumaría el caso *Lawrence* de Texas: el 17 de septiembre de ese año, la policía de Houston irrumpió en el departamento de John Lawrence a partir de una falsa denuncia de personas armadas. Los oficiales encontraron a Lawrence teniendo relaciones con Tyrone Garner, y ambos fueron arrestados por violar las leyes de sodomía del Estado. Pasaron 24 horas encarcelados y posteriormente fueron multados. El caso era perfecto para la causa: el arresto se había dado en dentro de la propiedad de Lawrence y en un Estado que sólo criminalizaba relaciones entre personas del mismo sexo (Murdoch & Price, 2001)

“Cuando Lambda y la ACLU estaban en el proceso de desarrollo y litigando *Glendening*, *Jegley*, *Sanchez* y *Lawrence*, ellos no tenían idea cuál de ellos, llegaría a la CSEU. Terminó pasando que *Glendening* y *Jegley* se habían descarriado, por decirlo de alguna manera, por victorias en el sistema judicial estatal. El desarrollo de *Sanchez* lo hacía técnicamente elegible para la revisión de la CSEU pero realísticamente inapropiado. Sólo *Lawrence* se desarrolló de un modo que lo hacía no sólo elegible para la revisión judicial sino también lo convertía en un candidato razonable” (Andersen, 2004: p. 131)

Lawrence llegó hasta la CSEU y el 26 de junio del año 2003 el máximo tribunal estadounidense invalidó la ley de sodomía del Estado que Texas, argumentando que con *Bowers* se había interpretado demasiado estrechamente la noción de libertad. La mayoría de la CSEU consideró que las prácticas sexuales consentidas formaban parte de la libertad protegida por el debido proceso fundamental establecido en la Decimocuarta Enmienda. Con *Lawrence* cayeron las leyes de sodomía de trece Estados, y significó el fin de una campaña judicial iniciada hacía más de veinte años. Además, sería un fallo citado por la Suprema Corte Judicial de Massachusetts en el caso *Goodridge v. Dept. of Public Health* para declarar la inconstitucionalidad del sistema matrimonial que sólo incluía a parejas heterosexuales. *Lawrence* se

convertía de este modo en un caso fundamental para la siguiente campaña de litigio estratégico que venía desarrollando el movimiento de la diversidad sexual: la campaña por el reconocimiento del derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo.

3. Las disputas judiciales en torno al matrimonio entre parejas del mismo sexo.

3.1. Antecedentes: *Baker v Nelson* y la campaña por el reconocimiento del matrimonio gay

La necesidad de reconocimiento estatal para parejas del mismo sexo tienen una larga data. Lillian Faderman (1991) y William Eskridge (1999), por ejemplo, relatan cómo a lo largo del siglo XX, en la historia de los Estados Unidos, varias parejas del mismo sexo obtuvieron actas de matrimonio tras “enmascararse” en parejas heterosexuales¹¹⁰. Con el pasar de los años, y a partir de los eventos de *Stonewall*, comenzaron a ganar fuerza las demandas de parejas de gays y lesbianas sobre su derecho a contraer matrimonio. La transformación discursiva en términos de “derechos” no demoró en materializarse en una demanda: en 1970, Jack Baker y Mike McConnell demandaron al oficial público del condado de Minnesota quien se había negado a otorgarles un permiso de matrimonio. La pareja argumentó que la negativa del Estado violaba sus derechos de debido proceso y protección igualitaria. La Corte Suprema del Estado de Minnesota resolvió que el derecho al matrimonio no se aplicaba a las uniones del mismo sexo, porque por definición, el matrimonio podría sólo darse entre un hombre y una mujer. Por su parte, la CSEU consideró que no

¹¹⁰ Se dieron varios casos, a partir de la década de 1920. Ahí, “las licencias de matrimonio se obtenían masculinizando el primer nombre [...] de la pareja de lesbianas” (Faderman, 1991: p. 97). Por su parte Eskridge (1999: p. 27) argumenta cómo estas situaciones irregulares implicaron la sanción de leyes que impedían el travestismo (*cross-dressing laws*) y que se justificaban legalmente como tendientes “a evitar el fraude de género”

existía una cuestión federal en juego y se negó a revisar la decisión¹¹¹ (Murdoch & Price, 2001; Pinello, 2003).

“*Baker v. Nelson* fue el primero en veintitrés años de una serie de sentencias a lo largo de la nación que confirmaban la prohibición estatal de matrimonio entre parejas del mismo sexo. En los 90, sin embargo, activistas de derechos de gays y lesbianas finalmente tuvieron éxito en fracturar el consenso judicial. Las Cortes de tres estados diferentes –Hawaii, Alaska y Vermont- decidieron que las parejas del mismo sexo tenían un interés constitucional en poder casarse” (Andersen, 2004: p. 175)

Baker v Nelson se convirtió en el puntapié inicial de una campaña a lo largo de todo el país por ampliar el derecho a contraer matrimonio. Una campaña que finalizó el 26 de junio del año 2015, con el caso *Obergefell v Hodges*. Si bien esta causa se constituyó como el principal desafío de las organizaciones LGBT de los últimos años, durante la década de 1970 y 1980 constituía un tema complejo y que generaba importantes controversias y debates en el seno de los movimientos por los derechos de los homosexuales. Estas controversias hicieron que hasta 1993, ninguno de los grupos de litigio estratégico más importantes incluyeran el desafío a las leyes de matrimonio como un tema prioritario en sus agendas (Pinello, 2003; Andersen, 2004).

3.2. Nuevos aires desde el Pacífico: Hawái y la primera victoria judicial en el *Baehr v Lewin*

Fue en 1993 cuando el matrimonio entró en la agenda de las organizaciones que litigaban el reconocimiento y la expansión de los derechos de los grupos

¹¹¹ La decisión se mantuvo hasta mayo del 2013, cuando el estado de Minnesota legalizó el matrimonio homosexual

homosexuales. Y este cambio se debió a respuesta de la Corte Suprema del Estado de Hawái ante estos reclamos. El caso comenzó en 1991, cuando tres parejas del mismo sexo se presentaron ante la justicia luego de que sus pedidos de matrimonio sean denegados, bajo el argumento de que ellos tenían el derecho fundamental de casarse bajo la constitución hawaiana. El caso se presentó con un ex miembro de la ACLU, y sólo contó con el apoyo de Lambda en calidad de *amicus curiae*. El caso, rechazado en las primeras instancias llegó ante la Corte Suprema del Estado, quien hizo lugar al pedido. Este tribunal consideró en *Baehr v Lewin* (también denominado *Baehr v Miike*) que la prohibición que pesaba sobre parejas homosexuales para acceder a la institución matrimonial constituía un tipo de discriminación contraria a la Constitución del Estado. Sin embargo, la Corte Suprema no ordenó que el Estado comenzara a autorizar dichos matrimonios inmediatamente, sino que devolvió el caso al tribunal de primera instancia y ordenó al Estado que justificara su actitud discriminatoria.

La reacción de la Legislatura del estado no demoró en llegar, y rápidamente se enmendó la ley de matrimonios del estado, donde se definía que el matrimonio sólo podía ser entre hombre y mujer. En 1996, luego de que se rechazaran las justificaciones dadas por el estado de Hawái para limitar el matrimonio a personas heterosexuales por parte del poder judicial, la legislatura aprobó una propuesta de enmienda constitucional durante la sesión de 1997 que permitiría que el parlamento tuviera la potestad de prohibir el matrimonio homosexual. En 1998 se votó por la enmienda número dos, donde por abrumadora mayoría (69,2% contra un 28,6%) la enmienda propuesta fue aprobada, y la legislatura, consecuentemente reguló la cuestión prohibiendo los matrimonios entre personas del mismo sexo. Esta propuesta fue luego confirmada por la Corte Suprema de Hawái (Murdoch & Price, 2001; Pinello, 2003; Andersen, 2004; Rosemberg, 2008).

Sin embargo los efectos de *Baehr* no se limitaron al Estado de Hawái, sino que el caso sirvió como puntapié inicial para impulsar campañas de litigio en todo el país demandando el derecho a que todas las parejas puedan contraer matrimonio

(Eskridge, 1999). En este aspecto, Lambda fue la que más rápido se organizó y comenzó a tener un rol muy activo, estableciendo un plan para litigar Estado por Estado, seguida por otras organizaciones¹¹² (Murdoch & Price, 2001; Andersen, 2004).

Pero la reacción conservadora no tardó en llegar tampoco: grupos conservadores tales como *Family Research Council* (Consejo para la investigación de la Familia) y coaliciones religiosas (particularmente católicas, evangélicas y de mormones) comenzaron a presionar a legislaturas y reparticiones estatales y federales a fin de que sean dictadas normas que contrarresten el impacto de *Baehr* (Rosemberg, 2008; Brown, 2012). Y en el corto plazo estos sectores fueron mucho más efectivos: para 1999 treinta y cuatro Estados había aprobado leyes que limitaban o prohibían los matrimonios entre personas del mismo sexo, mientras a nivel federal el Congreso de los Estados Unidos sancionaba la ley DOMA¹¹³ (*Defense Of Marriage Act* o ley de defensa del matrimonio) la cual exceptuaba a los estados a reconocer los matrimonios homosexuales celebrados en otros estados y definía al matrimonio sólo como una unión entre hombre y mujer en la jurisdicción federal, no otorgando reconocimiento a nivel federal a los matrimonios celebrados en aquellos estados que permitan matrimonios entre parejas del mismo sexo. La batalla por el reconocimiento del derecho a casarse por todas las parejas se había desatado.

3.3. Alaska, Vermont, y al retorno a la doctrina de "separados pero iguales": el primer reconocimiento a las uniones civiles de parejas del mismo sexo

¹¹² Lambda estableció un Proyecto específico de litigio en materia de matrimonio en 1994. Además tenía un importante rol político y educativo: "El proyecto fue diseñado para prevenir este escenario [el de una reacción conservadora] proveyendo una gran organización en la cual activistas de derechos gays trabajarían para sensibilizar al público sobre la discriminación sufrida por parejas del mismo sexo, para presentar casos judiciales apropiadamente y para presionar oficiales públicos" (Andersen, 2004: 179).

¹¹³ Declarada inconstitucional por la CSEU el 26 de junio del 2013. Este caso será tratado más adelante.

Inspirados en las decisiones de *Baehr*, dos hombres residentes del Estado de Alaska, Jay Brause y Gene Dugan, solicitaron en 1995 un permiso para contraer matrimonio a la Oficina de Estadísticas de Alaska (*Alaska Bureau of Vital Statistics*). Ante la negativa, demandaron al Estado, basados en que jurídicamente las leyes de Alaska no prohibían el matrimonio entre parejas del mismo sexo, que la negativa significaba el quebrantamiento de los principios de privacidad y protección igualitarias protegidos por la Constitución Estatal¹¹⁴. Para 1998, la Corte Suprema del Estado determinó que la prohibición del matrimonio entre homosexuales constituía un tipo de discriminación sexual, y que el gobierno del Estado no había sido capaz de justificar dicha discriminación. Por lo tanto, al igual que en Hawái, le devolvió el caso al juzgado de primera instancia para que en un nuevo juicio se determinara si el Estado era capaz de demostrar la necesidad de mantener este régimen matrimonial¹¹⁵.

Este nuevo juicio nunca se llevaría a cabo: la Legislatura de Alaska propuso una enmienda constitucional para limitar el matrimonio a las parejas heterosexuales, la que fue confirmada por la ciudadanía en 1998 por un amplio margen (68%) en una consulta popular. Esta consulta, denominada *Ballot Measure 2*, fue confirmada por la Corte Suprema del Estado y el caso *Brause* descartado (Clarkson, Coolidge, & Duncan, 1999).

Pero mientras el movimiento de la diversidad sexual no había conseguido penetrar en el Estado de Alaska, algo diferente estaría sucediendo en el Estado de Vermont: en 1997, tres parejas homosexuales demandaron a Vermont por los mismos motivos que los estados de Hawái y Alaska habían sido demandados: su negativa a autorizar matrimonios entre parejas del mismo sexo. Este caso parecía promisorio, ya que se estaría discutiendo en un Estado con actitudes relativamente amistosas a las peticiones de la comunidad LGBT. De esta forma, estas parejas

¹¹⁴ Los argumentos estaban inspirados tanto en el fallo de Hawái *Baehr v. Lewin* como en el caso *Tumeo v. University of Alaska*, que versaba sobre la política de la Universidad de limitar los beneficios sociales a las parejas heterosexuales. En este caso, un tribunal alaskaño consideró que bajo la constitución del Estado la Universidad no podría generar dichas discriminaciones (Andersen, 2004)

¹¹⁵ El fallo completo puede leerse en <http://www.qrd.org/qrd/usa/legal/alaska/brause-v-alaska>

consiguieron el patrocinio legal de GLAD y el apoyo de Lambda, y se lanzaron en juzgados que se habían mostrado más receptivos a las demandas de del colectivo gay (Eskridge, 1999).

Si bien el caso fue inicialmente desestimado, en la apelación, la Corte Suprema de Vermont resolvió por unanimidad en el caso *Baker v. State of Vermont* que el tratamiento diferenciado entre las parejas de distinto y mismo sexo violaba la cláusula de beneficios comunes de la constitución estatal. Sin embargo, en vez de devolver el caso a la primera instancia (como había sucedido en los dos casos anteriores), le ordenó a la Legislatura que regulara (otorgándoles el derecho al matrimonio o generando una nueva institución de unión civil) de qué manera le daría a las parejas del mismo sexo los mismos beneficios y protecciones que el Estado de Vermont les garantizaba a las parejas heterosexuales¹¹⁶. El caso fue resuelto el 20 de diciembre de 1999, y para julio del 2000 ya era ley el proyecto aprobado por la Legislatura Local sobre uniones civiles.

La ley de unión civil de Vermont fue una de las primeras importantes victorias del movimiento de la diversidad sexual estadounidense, ya que bajo esta ley las parejas del mismo sexo serían tratadas de la misma manera que las parejas heterosexuales en todo lo referido a las leyes estatales. Sin embargo la misma *Civil Unions Act* la definía como un instituto jurídico diferente al matrimonio y con derechos limitados en relación con este último, lo que llevó a activistas a compararlo con el sistema segregacionista de "separados pero iguales".

"Como *Baehr*, el impacto de *Baker* se extendió más allá de los límites estatales. Los que apoyaban el matrimonio igualitario encontraron en *Baker* y la ley de unión civil el impulso para profundizar la campaña. Cada una de las grandes Organizaciones de Derechos LGBT largaron gacetillas de prensa para difundir los nuevos acontecimientos" (Andersen, 2004: p. 186)

¹¹⁶Esta fue la decisión tomada por la mayoría (4 a 1). El único disidente en realidad consideraba que la Corte debía obligar al Estado a otorgar permisos a este tipo de parejas.

Y el caso *Baker* también profundizó las reacciones contrarias a las demandas del colectivo LGBT. A partir del 2000, cuatro nuevos estados limitaron el matrimonio, e incluso prohibieron la posibilidad de otorgar uniones civiles¹¹⁷. La judicialización parecía haber sido exitosa en Vermont, pero al mismo tiempo provocó importantes reacciones adversas fuera del Estado, por lo que se ponía en duda su verdadera eficacia. Los casos de Hawái, Alaska y Vermont habían empezado a generar importantes grietas en la institución matrimonial estadounidense, pero al mismo tiempo habían provocado que tanto a nivel federal como a nivel estatal se reforzara la idea de que el matrimonio sólo sería posible entre hombre y mujer. La reacción conservadora se organizó rápida y eficientemente, y para algunos las limitadas victorias judiciales, que no eran más que simbólicas, habían significado en realidad una enorme derrota para el movimiento (Rosemberg, 2008). Sin embargo la tendencia en contra de este tipo de matrimonios estaba por modificarse drásticamente. Y todo comenzaría en Massachusetts.

3.4. El matrimonio heterosexual en jaque: *Goodridge v. Dept. of Public Health* y su impacto inmediato en Estados Unidos.

El 17 de mayo del 2004, como resultado de una decisión judicial, el estado de Massachusetts se convirtió en el primero en permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo en los Estados Unidos. Y modificó la tendencia que existía hasta entonces en relación al matrimonio en todo el país. El caso *Goodridge* se convertiría en la primera gran victoria, y en consecuencia, en el puntapié inicial de una campaña exitosa que culminaría en el 2015.

El caso se originó en el año 2001, cuando siete parejas del mismo sexo demandaron al Estado de Massachusetts el derecho de poder casarse. Este caso

¹¹⁷ Según Andersen (2004), el caso de los debates dados en Nebraska fue el más obvio y conectado a *Baker*.

estaba inspirado en la histórica decisión de *Baker* y fue visto por el movimiento, especialmente por GLAD, como la posibilidad de avanzar en lo referido al derecho por parte de personas homosexuales a contraer matrimonio, en un Estado “*gay friendly*” y receptivo ante esta demanda del colectivo LGBT¹¹⁸, y cuyo proceso de reforma constitucional era complejo y dificultoso¹¹⁹: Massachusetts parecía ser uno de los estados más prometedores en el país para luchar por el derecho a que parejas del mismo sexo puedan casarse (Bonauto, 2005).

El caso, que fue perdido en las instancias inferiores, llegó ante la Corte Suprema de Justicia de Massachusetts, con un argumento fundamental: se solicitaba el reconocimiento del matrimonio, ya que la instauración de instituto basado en la idea de “separados pero iguales” como sería la unión civil, no satisfaría los requisitos de la Constitución de Massachusetts (Andersen, 2004: p. 220).

La decisión llegaría el 18 de noviembre del 2003, en la cual la Corte consideró que el Estado había “fallado en identificar cualquier razón constitucionalmente adecuada para negar el matrimonio civil a parejas del mismo sexo” (*Goodridge*, 312)¹²⁰. Para el tribunal, el matrimonio debía ser entendido como “la unión voluntaria de dos personas como esposos” (*Goodridge*, 314). En consecuencia, ordenó a la Legislatura que en el plazo de 180 días lleve a cabo las medidas necesarias para modificar esta situación.

Ante tal decisión, la Legislatura de Massachusetts le consultó al máximo tribunal si la creación de una unión civil, como la que existía en Vermont, sería suficiente para satisfacer los estándares constitucionales, a lo que el tribunal respondió que la única alternativa posible era la apertura del matrimonio a parejas

¹¹⁸ Estas asunciones se basaban en diversos fallos dados por el Supremo Tribunal del Estado. Entre las más importantes estaba *Adoption of Tammy* (1993) donde se autorizó que una pareja homosexual pudiera adoptar. Además de ello, la aplicación de las cláusulas constitucionales de protección igualitaria eran interpretadas de una manera más amplia e inclusiva que a nivel federal.

¹¹⁹ Esto también era particularmente importante, sobre todo teniendo en cuenta las experiencias de Hawái y Alaska, donde a pesar de los fallos, se consiguieron enmendar las constituciones estatales para impedir la ampliación del matrimonio a parejas del mismo sexo.

¹²⁰ Para ver el texto completo del fallo véase http://www.boston.com/news/daily/18/sjc_gaymarriage_decision.pdf (último acceso: 01/04/15)

del mismo sexo (caso *Opinion of the Justices to the Senate*, 2004). Con esta decisión, el 17 de mayo del 2004, Massachusetts se convirtió en el primer Estado del país donde se comenzaron a emitir permisos de matrimonio entre parejas del mismo sexo. Para el 31 de diciembre de ese año, casi 6 mil matrimonios homosexuales se habían celebrado (Bonauto, 2005).

El impacto de *Goodridge* fue enorme en la campaña llevada a cabo por las principales organizaciones LGBT estadounidenses que utilizan el litigio como herramienta de cambio social. Para Garrow (2004), la decisión de *Goodridge* tuvo para la diversidad sexual un efecto inspiracional poderosísimo, de la misma manera que el caso *Brown* lo había tenido en la comunidad afroamericana años atrás. Por su parte, Andersen consideró que (2004: p. 232) "En términos de Massachusetts, entonces, *Goodridge* ilustra el valor que el litigio tiene como una herramienta para traer cambio social".

Más allá de Massachusetts, y apenas la decisión fue implementada, en diversos condados a lo largo del país comenzaron a emitir permisos para que parejas del mismo sexo puedan contraer matrimonio: San Francisco, Oregon y Multnomah (entre otros) comenzaron realizar una interpretación jurídica similar a la del caso *Goodridge* justificando así sus nuevas actitudes (Bonauto, 2005), mientras que en los Estados de Maine, Maryland, Connecticut, Nueva Jersey y Oregón se dictaban leyes de unión civil con diversos alcances. Incluso en California, en septiembre del 2005, se votó por la inclusión de las parejas homosexuales al régimen matrimonial, pero dicha ley fue luego vetada por el Gobernador Republicano¹²¹ (Andersen, 2004). Además, impulsó la presentación de demandas judiciales a lo largo de todo el país por las principales organizaciones LGBT, tales como Lambda, ACLU y GLAD, entre tantas otras.

La reacción por parte de los grupos conservadores fue, sin dudas, rápida y muy exitosa en el corto plazo: dentro del año en que *Goodridge* fue resuelto, trece estados reformaron sus constituciones para limitar el matrimonio a las parejas

¹²¹ El Goernador Arnold Schwarzenegger volvería a vetar una legislación similar en octubre del 2007.

heterosexuales, y siete estados más se le sumaron en el año siguiente¹²². Esto llevó a que varios sectores del movimiento de la diversidad sexual consideraran al caso de Massachusetts como un retroceso en materia de reconocimiento de Derechos. Sin embargo, Mary Bonauto (2005), considera que la mayoría de las decisiones de limitar el matrimonio habían comenzado a discutirse antes de que el caso haya sido resuelto, y que eran resultado de una campaña premeditada que se estaba librando a lo largo de todo el país, cuestionando así el verdadero impacto de la sentencia.

Quizás en el corto plazo, el caso de Massachusetts significó una derrota para el movimiento de la diversidad sexual, pero *Goodridge* había disparado demandas judiciales de matrimonio entre parejas homosexuales a lo largo y ancho del país, fortaleciendo la campaña de litigio por el matrimonio entre personas del mismo sexo.

3.5. *Love is in the air*: el respaldo del poder judicial a las demandas por matrimonio del colectivo LGBT de Estados Unidos

Hubo que esperar cinco años después de *Goodridge* para que Cortes Supremas de otros Estados respaldaran los pedidos de legalización de matrimonio a parejas del mismo sexo. El primer respaldo vendría de la Corte Suprema de California, quien en el caso "*In re Marriage Cases*" del 2008 sostuvo que las leyes que trataban a diversas clases de personas de manera diferente por su orientación sexual debían estar sujetas a un escrutinio judicial estricto, y que la regulación californiana del matrimonio violaba los derechos de las parejas del mismo sexo bajo la óptica de la Constitución de California. La decisión, sin embargo, logró ser neutralizada por grupos conservadores, quienes a través de una consulta popular (conocida como "Propuesta 8") consiguieron reformar la constitución limitando el matrimonio a parejas heterosexuales. Del otro lado del país, el 10 de octubre del 2008 la Corte Suprema de Connecticut resolvía en "*Kerrigan v. Commissioner of Public Health*" que la ley estatal

¹²² La única excepción fue Arizona, en donde los electores rechazaron la propuesta de enmienda constitucional.

de uniones civiles era discriminatoria con las parejas del mismo sexo, y el estado debía reconocer los matrimonios homosexuales:

“No hay dudas que la unión civil goza de un menor estatus en nuestra sociedad que el matrimonio. Al final, el mensaje de la ley de uniones civiles es que lo que las parejas del mismo sexo tienen no es tan importante o significativo como las de un matrimonio real” (Caso *Kerrigan*)¹²³

A un mes de esta decisión de la Corte Suprema estatal, se empezaron a otorgar permisos de matrimonio en todo el Estado, situación que quedaría definitivamente zanjada cuando un año después la legislatura sancionara una nueva legislación sobre el matrimonio. En medio de discusiones políticas sobre el apoyo o no a las demandas del de grupos homosexuales¹²⁴, Connecticut se convertía en el segundo estado en reconocer el derecho al matrimonio de todas las parejas.

El tercer Estado que legalizaría el matrimonio entre personas del mismo sexo también lo haría por decisión judicial, y sería a través de la Corte Suprema del Estado de Iowa, quien de manera unánime en el caso *Varnun v. Brien* resolvería el 3 de abril del 2009 que las limitaciones matrimoniales violaban el principio de protección igualitaria de la Constitución:

“Estamos firmemente convencidos que la exclusión de personas gays y lesbianas de la institución del matrimonio civil no persigue ningún objetivo gubernamental importante. La legislatura ha excluido a una clase desfavorecida de personas de una importante institución civil sin dar una

¹²³ El texto completo puede leerse en

<http://www.jud.ct.gov/external/supapp/Cases/ARocr/CR289/289CR152.pdf> (último acceso: 03/03/15)

¹²⁴ Así, por ejemplo, el partido demócrata comenzó a apoyar las demandas de este colectivo y oponerse a la ley de defensa del matrimonio (véase “2008 Democratic Party Platform”. *The American Presidency Project*. University of California Santa Barbara 27, 2012.

<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=78283>)

justificación constitucional suficiente. No hay hechos materiales, genuinamente en disputa, que puedan afectar esta determinación" (Caso *Varnun*)¹²⁵

En ese mismo año, los Estados de Vermont y Nuevo Hampshire, junto al Distrito de Columbia, legalizaban el matrimonio para personas del mismo sexo a través de leyes estatales, y sin sentencias judiciales que los obligaran a hacerlo. La tendencia de la legalización vía legislativa se profundizaría cuando en el año 2011 el Estado de Nueva York, y en el 2012 los Estados de Washington, Maryland y Maine aprobaban sus leyes de matrimonio homosexual (y en el caso de estos últimos tres estados, serían avalados por consultas populares).

Para el año 2013 llegaría la próxima gran victoria judicial del colectivo LGBT en la CSEU: el 26 de junio el máximo tribunal estadounidense resolvía sobre el pedido de inconstitucionalidad de la ley federal de defensa del matrimonio (DOMA) en el caso *United States v. Windsor*.

3.6. ¿Defender el matrimonio (heterosexual)?: *United States v. Windsor* y cómo esta decisión afectó a las instituciones matrimoniales estadounidenses.

El caso *Windsor* constituiría una de los precedentes judiciales más importantes para las disputas judiciales llevadas a cabo por el movimiento de la diversidad sexual, el cual ha sido comparado con el caso *Lawrence* por su importancia (Archibald, 2013). Los antecedentes del caso se remontan a la pareja de mujeres constituida por Edith Windsor y Thea Spyer, quienes vivían en Nueva York, y contrajeron matrimonio en Canadá en 2007. Ante el fallecimiento de Spyer, Edith Windsor queda como la heredera de sus bienes, y solicita el beneficio de las exenciones impositivas vinculadas a las sucesiones previstas por leyes federales. Esta solicitud fue denegada sobre la base de la sección 3 de la ley DOMA (*Defense Of Marriage Act*, o Ley de

¹²⁵ El texto completo puede leerse en [http://www.iowacourts.gov/wfData/files/Varnum/07-1499\(1\).pdf](http://www.iowacourts.gov/wfData/files/Varnum/07-1499(1).pdf) (último acceso: 03/03/15)

Defensa del Matrimonio), que establecía que el término "cónyuge" sólo sería aplicable a un matrimonio entre un hombre y una mujer. Con esta base, el 9 de noviembre de 2010, Windsor presentó una demanda contra el gobierno federal ante la Corte del Distrito Sur de Nueva York Distrito, argumentando que la DOMA discriminaba a las parejas del mismo sexo casadas legalmente la implementación de un "trato diferente a otras parejas en situaciones similares, sin justificación"¹²⁶.

El 6 de junio de 2012, el juez de primera instancia dictaminó que la Sección 3 de la DOMA era inconstitucional ya que violentaba el principio de igualdad, ordenando al Gobierno Federal a disponer la devolución de impuestos. Esta decisión fue confirmada por la Cámara Federal de Apelaciones del Segundo Circuito el 18 de octubre de 2012 (Archibald, 2013).

Un año después del primer fallo, la CSEU emitió una resolución con una mayoría de 5 a 4 declarando inconstitucional la sección 3 de la DOMA por considerar que constituía un caso de discriminación que violentaba la Quinta Enmienda de la Constitución Federal. El juez Anthony Kennedy, autor del voto mayoritario, sostuvo que la Constitución impedía al gobierno federal de tratar de forma diferente a los matrimonios celebrados en diversos estados del país, reconociendo válidos sólo los matrimonios heterosexuales, y que dicha diferenciación "degradaba ciertas parejas, cuyas elecciones morales y sexuales estaban constitucionalmente protegidas"¹²⁷. La opinión mayoritaria entendía que la DOMA violentaba los principios de la autonomía de la voluntad, protección igualitaria y libertad.

"El principal efecto de la DOMA es identificar a un subconjunto de matrimonios reconocidos por ciertos estados y hacerlos desiguales. El principal propósito es imponerles inequidad, sin ninguna razón como sería la eficiencia

¹²⁶ La constitucionalidad de la norma fue defendida por Paul Clement, en representación de la Cámara de Representantes, ya que el Fiscal General de los Estados Unidos de América, Eric Holder, declaró que el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América no apoyaría una acción en contra de la norma.

¹²⁷El texto completo del fallo puede consultarse en http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307_6j37.pdf (último acceso 3/3/2015)

gubernamental. Las responsabilidades, como los derechos, enaltecen la dignidad y la integridad de las personas. Y la DOMA se las ingenia para privar a algunas parejas casadas [...] de derechos y responsabilidades. Al crear dos regímenes contradictorios de matrimonio dentro del mismo Estado, la DOMA obliga a las parejas del mismo sexo a vivir como si estuvieran casadas para los propósitos estatales pero solteras para la ley federal, disminuyendo la estabilidad y predictibilidad de relaciones personales básicas que el Estado debería proteger [...]. Esto coloca a las parejas del mismo sexo en una posición inestable al ser consideradas ser portadoras de matrimonios de segunda categoría [...] Y humilla a decenas de mil de niños que hoy están siendo criados por parejas del mismo sexo" (*United States v. Windsor*, p 22).

La decisión de *United States v. Windsor* fue recibida con mucho entusiasmo por las agrupaciones de la diversidad sexual y considerada una de las mayores y más importantes victorias obtenidas (Archibald, 2013). Incluso el presidente de los Estados Unidos, Barack Obama consideró que la sentencia era una "Victoria para la democracia estadounidense"¹²⁸. Como resultado de este caso, las parejas del mismo sexo legalmente casadas comenzaron a gozar de los mismos beneficios impositivos, militares, de inmigración y empleos que gozaban las parejas heterosexuales. La euforia de las agrupaciones del movimiento LGBT que utilizaban el litigio como herramienta de cambio social se vería avivada por otras victorias judiciales ese mismo año: en los Estados de California¹²⁹, Nueva Jersey¹³⁰ y Nuevo México¹³¹ diversos fallos reconocían el matrimonio entre personas del mismo sexo, mientras que las legislaturas de Rhode Island, Delaware, Minnesota, Hawái e Illinois dictaban leyes legalizando estos matrimonios en sus respectivos territorios.

¹²⁸ Véase "Doma Ruling" en <http://abcnews.go.com/blogs/politics/2013/06/doma-ruling-victory-for-american-democracy-obama-says/> (último acceso 04/03/15)

¹²⁹ Caso *Perry v. Schwarzenegger*

¹³⁰ Caso *Garden State Equality v. Dow*

¹³¹ Caso *Griego v. Oliver*

La ola de legalización y ampliación del matrimonio se profundizaría enormemente en el año 2014: En mayo, con el caso *Geiger v. Kitzhaber* la justicia ordenaba que se celebraran matrimonios entre personas del mismo sexo en el estado de Oregon, y con un día de diferencia, en el caso *Whitewood v. Wolf* lo mismo sucedía para el estado de Pensilvania. El 6 de octubre la CSEU se negó a conceder recursos y revisar los casos de los estados de Virginia, Indiana, Wisconsin, Oklahoma y Utah, lo que implicó la legalización del matrimonio homosexual en esos Estados. A estos veintitrés estados, se le sumarían trece estados para fines del año, por lo que el 70% de la población estadounidense vivía ya en estados donde las parejas homosexuales pueden casarse.

La legalización en Alabama del matrimonio para parejas del mismo sexo (convirtiéndose en el trigésimo séptimo Estado en hacerlo)¹³² y la decisión de la CSEU de resolver casos sobre esta cuestión¹³³ llenaron de optimismo a los principales actores del movimiento de la diversidad sexual que han utilizado en litigio desde principios de los 90 con el caso de Hawái para obtener este reconocimiento.

Las disputas por los significados del matrimonio han sido complejas y altamente conflictivas. Sin embargo, los casos *Baehr*, *Goodridge* y *Windsor* permitieron a lo largo de veinte años ir moldeando nuevos significados de matrimonio, familia, paternidad y uniones civiles. Como se pudo observar en este apartado, con el caso *Windsor* se produjo una enorme ola de "legalización" en todo el país del matrimonio entre parejas del mismo sexo en Estados Unidos, y comenzaron a crecer las expectativas para que la CSEU se expidiese sobre la constitucionalidad de estos matrimonios.

¹³² La legalización en este Estado, sin embargo, es compleja, ya que con fecha 03/03/15 la Corte Suprema del Estado ordenó que las autoridades se abstengan de emitir permisos matrimoniales contrariando las decisiones del fuero federal. Véase "*Alabama Court Orders a Halt to Same-Sex Marriage Licenses*" disponible en http://www.nytimes.com/2015/03/04/us/alabama-court-orders-halt-to-same-sex-marriage-licenses.html?_r=1

¹³³ Véase "*Supreme Court to Decide Marriage Rights for Gay Couples Nationwide*" disponible en <http://www.nytimes.com/2015/01/17/us/supreme-court-to-decide-whether-gays-nationwide-can-marry.html> (último acceso 03/03/15)

3.7. *Obergefell* es resuelto por la Corte Suprema: Matrimonio para todos

En este contexto, a principios del año 2015 la CSEU decidió finalmente abocarse a uno de estos casos y resolver la problemática en cuestión¹³⁴, saliendo de su rol tradicionalmente indiferente a cuestiones complejas, con el fin de poner fin a la falta de homogeneidad regulativa en materia matrimonial en el país (Kloppenberg, 2001). Al igual que en *Brown* (60 años antes) y *Lawrence*, la campaña de litigio finalizaría con la decisión del máximo tribunal judicial federal de los Estados Unidos.

El caso *Obergefell* se debe remontar al 11 julio del año 2013, cuando James Obergefell y John Arthur, una pareja del mismo sexo, deciden casarse en el estado de Maryland. Debido a que su estado de residencia, Ohio, por entonces no reconocería su matrimonio, el 19 de julio demandaron al Estado, alegando que su regulación discriminaba a las parejas del mismo sexo que habían contraído matrimonio civil en otro estado de la federación. Debido a que un miembro de la pareja, John Arthur sufría de esclerosis lateral amiotrófica, una enfermedad terminal, ellos querían asentar dicho matrimonio en los registros estatales por cuestiones sucesorias. El 22 de julio de ese año el juez del distrito ordenó de manera cautelar la inscripción registral de dicha acta, considerando que cualquier matrimonio que haya sido válidamente reconocido en otro estado debía ser considerado válido en Ohio. El 22 de octubre John Arthur falleció, aunque el juez se negó a declarar abstracta la cuestión y el 23 de diciembre resolvió que la negativa estatal de reconocer estos matrimonios era discriminatoria, debiendo reconocer todos los matrimonios realizados en otros Estados.

La decisión fue apelada ante la Cámara Federal de Apelaciones del Sexto Circuito, quien por mayoría determinó que la prohibición del matrimonio entre parejas del mismo sexo no violaba la Constitución de los Estados Unidos, y recurriendo seguidamente a la Corte Suprema de los Estados Unidos para resolver esta disputa.

¹³⁴ Véase "*Supreme Court to Decide Marriage Rights for Gay Couples Nationwide*" disponible en <http://www.nytimes.com/2015/01/17/us/supreme-court-to-decide-whether-gays-nationwide-can-marry.html> (último acceso 03/03/15)

El 26 de junio del año 2015, la Corte Suprema de los Estados Unidos dispuso por 5 votos contra 4 que la prohibición estatal de celebrar este tipo de matrimonios o de reconocer los celebrados en otros estados violaban tanto las cláusulas del debido proceso como de protección igualitaria de la decimocuarta enmienda: Citando el precedente *Griswold v. Connecticut*, la Corte afirmó que los derechos fundamentales de la 14ta enmienda se extienden a “ciertas elecciones personales centrales para la autonomía y la dignidad humana, incluyendo elecciones íntimas que definen las creencias e identidad personales” entre las que se debían incluir el derecho al matrimonio.¹³⁵

La Corte enumeró cuatro razones explicitando porqué existía el derecho fundamental de contraer matrimonio por parte de estas parejas. La primera se vincula con la autonomía individual de los ciudadanos y su derecho a tomar decisiones personales, la segunda considera que el derecho a casarse es fundamental porque se basa en la unión de dos personas que asumen importantes compromisos con relación al otro, derecho que no puede limitarse solo a las parejas heterosexuales. La tercera razón se relaciona con la necesidad de proteger los hijos y las familias que de hecho han forjado estas parejas, teniendo en cuenta que el matrimonio nunca estuvo condicionado a la procreación exclusivamente. Por último, la Corte consideró que el matrimonio es la base fundamental del orden social, y no tiene sentido diferenciar entre parejas del mismo o distinto sexo. Con estos argumentos declaró inconstitucional todas las normas que de algún modo restrinjan estas uniones, y obligó a todos los estados a reconocer los matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo en el país.

Ante el argumento estatal de que la decisión debía ser resuelta por medio de mecanismos democráticos y no judiciales, la Corte respondió que “cualquier persona pueda invocar la protección de un derecho constitucional cuando este ha sido violado, incluso si la mayoría de la población no está de acuerdo y si las legislaturas se niegan

¹³⁵ El fallo completo puede consultarse en http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf

a actuar” ya que “los derechos fundamentales no deben ser sometidos a ninguna votación” (p. 24). Asimismo recordó que este tipo de parejas no significaban ningún tipo de peligro para ellas mismas ni para terceros.

Por último, la CSEU consideró que

“Ninguna unión es más profunda que la del matrimonio, por encarnar los más altos ideales de amor, fidelidad, devoción, sacrificio y familia. Al formar una unión marital, dos personas se convierten en algo más grande de lo que ellas eran. Tal como algunos demandantes en estos casos demuestran, el matrimonio materializa un amor que puede perdurar incluso después de la muerte [...]. Ellos esperan no ser condenados a vivir en soledad, excluidos de una de las instituciones más viejas de la civilización. Ellos exigen igual dignidad ante los ojos de la ley. La Constitución les otorga ese derecho” (p. 28)

Con la decisión de *Obergefell* se puso fin a una de las mayores campañas de litigio estratégico llevadas a cabo por el movimiento de la diversidad sexual en los Estados Unidos, campaña que puede remontarse a los años 70, con la primera demanda de reconocimiento al matrimonio, y que se caracterizó por tener un recorrido zigzagueante, de avances y retrocesos constantes, que debió enfrentar fuertes resistencias por parte de sectores conservadores y en el seno del mismo movimiento, pero que contaba con un importante apoyo por parte de la opinión pública para el 2015¹³⁶ y respaldo político y judicial. Más de cuarenta años de judicialización habían finalizado.

¹³⁶ Distintas encuestas estimaban que la decisión de la CSEU contaba con el apoyo de cerca del 60% de la población estadounidense. Véase “Support for Gay Marriage Hits All-Time High — WSJ/NBC News Poll”. Versión online disponible en <http://blogs.wsj.com/washwire/2015/03/09/support-for-gay-marriage-hits-all-time-high-wsj-nbc-news-poll/> [último acceso 10/12/15].

4. Conclusión

Como se ha visto a lo largo de este capítulo, diversas organizaciones se crearon con el fin de representar los intereses de las minorías sexuales en las cortes estadounidenses. Estas organizaciones adoptaron un tipo de litigio inspirado en el caso *Brown*, y llevaron a cabo importantes campañas judiciales donde fueron reconocidos diversos derechos a los miembros de la comunidad LGBT. Si bien en este capítulo se analizaron las campañas vinculadas a la derogación de leyes de sodomía y al reconocimiento del matrimonio para parejas del mismo sexo, otras importantes campañas fueron llevadas a cabo, entre las que se destaca la librada en contra de diversas iniciativas y referéndums llevados a cabo para limitar los derechos de las personas LGBT (de hecho, tal como lo relata Bárbara Gamble, cerca del 60% de las iniciativas y referéndums populares que se dieron en el Estados Unidos entre 1959 y 1993 se enfocaban en la limitación de derechos civiles de la comunidad LGBT), y que fueron relativamente exitosas¹³⁷ (Gamble, 1997).

Cuando estas organizaciones fueron creadas, los homosexuales formaban parte de uno de los grupos más asediados, desfavorecidos y vulnerables del país, y sólo en uno de los cincuenta estados norteamericanos sus prácticas sexuales no eran penalmente castigadas (D'Emilio, 1983). Las regulaciones estatales eran el reflejo del rechazo generalizado que existía por parte de la mayoría de la población estadounidense hacia este colectivo (Lee Badgett, 2010). Más de cuarenta años desde la fundación de estas primeras organizaciones significaron no sólo un cambio generalizado en las actitudes del público estadounidense hacia las problemáticas LGBT¹³⁸, sino, fundamentalmente, una nueva manera de entender, discutir e

¹³⁷ De todos esos, el caso *Romer v. Evans* fue el más exitoso, ya que la CSEU consideró que la enmienda constitucional del Estado de Colorado aprobada en 1992, que impedía que se de algún tipo de trato preferencial a miembros de la comunidad LGBT violaba principios constitucionales de protección igualitaria.

¹³⁸ Así, por ejemplo, en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo, la opinión pública en los Estados Unidos muestra un apoyo mayoritario para el reconocimiento del matrimonio, el cual se mantiene por encima del 50% desde el año 2010 (Véase "Same Sex Marriage Support solidifies above

interpretar el derecho en materia de diferencias y desigualdades de grupos considerados oprimidos. Sin el trabajo ni la implementación de programas de litigio cuidadosamente planeados y ejecutados por estas organizaciones, difícilmente se hubiesen alcanzado los diversos logros obtenidos en materia de legislación civil para gays, lesbianas, bisexuales y trans.

Sin embargo, tal como señala Andersen (2004: p 238)

“Ganar en la corte no se traduce simplemente en reformas en el mundo real [...]. Cómo y cuándo las decisiones progresistas de los tribunales son trasladadas a políticas públicas dependen fuertemente tanto del contexto legal y político en las cuales ellas acontecen, como de las habilidades y esfuerzos de los actores en luchar para conseguir que esas decisiones terminen siendo conducentes a sus preferencias políticas”

En este sentido, gran parte de las victorias judiciales por parte del movimiento de la diversidad sexual fueron consideradas por algunos analistas como enormes y catastróficos fracasos para la comunidad LGBT, ya que implicaron una rápida reacción y contraofensiva por parte de sectores más conservadores y religiosos del país. La idea era que los cambios jurisprudenciales no siempre generan cambios sociales, y este sería un claro ejemplo de ello (Rosemberg, 2008). Sin embargo, con el paso del tiempo, se fueron instalando y reinterpretando en el lenguaje jurídico principios tales como autonomía, libertad sexual, diferencia entre estado y religión, no discriminación, entre otros, que redundaron en una aplicación más inclusiva del derecho, y las declaraciones de inconstitucionalidad de leyes civiles o de consultas populares empezaron a ser declaradas a lo largo de todo el país.

De esta manera, las campañas estadounidenses para el reconocimiento y avance de las personas LGBT pueden ser leídas como campañas tan exitosas como

aquellas llevadas a cabo por la NAACP varias décadas antes en materia de derechos civiles para la comunidad afroamericana. Desde las primeras acciones judiciales llevadas a cabo a principio de los años setenta hasta el reconocimiento de la Corte Suprema del matrimonio entre parejas del mismo sexo, han sido las decisiones judiciales las que permitieron el reconocimiento y gradual avance de derechos a miembros de la diversidad sexual. Esto sin duda fortaleció en los abogados y activistas de estos grupos lo que Stuart Scheingold (1974) define como “el mito de los derechos”, es decir, esta suposición generalizada de que el litigio puede implicar declaraciones de derechos de los tribunales que provocarán cambios significativos. Abogados y activistas que luchaban por el reconocimiento de derechos a homosexuales tenían una fe profunda en las instituciones jurídicas, y en consecuencia nunca abandonaron la arena judicial como espacio de disputas políticas para establecer sus demandas. Esta ha sido una marca importante en el movimiento de la diversidad sexual estadounidense.

Por otro lado, también se puede mencionar que la historia de la judicialización a favor del reconocimiento de derechos a miembros de la diversidad sexual está íntimamente ligada a las actitudes y percepciones de la población hacia estos grupos, y que las respuestas de la justicia están fuertemente impregnadas por el contexto social en donde está inserta. Así, por ejemplo, el rechazo de la Corte Suprema a las primeras demandas de grupos homosexuales se daba en contextos en los cuales la opinión pública no era muy receptiva a estas demandas. Por otra parte, un contexto político y social favorable generó un conjunto de jurisprudencia que sustentaba legalmente las demandas de este colectivo, mostrando cómo la opinión pública ha tenido una importante influencia en las decisiones de la CSEU (Friedman, 2009), a pesar de que la misma Corte consideraba en *Obergefell* que cualquier persona podía exigir la protección de sus derechos violados “incluso si la mayoría de la población no está de acuerdo” ya que “los derechos fundamentales no deben ser sometidos a ninguna votación” (p. 24).

Finalmente, es importante destacar que con *Lawrence* y *Obergefell* y la legalización del matrimonio homosexual se puso fin a varios siglos de regulación sobre la sexualidad de los estadounidenses, dándose la separación definitiva entre sexo/sexualidad y reproducción. Este proceso, que comenzó a finales del siglo XIX (Hull & Hoffer, 2010) se mantuvo vigente hasta que la Corte Suprema determinó tanto la inconstitucionalidad de las leyes de sodomía como del matrimonio heterosexual. Con estos reconocimientos, ya el matrimonio deja de tener una finalidad eminentemente reproductiva, al igual que las actividades sexuales consentidas entre adultos, reconocimiento que comenzó con el caso *Griswold* en 1965, y que de algún modo permite entender la enorme reacción conservadora/provida que estos reconocimientos generaron.

El modelo *Brown* probó ser exitoso en la lucha por el derecho de las minorías sexuales estadounidenses, e inspiraría campañas en todo el mundo, incluyendo las latinoamericanas. En Argentina, el movimiento LGBT también decidió judicializar sus demandas, y lo hizo con relativo éxito. Sobre cómo fue posible que esto sucediera, y de qué manera se darían las campañas de litigio en Argentina lo trabajaremos en los próximos capítulos.

Capítulo 4

Transformaciones del derecho: cómo fue posible que el campo jurídico argentino se tornara en un espacio receptivo de demandas enmarcadas dentro de campañas de litigio estratégico

Según Owen Fiss (2006: p. xi) todas las transformaciones sociales producidas como consecuencia del uso del poder judicial deben retrotraerse a mayo de 1954 cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos anunció su decisión en el caso *Brown v. Board of Education*, ya que dicha decisión “trajo una nueva manera de entender los propósitos del derecho”. Conforme este autor, la experiencia de *Brown* creó un modelo de litigio que se extendió a lo largo y ancho de los Estados Unidos en la década de 1970, y durante los 25 años posteriores “cambios ocurrieron en el mundo creando nuevas posibilidades, y algo extraordinario sucedió: *Brown* se globalizó (“*Brown went global*”). Países en todo el mundo comenzaron a ver en *Brown* una inspiración” (Fiss, 2003: p. xiii). Para este autor, entonces, el emblemático caso contra la segregación racial inauguró una nueva época en materia de ideas y de cómo enfrentar desafíos jurídicos. En un plano más vinculado a las prácticas profesionales, Mark Tushnet consideró que este caso resuelto por la CSEU vendría a ejemplificar globalmente “la posibilidad que abogados puedan estructurar y ejecutar una estrategia de litigio diseñada para producir cambios sustanciales en el derecho” (2004: p. 1693).

La “globalización” del caso *Brown* incluso llegaría a Argentina (Oyhanarte, 2015), haciendo de éste país un lugar propicio para la práctica del derecho de interés público (Smulovitz, 2008) y para el diseño e implementación de las primeras campañas de litigio estratégico en diversos foros locales. De hecho, en el ámbito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (en adelante CSJN) el impacto de *Brown* comenzó a sentirse con fuerza a partir del año 2004 (aunque en un plano más

vinculado a las prácticas judiciales). En tal sentido, fue el 26 de octubre de ese año cuando la CSJN resolvía el caso "Bustos"¹³⁹ (vinculado a la pesificación de los ahorros durante el llamado "corralito financiero") y por primera vez uno de los ministros se remitía al caso *Brown* para fundamentar su decisión basada en el interés público¹⁴⁰.

El segundo hito jurisprudencial donde el modelo de *Brown* se evidenciaría vendría en febrero del 2009, cuando la CSJN resolvía el caso "Halabi"¹⁴¹. Con Halabi, el máximo tribunal argentino regulaba pretorianamente el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional, que se refería al amparo colectivo. Y en su labor, lo hacía inspirado en el sistema jurídico estadounidense, estableciendo que

"ante la imperiosa necesidad de dar una respuesta jurisdiccional que esté a la altura de la evolución de las instituciones y a las exigencias actuales de la sociedad, no puede pasar desapercibida a los magistrados la experiencia recogida en otros sistemas jurídicos. Al respecto, en lo que aquí interesa,

¹³⁹ El caso "Bustos, Alberto Roque y otros c/ Estado Nacional y otros s/amparo" se refiere a un caso donde Alberto R. Bustos y otros promovieron amparo contra el Estado Nacional, el Banco Central de la República Argentina, el Banco de Entre Ríos y el BBVA Banco Francés S.A. en razón de las normas de emergencia dictadas por el Gobierno Federal entre 2001 y 2002 por las que se concretaron restricciones al retiro de depósitos a plazo fijo y cuentas a la vista, así como la conversión en pesos de los depósitos en dólares. La CSJN falló a favor del Estado y los bancos, consagrando la constitucionalidad de las medidas de emergencias.

¹⁴⁰ El Ministro de la Corte, Carlos Fayt, indicaba en su considerando número 29 de este fallo que "Que ya más cercana a nuestra tradición, la Suprema Corte de los Estados Unidos al decidir "Brown v. Board of Education" (349 U.S. 294) tras declarar que la discriminación racial en la educación pública era inconstitucional, señaló que la implementación plena de estos principios constitucionales puede requerir la solución de variados problemas escolares locales (...). A ese fin, los tribunales pueden considerar problemas relacionados con la administración, que surjan de la condición física de los edificios escolares, del sistema de transporte escolar, del personal, o de la revisión de distritos escolares y áreas de asistencia en unidades compactas, para lograr un sistema de admisión a las escuelas públicas sobre bases no raciales, y la revisión de leyes y regulaciones locales que pueda ser necesaria para solucionar los problemas precedentes."

¹⁴¹ En el caso "Halabi, Ernesto c/ PEN Ley 25.873 y Decreto 1563/04 s/ amparo" los jueces de la Corte Suprema fallaron a favor de la protección de la privacidad, en tanto que declararon inconstitucional la ley 25873, y su decreto reglamentario 1563/04. De la misma manera el fallo creó la "acción colectiva", ya que consideraban que el tema planteado excedía el interés de las partes. El pedido de inconstitucionalidad se debió a que las normas vulneraban los derechos establecidos en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, en la medida que autorizan la interrupción de las comunicaciones telefónicas y por Internet, sin determinar en qué casos y con qué justificativos. Las normas mencionadas más arriba, afectan una de las facetas de la libertad individual que constituye el derecho a la intimidad (protegidos por los arts. 18 y 19 primera parte de la Constitución).

resulta ilustrativo traer a colación que en los Estados Unidos de Norteamérica, a partir de las directivas del *Bill of peace* del siglo XVII, mediante la labor jurisprudencial, se ha delineado la institución de las *class actions* cuya definición conceptual quedó plasmada en las *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938 y que ha experimentado una evolución posterior mediante numerosas decisiones judiciales hasta obtener contornos más precisos en las *Federal Rules* de 1966”.

Con este fallo la CSJN ratificaba y daba marcos interpretativos de cómo el Defensor del Pueblo, individuos y organizaciones debían solicitar judicialmente el reconocimiento o la protección de derechos de incidencia colectiva, con la finalidad de democratizar el acceso a la justicia, ya que reconocían que muchos de estos casos, de ser individuales, carecerían de incentivos para ser reclamados por la población. Además, como se verá más adelante, la CSJN dejó en claro que estas acciones serían procedentes en materia ambiental, de consumidores y usuario, sobre derecho a la salud y sobre daños a grupos tradicionalmente vulnerables (Timpanaro, 2012). Pero también es importante remarcar que el fallo cita expresamente las *Federal Rules* estadounidenses de 1966, reglas de procedimientos que han sido utilizadas para el avance de los derechos civiles en los Estados Unidos (Ford, 1969). En este sentido podemos afirmar que con “Halabi”, la CSJN habilitó expresamente la posibilidad de que grupos y organizaciones puedan diseñar campañas de litigio y demandar judicialmente el reconocimiento, protección, exigibilidad o implementación de derechos, inspiradas en las ideas estadounidenses que se discutieron en torno al caso *Brown*.

Pero junto con estas sentencias, la última composición de la Corte comenzó a presentarse a sí misma como una actora política clave en la promoción y defensa de los derechos y garantías constitucionales, lo que le valió el rótulo de ser una “corte activista” (Oyhanarte, 2015). De hecho, esta postura quedó muy clara durante la

apertura del año judicial del año 2011, cuando su Presidente, Ricardo Lorenzetti expresó que

“En el futuro no muy lejano esperamos ver un Poder Judicial que ejerza y cumpla su rol de colaborar en las grandes transformaciones que necesita nuestro país. Y esto lo digo porque históricamente los poderes judiciales han sido concebidos para conservar el orden existente. Pero en los últimos años se ha trabajado mucho en la doctrina jurídica, en la filosofía del derecho y todas las áreas que nosotros habitualmente frecuentamos, en el sentido de que el Poder Judicial también es un actor institucional que participa para transformar la sociedad, y no sólo para conservarla. Y en esta transformación de la sociedad tenemos un rol importantísimo que cumplir (...). En este sentido es que el Poder Judicial tiene que actuar como un agente de transformación institucional, junto con los demás poderes, mediante decisiones judiciales y también institucionales (...). Este es entonces el rol que nosotros pensamos para el Poder Judicial. Un rol activo, participativo en la agenda pública de las grandes cuestiones ciudadanas, que se oriente en la transformación, que permita participar en las grandes decisiones del Estado, porque así es como funciona un Estado de Derecho”¹⁴².

Con este discurso la CSJN quería dejar en claro el importante rol político que debe cumplir, un rol claramente activo que “busca ganar legitimidad ante la opinión pública y ocupar un lugar relevante en la dinámica política” (Oyhanarte, 2015: p 18). Pero además de ello, con este discurso pretendía continuar impulsando la judicialización de causas vinculadas al reconocimiento de derechos y a la protección de grupos desventajados, dejando en claro que el actual campo judicial pretende ser un espacio receptivo a las demandas de grupos y organizaciones. Las condiciones para el diseño

¹⁴² Ver Discurso de Ricardo Lorenzetti en “Apertura del año judicial 2011 Primera Parte”. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=1D6P9ApajUc> (acceso 05/05/15).

e implementación de campañas de litigio estratégico en el país se muestran claramente favorables, algo que supo capitalizar el movimiento de la diversidad sexual.

Lo que resta preguntarnos es: ¿cómo fue posible que el campo jurídico argentino se transformara en un espacio receptivo a demandas de grupos desventajados y que permitiera el diseño de campañas de litigio estratégico inspiradas en un caso extranjero sobre segregación racial que se dio casi medio siglo antes? Sobre estas transformaciones nos detendremos en este capítulo.

1. Nuevos abogados: mutaciones en el campo profesional y el surgimiento del “abogado de interés público” en Argentina

Al igual que en Estados Unidos a comienzos del siglo XX, importantes transformaciones se dieron en el campo jurídico argentino a partir de la restauración de la democracia en 1983 (Böhmer, 2005), transformaciones que generaron la estructura de sostén necesaria (Epp, 2013) para la judicialización de causas colectivas y de defensa por los derechos civiles de grupos menos favorecidos (Smulovitz, 2010).

Desde la perspectiva de Epp (2013), ciertas mutaciones jurídicas (o como él prefiere llamar, la “revolución de los derechos”) dependen fuertemente de una estructura de sostén, estructura compuesta fundamentalmente tanto por la existencia de abogados (y organizaciones) dispuestos a judicializar causas colectivas como también con la disposición de recursos económicos y financieros para solventar dicha judicialización. Según este autor, cuando existe una estructura de sostén apropiada para que la “revolución de los derechos” pueda acontecer, ciertos actores se empoderan ya que estructura los dota de recursos financieros, humanos, reputación y experiencia.

Como ya se dijo, desde la instauración de la democracia, se han dado importantes mutaciones en el país, y entre ellas se encuentra el surgimiento de profesionales del derecho dispuestos a romper con el esquema clásico, liberal y conservador,

denominados como “abogados alternativos” (Manzo, 2014) o abogados de interés público (Meili, 1998). Sin embargo, para autores como Catalina Smulovitz (2010: p. 244) entre la década de 1930 y 1950 cambios en la legislación laboral crearon una reserva de “profesionales legales dispuestos a encarar conflictos no tradicionales, aumentando la demanda en abogados especializados en disputas laborales, y poniendo al público en contacto con ellos”. Según esta autora, este tipo de profesional alternativo (una especie de abogado en derecho social) se transformó en un abogado de derechos civiles debido a la instauración intermitente de sistemas democráticos y dictatoriales en el país.

1.1. La emergencia de los abogados “contra el fascismo”

Al igual que lo sucedido en Estados Unidos (y tal como se desarrolló en el capítulo 1) la llegada del siglo XX trajo importantes modificaciones en las profesiones legales, y una masa de nuevos abogados se incorporaron al campo jurídico argentino, asumiendo a partir de los años 30 un rol “alternativo” al por entonces rol profesional dominante, creando y organizándose en torno a diversas agrupaciones con la finalidad de defender a trabajadores, disidentes políticos y luchar contra el fascismo.

Según relata Tulio Ortiz (2004), hasta 1874, en Buenos Aires los estudios en Derecho se realizaban en el Departamento de Jurisprudencia de la Universidad de Buenos Aires (fundado en 1821). Este Departamento otorgaba el diploma de “licenciado” o “doctor” en jurisprudencia. La habilitación profesional requería de un período extra de formación teórica y práctica que culminaba en un examen final, a cargo de la Academia Teórico-práctica de Jurisprudencia, dependiente de la Cámara de Apelaciones. En 1874 se crea la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (FDUBA), sustituyendo al Departamento de Jurisprudencia, y convirtiéndose en el principal centro de formación de abogados del país. En esa época también existía la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, que había comenzado a otorgar el título de abogado a partir de 1883. En 1906 los

estatutos de la FDUBA fueron reformados quedando el gobierno de la Facultad en manos del cuerpo de profesores. Esta reforma fue resultado de las demandas del por entonces incipiente movimiento estudiantil quien un año antes (1905) ya se había nucleado en un centro de estudiantes de derecho. Al mismo tiempo, se creaba la Universidad Nacional de la Plata. (Leiva, 2005).

La nueva conducción de la FDUBA introdujo importantes reformas a los planes de estudio de derecho, incorporándose las ciencias sociales. Así, comenzaron a ser parte de la currícula cursos en historia del derecho (1906); historia del derecho comparado (1906); sociología (1908) y derecho político (1910). Junto a estas reformas, se crearon nuevas especializaciones, el doctorado en derecho, y las carreras de notariado y diplomacia. De esta forma, la carrera de derecho comprendía seis años de estudio, más uno adicional para quienes optaran por obtener también el título en Doctor en Jurisprudencia (Vecchioli, 2006).

Junto con estas reformas en la FDUBA se produjo un aumento en el número de alumnos inscriptos en las diversas universidades argentinas, duplicándose el número entre el año 1900 y 1910 a casi 6000 estudiantes. Este aumento parece haber sido impulsado por las diversas reformas educativas llevadas a cabo por la elite política conocida como "generación del 80", sobre todo por la sanción de la ley 1420 de educación común, laica y gratuita de 1884 y por la reforma de los estatutos universitarios que determinaron la gratuidad de la universidad (Cutolo, 1951; Vecchioli, 2006).

Todas estas reformas se dieron durante un período de grandes cambios demográficos y políticos en Argentina: demográficamente estaba caracterizado por la llegada masiva de inmigrantes europeos al territorio nacional, lo que significó también la incorporación a la profesión jurídica de inmigrantes e hijos de inmigrantes de las extracciones más bajas y medias de la población (Leiva, 2005). Virginia Vecchioli (2006: p. 63) recoge la palabras de Julio V. González (hijo del fundador de la Universidad de la Plata) vinculadas a este nuevo fenómeno:

“(...) desde 1880 hasta 1905, la Universidad fue un reducto aristocrático (...), la población escolar estuvo formada en su totalidad por una gran burguesía (...), la clase media tenía una representación mínima. La universidad era más una aspiración, un trampolín para pegar el salto a la clase superior.”

En el ámbito político, por su parte, el 10 de febrero del año 1912, el Congreso sancionaba la ley 8.871, conocida como “Ley Sáenz Peña”, estableciendo el voto universal, secreto y obligatorio para los ciudadanos argentinos varones mayores de 18 años. Con la nueva legislación, la conducción del país podía dejar de estar en manos de las élites tradicionales (Imaz, 1964). Según Vecchioli la expansión del sufragio, de la matrícula universitaria y del surgimiento de nuevos criterios de reclutamiento dentro de la clase política (como el éxito profesional) comenzarían a ser percibidos como una seria amenaza a estas élites:

“De hecho, ante la expansión de un saber tradicionalmente monopolizado por un pequeño sector social, quienes ocupaban el centro del escenario profesional y universitario, es decir, los juristas y profesores de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, comenzaron a expresar su preocupación por una situación que calificaron como catastrófica: la existencia de “abogados sin causa”. Uno de esos profesores, A. Colmo, escribía en 1935: “la actual sobre saturación profesional evidencia la existencia indudable de un *proletariado forense que es todo un descrédito* para la profesión y redundante en su propio perjuicio (...). Tenemos más de 50 abogados por cada 100 mil habitantes, cuando en Italia llegan a 30, apenas alcanzan la docena en Inglaterra y sólo llegan a 18 en Austria y Alemania” (Vecchioli, 2006: p. 64)¹⁴³.

¹⁴³ Esta autora también recoge las manifestaciones vertidas por el propio rector de la UBA, Vicente Gallo, quien manifestaba que “el problema de aquello que se conoce como proletariado profesional es, sin dudas, una de las mayores cuestiones que deben preocuparnos, no solo a la sociedad, sino también al gobierno y a la nación. Todo el tiempo egresan de las aulas universitarias (...) un número de jóvenes superior a las posibilidades de trabajo profesional (...). A la Universidad sólo deben ingresar aquellos que tengan la cocación y la inteligencia suficientes” (Vecchioli, 2006: p. 64)

Las Facultades de derecho comenzaron a politizarse, y este activismo estudiantil se conformó no sólo como una primera forma de socialización en la política sino también como una instancia central en la conformación de una comunidad de pares que luego “se reconocerá como perteneciente a una nueva generación disconforme” (Vecchioli, 2006: p. 69). Esta nueva generación comenzará a cuestionar los principios del derecho liberal tradicional, individualista y centrado en la propiedad privada, e instará a la consolidación de un nuevo derecho volcado al interés común (Smulovitz, 2010). Con estos nuevos principios el Centro de Estudiantes de Derecho de la FDUBA creó en 1917 una oficina de asesoría jurídica gratuita que tenía por objetivo que estudiantes de derecho asuman un compromiso social consistente en brindar asesoramiento legal a personas pobres y carentes. Dos años después, las actividades se extenderían al dictado de clases de extensión para obreros (Vecchioli, 2006).

En 1918 esta tendencia quedaría cristalizada en la denominada Reforma Universitaria de Córdoba, reforma que luego se extendería a las demás universidades del país, y que tenía por objetivo desafiar el orden universitario existente y democratizar el acceso a la educación superior. Con la reforma universitaria, quedaron plasmados los ideales de esta generación disconforme, y en el área jurídica la obra “El Nuevo Derecho” del profesor Alfredo Palacios se erigiría como un referente teórico en materia de derechos laborales y sociales.

La euforia estudiantil reformista sólo duraría hasta la presidencia de Alvear, quien revirtió gran parte de los avances que se habían obtenido los años anteriores, y quedaría completamente neutralizada a partir de 1930, cuando se produjo el primer golpe de estado del país. Durante el gobierno *de facto* de José Félix Uriburu los estatutos universitarios fueron sustituidos, las universidades intervenidas y se expulsó a varios docentes de sus cátedras, incluyendo a Alfredo Palacios.

La élite local no sólo temía a la democratización de las instituciones educativas, sino también de todas las instituciones políticas, por lo que Uriburu para terminar su mandato llamó a elecciones pero dispuso proscribir la participación en ellas del

radicalismo. En este sentido, la reinstauración democrática fue falaz, restringida y controlada por las Fuerzas Armadas y dio origen a una serie de gobiernos conservadores fraudulentos y corruptos (Pigna, 2006). De esta manera se pretendía recomponer el equilibrio alterado, asegurando a la élite política la continuidad en la posesión de los espacios de poder existentes.

La década del treinta se presentaba entonces como una época políticamente conflictiva, y el campo jurídico con un número creciente de abogados "recién llegados" y "sin causa" al mundo del derecho, hijos de inmigrantes o de sectores de clases medias y populares, que no podían insertarse en los sectores políticos, profesionales tradicionales o carecían de vínculos para ingresar al poder judicial. En este caso "estos *outsiders* comenzaron a explorar otros espacios de inserción laboral" (Vecchioli, 2006: p. 75) vinculados al asesoramiento legal y la defensa de trabajadores, inmigrantes, disidentes políticos y organizaciones gremiales y sindicales. Los primeros "abogados alternativos" del país entraban en escena.

Estos profesionales del derecho, junto a otros políticos e intelectuales asumieron el compromiso de denunciar las diversas situaciones de abusos cometidos por parte del Estado contra trabajadores, disidentes políticos o sindicalistas y para ello constituyeron diferentes espacios y organizaciones, tales como la Liga Argentina por los Derechos del Hombre (LADH), el Comité Argentino contra el Racismo y el Antisemitismo¹⁴⁴; la Organización Popular contra el Antisemitismo, el Comité Pro Amnistía a los Presos y Exiliados Políticos de América¹⁴⁵, la filial argentina del Socorro Rojo Internacional¹⁴⁶, el Comité de Ayuda Antifascista¹⁴⁷ y la Asociación Jurídica

¹⁴⁴ Organización cuya constitución rezaba que estaría integrada por "hombres libres, de ideas filosóficas y políticas muy diversas, reunidos para afirmar el respeto que la colectividad judía tiene como integrante de nuestra nacionalidad y con el propósito de denunciar públicamente la infiltración nazi-fascista y evitar que el antisemitismo adquiriera la misma monstruosa significación que en los países totalitarios".

¹⁴⁵ Agrupación dedicada a denunciar aquellos procedimientos que sean violatorios de las leyes y los derechos del hombre, pudiendo ser integrado por "figuras destacadas de la vida política sin distinción de credo ni de color político".

¹⁴⁶ El Socorro Rojo Internacional (SRI) fue un servicio social internacional organizado por la Internacional Comunista en 1922. Creada para que funcionara como una Cruz Roja internacional e independiente de cualquier organización o confesión religiosa. El SRI condujo campañas de apoyo a

Argentina¹⁴⁸ (Smulovitz, 2010: p. 245). En general, todos los miembros coincidían en que era necesario actuar públicamente contra el fascismo que se estaba diseminando y consolidando en el país a partir de la llegada de Uriburu (Leiva, 2005). Ante la existencia de diversas organizaciones nucleadas bajo la misma consigna, en 1936 se llevaron a cabo el Congreso de Unificación de las Fuerzas de Ayuda y Defensa de los Perseguidos por la Reacción y el Congreso Antifascista Argentino, que culminarían con la creación de la Liga Argentina de Derechos del Hombre a fines de 1937. Conforme Reboursin (2008) la LADH es “reconocida unánimemente como la primera experiencia histórica en materia de agrupamiento de reconocidas personalidades y militantes en defensa de la legalidad constitucional y el declarado propósito de detener el avance de la reacción” en Argentina¹⁴⁹.

La LADH tuvo, desde su creación, un servicio de asesoría jurídica y se dedicó a intervenir judicialmente en diversos casos vinculados a la violación de derechos. Asimismo, en este primer tiempo, 82% de sus miembros eran profesionales del derecho, y dentro de este universo el 50% ejercía como abogado actuando sobre todo como asesores legales de sindicatos y presos políticos o sindicales. Un 40% de ellos eran profesores universitarios, y el 75% dirigía revistas o publicaciones periódicas jurídicas. La mayoría de ellos se habían formado durante la época de apertura universitaria que se dio a partir del 1900 y eran los denominados “proletarios profesionales”, principalmente egresados de la Universidad de Buenos Aires y La Plata, militaban activamente y se identificaban con las causas de los obreros y con el trabajo para el bienestar de la comunidad, siendo muchas veces detenidos y encarcelados, hechos que los empoderaban, convirtiéndolos en verdaderos guardianes de los derechos y libertades civiles de los menos favorecidos para importantes sectores de la sociedad (Vecchioli, 2006; Smulovitz, 2010).

los prisioneros comunistas y reunió apoyo material y humanitario en situaciones específicas. En Argentina tenía por objetivo “organizar la lucha contra reaccionarios y fascistas”.

¹⁴⁷ Esta organización, por su parte, se orientaba a trabajar en favor del derecho de asilo en América y contra la ley de residencia.

¹⁴⁸ Este grupo era definido como una asociación orientada a la realización de acciones contra el fascismo y contra la guerra.

¹⁴⁹ Es importante destacar que la LADH sigue aún activa.

Paralelamente, el derecho del trabajo se iba estableciendo como una nueva disciplina, impulsada por este grupo de abogados y académicos y ganando cada vez más adeptos en las universidades. También a partir del 1900 los trabajadores comenzaron a utilizar los tribunales locales en búsqueda de reparaciones civiles a los daños sufridos como consecuencia de las condiciones laborales a los que eran expuestos. "Durante los primeros cuarenta años del siglo XX, los jueces (...) ocuparon una posición central como profesionales en la resolución de las demandas sociales" (Schjolden, 2005: p. 273)

De esta manera, la década del treinta significó la aparición de abogados que asumieron roles profesionales diferenciados, que se aglutinaban en torno a la defensa de los derechos del hombre y a la lucha contra el fascismo, denunciando el carácter fraudulento y autoritarios del gobierno de esa época, y que pensaban y practicaban el derecho desde una perspectiva alternativa, orientada a la protección de sectores vulnerables. Para Vecchioli (2006: p. 108) la utilización del derecho funcionaba como una estrategia que reivindicaban los principios liberales y republicanos de gobierno, principios que "otorgan un lugar central al derecho y que estos dirigentes habían interiorizado a lo largo de su formación profesional y militante. Estos valores eran defendidos y legitimados en oposición al "espíritu militarista" que promovía la conquista del poder público a través de las fuerzas armadas y resultada en un hecho ilegítimo: la fuerza sustituye al derecho".

Luego del golpe de Estado de 1943, todas estas asociaciones comenzaron a desaparecer (con excepción de la LADH), y el discurso "contra el fascismo" se fue transformando en un discurso "por la solidaridad". La llegada de Juan Domingo Perón y el amplio reconocimiento al derecho de trabajadores y sindicatos convirtió a muchos de estos abogados en "profesionales con causa", quienes se encargaron de representar los intereses de trabajadores y sindicatos. Sin embargo, durante las presidencias de Perón también se llevaron a cabo importantes denuncias por

detenciones ilegales por parte de disidentes políticos¹⁵⁰ (Vecchioli, 2006; Smulovitz, 2010). Tras el derrocamiento de Perón, la institucionalidad democrática estuvo casi ausente durante las siguientes décadas. Y el perfil de los abogados alternativos se transformaría.

1.2. De abogados sindicales a defensores de presos políticos

Desde el derrocamiento de Perón en 1955 hasta su regreso en 1973, el país se vio inmerso en período fuertemente caracterizado por la alternancia entre breves gobiernos democráticos y constantes golpes de estado caracterizados por gobiernos autoritarios. En este contexto, y fundamentalmente a partir del cordobazo¹⁵¹ un conjunto de profesionales del derecho comenzaron a generar diversos espacios asociativos tendientes a asumir la defensa jurídica de los llamados presos políticos y sociales, y a denunciar públicamente la inconstitucionalidad de los procedimientos represivos de la dictadura.

En general, se trataba de jóvenes profesionales que no pertenecían a familias tradicionales o vinculadas al mundo del derecho, y cuyas edades rondaban entre los 25 y los 35 años. La mayoría eran argentinos ya de segunda generación, pertenecientes a clases medias emergentes durante la presidencia de Perón, y que habían optado por la carrera de derecho por la rápida inserción laboral que ésta ofrecía¹⁵². La mayoría de ellos comenzó militando en agrupaciones estudiantiles

¹⁵⁰ En esta época, fue la LADH quien tuvo un rol más prominente, y denunció una serie de detenciones ilegales que suponían la violación del derecho de defensa. Para 1949 su sede fue incendiada y luego cerrada. Volvió a abrir luego del golpe de Estado que terminó con la presidencia de Perón en 1955, aunque sólo por algunos meses. Cuando en 1958 Arturo Frondizi asumió la presidencia (quien había sido uno de los fundadores de la LADH) la organización fue reabierto hasta 1962.

¹⁵¹ El Cordobazo fue un importante movimiento de protesta ocurrido en Argentina el 29 de mayo de 1969, en la ciudad de Córdoba y que tuvo como consecuencia más inmediata la caída del gobierno de Juan Carlos Onganía.

¹⁵² Sin embargo también formaron parte de este colectivo abogados pertenecientes a familias política o económicamente importantes, tales como Hipólito Solari Yrigoyen (sobrino de Hipólito Yrigoyen); Gustavo Roca (hijo de Deodoro Roca); Silvio Frondizi (hermano de Arturo Frondizi) y Mario Landaburu (perteneciente a una familia que había participado activamente en los golpes de estado del país).

universitarias y trabajó asesorando sindicatos y trabajadores. Este tipo de trabajo los acercó a ciertos sectores sociales más vulnerables desarrollando una mayor sensibilidad por las problemáticas sociales (Vecchioli, 2006).

Entre los espacios asociativos que se crearon se pueden mencionar la Asociación Gremial de Abogados de Buenos Aires (que será la más importante), la Asociación Gremial de Abogados de Mar del Plata, la Agrupación de Abogados de Córdoba, el Movimiento Nacional contra la Represión y la Tortura, el Foro de Buenos Aires por la vigencia de los Derechos Humanos y la Organización de Solidaridad de los Presos Políticos, Estudiantiles y Gremiales (Smulovitz, 2010)

La Gremial de Abogados de Buenos Aires (en adelante "la Gremial") se constituyó ante la negativa de la Asociación de Abogados de Buenos Aires de repudiar públicamente las intervenciones militares a los abogados defensores de presos políticos, sobre todo a partir de la desaparición del abogado Néstor Martins. Ella nucleaba la mayoría de estos profesionales del derecho, que además en general pertenecían al cuerpo de abogados de la Confederación General del Trabajo de los Argentinos (CGTA) o formaban parte de los mismos círculos políticos y/o académicos.

Desde la Gremial, generaron una red de trabajo conjunto para garantizar la defensa judicial de todos los militantes políticos y sindicales que eran detenidos, incluyendo aquellos pertenecientes a organizaciones armadas. Esta red de trabajo estaba pensada para cubrir todo el territorio nacional, ya sea porque en el interior podrían no haber abogados dispuestos a asumir la representación de estos detenidos, o porque era común el juzgamiento de militantes del interior en la Capital Federal desde la instauración del Fuero Penal Antisubversivo¹⁵³. Las defensas eran gratuitas, estaba disponible las 24 horas de todos los días de la semana y en muchos casos los mismos abogados cubrían gastos de traslados con dinero de sus propios bolsillos (Vecchioli, 2006).

¹⁵³ Este fuero, creado durante la dictadura, tenía jurisdicción en todo el territorio nacional y era denominado por los abogados como la "Cámara Gestapo ya que estaba hecha a imagen y semejanza de las que establecieron los tribunales espaciales de 1933, característica distintiva de la administración alemana de justicia en el estado de emergencia civil" (Vecchioli, 2006: p. 125).

Por lo general, estos abogados “se percibían como combatientes de una causa, y estaban dispuestos a levantarse en armas: las armas del derecho”. En sus propias palabras, ellos se lanzaban por “la lucha por el derecho”, lo que significaba separar la defensa de presos políticos de la adhesión a una posición ideológica o partidaria, sustentando que lo que estaba verdaderamente en juego era el Estado de Derecho (Vecchioli, 2006: p. 201).

Sin embargo, su trabajo estaba lejos de ser sencillo. No sólo debían lidiar con trabas burocráticas o ser constantemente desacreditados en los fueros judiciales por defender “subversivos”, sino que eran públicamente injuriados. Un ejemplo de ello fue cuando el Ministerio de Justicia, al referirse a abogados detenidos por disposición del Poder Ejecutivo Nacional o asesinados, expresó en 1975 que “(...) los abogados que defienden presos políticos tienen una activa militancia política y es por causa de esa militancia que algunos de ellos fueron exterminados y otros están presos (...), muchos reciben verdaderas fortunas de las organizaciones guerrilleras”¹⁵⁴ (Citado por Vecchioli, 2006: p. 199). Además, muchos de ellos habían sufrido amenazas, arrestos, detenciones e incluso fueron asesinados. La sede de la Gremial sufrió varios ataques e incluso un bar de la zona de Tribunales (el Barrilito) que era un lugar común de encuentro de estos abogados fue destruido por una bomba de la triple A.

El triunfo del Peronismo en 1973 colocaría a gran parte de estos abogados en el centro de la escena política, comenzando todos ellos a ocupar lugares en las legislaturas provinciales o el Congreso Nacional, en funciones públicas, en las

¹⁵⁴ Otro ejemplo que trae Vecchioli (2006: p.200) se trata de unos panfletos difamatorios que se distribuyeron en la zona de Tribunales de Buenos Aires luego del asesinato del Ministro de Justicia, los que expresaban: “Los abogados del caos y la delincuencia: son pocos pero existen. Son siempre los mismos. Sus nombres siempre aparecen en la prensa. Son los defensores permanentes de la delincuencia organizada. Cuando un extremista mata a un modesto servidor de la ley, cuando un delincuente cae en manos de la justicia, cuando un terrorista es detenido y sometido a juicio, ellos aparecen para asumir la defensa. Sus oficinas se han convertido en escenario para conferencias de prensa, agitan a la acción política y tratan de elevar su voz de protesta lo más alto posible: ellos calumnian, perjuran, acusan.

La delincuencia y el extremismo les pagan generosamente y mantienen sus oficinas. Por esta causa, personas inocentes son asesinadas y millones de pesos son robados todos los días. Ellos son los abogados del caos y la delincuencia, que se callan cuando ellos mismos violan la ley, cuando un sirviente de la ley, el protector de la sociedad a la cual todos pertenecemos, es asesinado” Firmado: M.R.N. Movimiento de Recuperación Nacional”

Universidades Nacionales o incluso en el Poder Judicial. Sin embargo, este período duró apenas un año, y con la restauración del Estado de sitio y el posterior golpe de Estado de 1976, estos profesionales comenzaron nuevamente a ser blancos de la represión estatal, siendo detenidos, desaparecidos o debiéndose exiliar (Smulovitz, 2010). Para entonces, la Gremial había dejado de funcionar, y “los propios abogados defensores se habían tornado víctimas de las represión del terrorismo de Estado” (Vecchioli, 2006: p. 210).

1.3. La última dictadura militar y los abogados por los derechos humanos

El último golpe de estado de 1976 trajo consigo importantes cambios políticos, y la persecución, tortura y desaparición forzada de cualquier disidente al régimen se volvió moneda corriente¹⁵⁵. Como consecuencia de ello, la mayoría de estos abogados defensores de presos políticos que lograron sobrevivir decidieron emigrar en carácter de exiliados políticos a México, Estados Unidos y fundamentalmente Francia¹⁵⁶ (Franco, 2004).

En el exilio estos abogados y víctimas directas del terrorismo de estado se involucraron en distintas actividades y crearon diversos espacios para continuar con su lucha anti-dictadura desde donde se encontraban. En Francia fundaron el *Groupe d'Avocats Argentins Exiles en France* (GAAEF) y la *Commission Argentine des Droits de l'Homme*. Desde estos espacios, comenzaron a denunciar públicamente la complicada situación en la que se encontraban los abogados argentinos y articularon una red de relaciones institucionales internacionales que tendrían importantes impactos en su lucha. Así, hicieron hacer su voz ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, diversos organismos de Naciones Unidas, Amnistía Internacional,

¹⁵⁵ Para 1978 se calcula que 23 abogados habían sido asesinados, 109 estaban detenidos y 41 desaparecidos (Meili, 1998: p. 503).

¹⁵⁶ Se calcula que entre 1974 y 1983 cerca de 3000 argentinos se habrían exiliado en Francia (Franco, 2004).

la Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme; la Comisión Internacional de Juristas entre muchos otros. Su misión consistía en mantener viva las denuncias contra el régimen dictatorial argentino, convirtiéndose en verdaderos expertos en materia de derecho humanitario y derecho internacional de los derechos humanos¹⁵⁷ (Vecchioli, 2006).

Paralelamente, en Argentina, se formaron nuevas agrupaciones de derechos humanos integradas por profesionales del derecho que además habían sufrido la desaparición de familiares directos y pretendían denunciar los abusos del régimen. Entre ellas se deben destacar la Asamblea Permanente de Derechos Humanos (APDH) y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) (Smulovitz, 2010).

La Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (en adelante APDH) era un espacio que surgió tras la caída del gobierno de María Estela Martínez de Perón y reunía un público bastante heterogéneo, compuesto fundamentalmente por dirigentes políticos, líderes religiosos, abogados y otros intelectuales. No tenía una filiación política determinada, y tenía por objetivos monitorear la vigencia de los derechos humanos y defender a todas las personas que fueran detenidas por parte de las autoridades *de facto*, y para ellos contaba con un Consejo Ejecutivo y una Mesa Ejecutiva, órganos pluripersonales que tomaban decisiones en reuniones plenarias. Entre los abogados que la integraban se contaban tanto dirigentes políticos (como Raúl Alfonsín) como parientes y amigos de desaparecidos.

En materia jurídica, la APDH ofrecía asesoramiento jurídico a los que denunciaban la prisión o desaparición forzada de algún pariente. Este asesoramiento consistía en la entrega de un modelo de "*habeas corpus*" para ser presentado por ellos mismos. Cuando comenzó a darse una negación sistemática por parte del Poder Judicial a estas presentaciones, los abogados del APDH comenzaron a realizar presentaciones conjuntas y colectivas ante los Tribunales Superiores de Justicia para

¹⁵⁷ La importancia de la red articulada por estos abogados fue de tal importancia que el 31 de enero de 1981 en el Senado Nacional Francés se llevó a cabo el "Coloquio sobre la desaparición forzada de personas", donde expusieron la mayoría de estas organizaciones, junto a los principales referentes del movimiento, importantes abogados exiliados en París y organizaciones de Derechos Humanos argentinos (Vecchioli, 2006: p. 281).

conocer el paradero de personas desaparecidas. Si bien jurídicamente estas presentaciones colectivas carecían de valor, ya que no estaban legalmente reguladas, eran consideradas una forma de presionar políticamente al Poder Judicial ante esta situación¹⁵⁸.

La primera acción colectiva (una especie de habeas corpus colectivo) se llevó a cabo en abril de 1977 y consistió en la presentación de un escrito en el cual varios abogados patrocinaban a “parientes y amigos de personas que, tras haber sido detenidas por grupos armados que *prima facie* actuaban en ejercicio de una autoridad, habían desaparecido” (Vecchioli, 2006: p. 233). La petición estaba hecha en nombre de Ana Pérez de Smith¹⁵⁹, esposa de un dirigente sindical desaparecido, y estuvo acompañado de un listado de otros 400 casos de personas desaparecidas, solicitando la intervención directa de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien rechazó el planteo al considerarse incompetente. La segunda acción colectiva se trató de la interposición de un recurso administrativo “*sui generis*” ante el Poder Ejecutivo Nacional, solicitando que tome las medidas necesarias para que jueces puedan actuar con libertad. Se llegaron a presentar más acciones judiciales ante la CSJN y el Ejecutivo, aunque sin ningún tipo de respuesta favorable a sus múltiples pedidos (Veiga, 1985).

Sin embargo, la lentitud en la toma de decisiones (debido al modelo “parlamentario” que esta organización tenía), la falta de efectividad de las acciones judiciales llevadas a cabo y la gran politización que fue adquiriendo fue un motivo para que ciertos miembros dejaran este espacio y fundaran el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) (Vecchioli, 2006).

El CELS surgió en 1978, a partir de la reunión que tuvieron varios abogados quienes eran además parientes de desaparecidos, y colaboraban con otras organizaciones (sobre todo la APDH y Madres de Plaza de Mayo), y se presentará

¹⁵⁸ Vecchioli (2006: p. 235) rescata una opinión de porqué se llevaban a cabo estas acciones desde el APDH: “repetíamos las presentaciones incansablemente como forma de lucha y de presión. Se formó una inmensa montaña inútil de escritos que cubría las oficinas de los jueces y que serían inexorablemente archivados.

¹⁵⁹ Caso “Pérez de Smith, Ana M”. AR/JUR/3434/1980

como un espacio enfocado en ejecutar acciones rápidas y decisivas en el ámbito judicial. En estos primeros años, las acciones “estuvieron relacionadas con la denuncia en el país y en el exterior, la documentación de los crímenes y la asistencia a las víctimas” (CELS, Litigio estratégico y Derechos Humanos: la lucha por el derecho, 2008). Más específicamente, el CELS se dedicó a trabajar en la preparación de casos que serían presentados ante el poder judicial según una “compleja taxonomía que distinguía “desaparecidos”, “detenidos sin proceso” y “detenidos por delitos políticos”, para lograr la revisión de condenas o muertes en prisión o en situaciones dudosas y la desaparición de niños entregados en adopción al personal militar luego del secuestro de sus padres” (Vecchioli, 2006: p 242). A diferencia de las acciones colectivas presentadas por la APDH (las que tenían más bien una finalidad simbólica), la estrategia del CELS consistía en una selección cuidadosa y posterior presentación de casos judiciales que podían constituirse en *leading cases* con la finalidad de sentar jurisprudencia favorable y así producir efectos generales en torno a la vigencia del Estado de Derecho. Esta estrategia resultó en algunos casos exitosas, consiguiendo así importantes cambios en la jurisprudencia nacional¹⁶⁰ (Veiga, 1985). En este sentido, hubo un corrimiento identitario importante, en donde estos abogados dejaron de ser definidos en torno a su notoriedad pública, su heroísmo y coraje, y comenzaron a asumir un rol más profesional.

El fundador el CELS fue Emilio F. Mignone, un abogado con un marcado perfil académico (había sido Rector de la Universidad de Luján hasta el golpe del '76), y

¹⁶⁰ En este sentido, Raúl Veiga ha expresado que (1985: p. 95) “Hasta las primeras presentaciones del CELS, los familiares de desaparecidos no se podían presentar ante la justicia como querellantes porque según establecía dicho Código sólo pueden ser querellantes los hijos, padres o cónyuges sólo en caso de muerte del damnificado. Pero en estos casos, si bien el desaparecido no estaba muerto tampoco podía presentarse ante los fueros judiciales. El CELS plantea entonces que la Justicia debe subsanar esta omisión del Código. Con esta estrategia, el CELS logró que la Cámara de Apelaciones aceptara esa nueva interpretación. Otra presentación del CELS obtuvo un fallo favorable de la Corte Suprema de Justicia que admitió como válido la presentación de habeas corpus acompañados de pruebas. Cuando se presentaba un habeas corpus, habitualmente el juez preguntaba a los organismos de seguridad si mantenían detenido a la persona cuya aparición se requería. Como estas dependencias negaban la detención, los recursos eran rechazados sistemáticamente. Al acompañarse el recurso de pruebas que testimoniaban quién, cómo y dónde había sido detenido, la Corte resolvió a favor de varios habeas corpus y ordenó a los jueces investigar paraderos de desaparecidos. Mediante la intervención del CELS se obtuvo la anulación de varias sentencias de tribunales militares y la libertad de algunos detenidos”.

que contaba con una importante red de contactos políticos (incluso llegó a entrevistarse con Emilio Massera, miembro de la junta militar que derrocó a Martínez de Perón), eclesiásticos e internacionales. El impulso que lo llevó a la creación del CELS se debió a que el 14 de mayo de 1976 fuerzas armadas invadieron su morada y se llevaron a su hija Mónica, quien terminaría engrosando el gran listado de desaparecidos. Al CELS se le unirían otros importantes académicos y profesionales del derecho que habían quedado cesantes en sus cargos públicos tras la instauración del gobierno *de facto* o que habían sufrido la desaparición de algún familiar o amigo directo, y nuevos abogados atraídos por la retórica de los derechos humanos.

Para fundar el CELS, Mignone se inspiró en la experiencia de un profesional que él conocía y mantenía contacto, Leonard Meeker. Meeker, quien residía en la ciudad de Washington había fundado el *Center of Legal and Social Policy*, una asociación dedicada al desarrollo del derecho de interés público en los Estados Unidos. Al igual que Mignone, Meeker tenía ocupaba una importante posición dentro del mundo jurídico, académico y político estadounidense, y para entonces desempeñaba el cargo de asesor legal del Departamento de Estado. Este contacto dotó al CELS de importantes recursos financieros internacionales (el desembolso inicial fue de \$40.000 dólares estadounidenses), lo que permitió que sus miembros sean económicamente remunerados, y le dió un marcado perfil profesional y técnico a esta organización, ya que gran parte de estos recursos fueron utilizados para crear un equipo de abogados dedicados profesionalmente al litigio estratégico de causas judiciales (Smulovitz, 2010).

De esta manera, el CELS se convirtió en la organización por la defensa de derechos humanos más importante de Argentina, participando también activamente en foros internacionales, uniéndose a la Comisión Internacional de Juristas, a la Liga Internacional por los Derechos Humanos de Nueva York y a la Federación Internacional de Derechos Humanos de París. Además del apoyo financiero inicial, sus arcas se engrosarían con importantes recursos aportados por diversos gobiernos, instituciones y fundaciones tales como la Fundación Ford, la *National Endowment*

for Democracy, el *Center for Justice and International Law* y las embajadas de Holanda e Inglaterra (Vecchioli, 2006: p. 257).

1.4. La vuelta de la democracia y el surgimiento de los abogados “de interés público”

El retorno de la institucionalidad democrática a partir de 1983 significó el regreso al país de gran parte de estos abogados, quienes llegaban en calidad de especialistas en derechos internacional de los derechos humanos. Paralelamente comenzaron a florecer nuevos movimientos, asociaciones civiles, organizaciones no gubernamentales (en adelante ONGs) y grupos nucleados en torno a la defensa de ciertas causas. La experiencia del CELS había demostrado que los tribunales argentinos podrían servir además como espacios de resistencia, lucha y resignificaciones legales, y varias de estas nuevas organizaciones estarían dispuestas a profundizar esta nueva estrategia. En este sentido se ha expresado que:

“Si el derecho era previamente concebido como una herramienta defensiva de protección ante circunstancias desfavorables, luego de la [última] transición [democrática], el derecho se convirtió en una herramienta para el avance de demandas políticas y sociales. Consecuentemente estos abogados y las víctimas crearon no sólo organizaciones de defensa de derechos, sino también buscaron recursos financieros para sostener y expandir sus acciones” (Smulovitz, 2010: p. 244) .

En estos primeros años, y ante el nuevo escenario político que se presentaba, estos profesionales del derecho comenzaron a poner en práctica el conocimiento legal y profesional que habían adquiridos en calidad de defensores de derechos humanos, con la finalidad de fortalecer las instituciones democráticas, expandir la agenda de los derechos humanos y promover la aplicación efectiva de políticas públicas y

reconocimiento de derechos. En este sentido, tal como señala Catalina Smulovitz (2010: p. 247), eventos claves tales como “los juicios a la Junta en 1985 no sólo reveló un poder judicial que podía disciplinar a quienes habían retenido todo el poder político y defender el derecho de los más débiles, sino también mostró que el derecho podría convertirse en un mecanismo institucional para la resolución de otro tipo de disputas”.

Con el surgimiento de todas estas organizaciones, comenzó a surgir un nuevo perfil de abogado, el abogado de interés público, un profesional de derecho que se involucraría en causas colectivas o que pudieran impactar ampliamente en la sociedad, tales como vinculados a la pobreza, el medio ambiente, la salud colectiva, derechos de usuarios y consumidores, derechos ambientales o de minorías. Estos abogados judicializarán causas, promoviendo cambios dentro del derecho y las instituciones jurídicas, esperando que los efectos jurídicos transformadores se prolonguen más allá de los estrados judiciales e incidan en la sociedad toda (Manzo, 2014). Sin embargo, y hasta la reforma constitucional de 1994, las herramientas jurídicas para la práctica del derecho de interés público eran limitadas y los abogados con este nuevo perfil profesional comenzaron rápidamente a cuestionar las reales posibilidades de cambio a través del derecho. En relación con estas ideas, Stephen Meili (1998) consideró que el marcado perfil conservador y positivista del sistema jurídico argentino, la educación en las facultades de derecho, los colegios de abogados y fundamentalmente la existencia de un poder judicial poco comprometido a cuestiones colectivas, sumado a la falta de recursos, llevó a que estos abogados de ONGs desarrollaran una perspectiva cargada de críticas, desilusiones y de abierta confrontación contra las instituciones jurídicas y políticas del país.

Como se desarrollará en los próximos apartados, la reforma constitucional de 1994 constituyó un primer quiebre, creando nuevos marcos institucionales y normativos que permitirían darle un nuevo impulso a las causas diseñadas por los abogados de interés público, en un momento en que el Estado profundizaba la aplicación de políticas neoliberales y dejaba de hacerse cargo de varias funciones

sociales que estaban bajo su órbita. En este sentido, Christian Courtis (2003) nota que la retirada del Estado de varias de sus funciones tradicionales durante los años noventa impulsó el surgimiento de un nuevas organizaciones sin fines de lucro nucleadas alrededor de causas o temas. Ahora, con las nuevas herramientas que ofrecía la Constitución Nacional, la práctica del derecho de interés público y la posibilidad de diseñar campañas a largo plazo de litigio estratégico comenzó a presentarse como una alternativa atractiva.

Un segundo quiebre puede trazarse tras la profunda crisis que estalló en Argentina en el año 2001 que significó una profunda ruptura institucional en relación a la representatividad política del Estado, abriendo “un ciclo acumulativo de reivindicaciones y luchas sociales por parte de múltiples organizaiones y de nuevas formas de acción colectiva, en contra de la pauperización y las condiciones de exclusión soial de amplios sectores de la población” (Manzo, 2014: p. 09). Ante un sistema político partidario completamente desvalorizado e inmerso en la consigna de que “se vayan todos”, el sistema judicial se convirtió en uno de los pocos espacios legítimos para entablar demandas y esperar soluciones a los diversos conflictos sociales. En este sentido, y tal como lo explicita Barry Friedman (2009), las sentencias del poder judicial raramente contrarían la opinión pública. Y en este momento, surge lo que Smulovitz (2008: p. 287) considera se trata de un un fenómeno novedoso: los tribunales se sitúan en el centro del escenario político, empiezan a ser fuertemente utilizados, y este escenario se colma de discursos legales y que invocan derechos, discursos que son usados como instrumentos políticos. Esta autora manifiesta que “[l]as cortes y los jueces están redefiniendo políticas públicas decididas por autoridades representativas y los ciudadanos y organizaciones sociales están utilizando a la ley para realizar demandas privadas y sociales”.

De este modo, en el país se comienza a experimentar una creciente judicialización de políticas públicas y el poder judicial se convierte en un actor central en reconocer y proteger derechos de ciertos grupos vulnerables y diseñar políticas

ante la ausencia de respuestas de los otros poderes del Estado (Ryan, 2011). Al igual que en Estados Unidos en la década de 1950, ahora Argentina también contaba con un conjunto de abogados de interés público nucleados en torno a ciertas causas colectivas y dispuestos a embarcarse en campañas de litigio estratégico donde utilizarían los tribunales como los principales campos de disputas y reivindicaciones políticas.

2. El surgimiento y proliferación de organizaciones nucleadas en torno a causas colectivas

Pero para Charles Epp (2013: p 25), la estructura de sostén necesaria para el desarrollo de campañas de litigio estratégico (que provocarán lo que él denomina “la revolución de los derechos”) no sólo depende de la generación y disponibilidad de recursos humanos (fundamentalmente abogados), sino también de la disponibilidad de recursos financieros por parte de estos grupos.

Y en esta línea la emergencia de los “abogados de interés público” sólo puede entenderse por el surgimiento de diversas organizaciones que, inspiradas por la experiencia del CELS, comenzaron a judicializar causas vinculadas a cuestiones colectivas, entre las que se pueden mencionar aquellas relativas al medio ambiente, a la salud de la población, a las relaciones de consumo o a la protección o reconocimiento de derechos de sectores vulnerables de la población (índigenas, pobres, discapacitados, niños, niñas y adolescentes, entre otros). Entre las diferentes organizaciones que aparecieron una que comenzó a ocupar un lugar destacado en materia de litigio de causas colectivas fue la Asociación de Derechos Civiles (en adelante, ADC). Esta asociación, fundada en 1995 por un grupo de abogados y abogadas quienes habían estudiado o enseñado en universidades estadounidenses, decidieron crear la versión local de la ACLU, con el fin de replicar en el país el modelo de litigio instaurado a partir de *Brown*. Alrededor de cien abogados de Buenos Aires

se reunieron en el encuentro inaugural y más de un tercio de ellos decidieron convertirse en miembros permanentes de la misma.

Cuantitativamente, y en relación al surgimiento y proliferación de estas organizaciones, no existen muchos datos al respecto, por lo que cobra especial importancia el relevamiento llevado a cabo por Catalina Smulovitz y Daniela Urribarri (2006) que da cuenta que de todas las organizaciones que litigaban activamente en el país para el año 2005. De un total de 28 organizaciones, cerca del 15% fueron creadas antes del restablecimiento de la democracia en el país, un 40% surgió entre los años 1983 y 2001, y un 45% a partir del 2001¹⁶¹.

Además, a partir del restablecimiento de la democracia, junto a estas organizaciones también surgieron distintos organismos (públicos o privados) quienes comenzaron a ofrecer asesoramiento gratuito (y en algunos casos representación legal)¹⁶², y fundamentalmente se establecieron varias Clínicas Jurídicas, la mayoría de

¹⁶¹ Dicho relevamiento define a estas organizaciones como "organizaciones no-gubernamentales de advocacy: Organizaciones dedicadas a actividades de promoción de derechos específicos, el control del Estado, la canalización de la demanda cívica, la defensa del medio ambiente, etc." (p. 6) y reconoce dentro de dicha categoría a las siguientes: ADC; ACIJ; CEDHA; CEJIL; CELS; INECIP; AAPS; ARGENJUS; Biosfera; CIPPEC; Conciencia; Ejercicio Ciudadano; FORES; Fundación Ambiente y Recursos Naturales; Fundación Atlas; Fundación Cambio Democrático; Fundación Contemporánea; Fundación El Otro; Fundación Nueva Generación Argentina; Fundación Vida Silvestre; Greenpeace; Habitat y Desarrollo; Ideas; IIED-AL; Instituto Social y Político de la Mujer; OIKOS; Poder ciudadano; Proteger.

¹⁶² Catalina Smulovitz (2010) reconoce entre estos organismos a los siguientes: Defensoría de Pobres y Ausentes en lo Civil y Comercial, Defensoría General de la Nación; Defensoría Contencioso Administrativa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Centro de Formación Profesional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA; Colegio Público de Abogados de la Capital Federal; Programa Asistir del Ministerio de Trabajo; División Jurídica Asistencial de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires; Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires; Dirección General de la Mujer del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires; Asociación de Abogados de Buenos Aires; Centro de Formación Profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Belgrano; Fundación Ambiente y Recursos Naturales – Programa Control Ciudadano del Medio Ambiente; Fundación Poder Ciudadano; Fundación Sur Argentina; Red Argentina de Asistencia Legal y Social; Oficina de Asistencia Integral a la Víctima de la Procuración General de la Nación; Centros del Plan Social de Asistencia Jurídica a la Comunidad del Ministerio de Justicia; Dirección General de Atención y Asistencia a la Víctima Subsecretaría de Derechos Humanos; COPINE – Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires; Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia; centro de Información Social, Asesoría Legal Popular (C.I.S.A.L.P.); Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires; Ministerio de Trabajo Asesoramiento Gratuito; Subsecretaría de Derechos Humanos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires; INADI – Instituto Nacional contra la Discriminación y el Defensor del Pueblo de la Nación.

ellas dependientes de instituciones universitarias o vinculadas a ellas, como en la Universidad de Buenos Aires (UBA), Universidad de Palermo (UP), Universidad Torcuato di Tella, Universidades Nacionales de Tucumán, de Comahue, de la Plata y de Córdoba (aunque varias de ellas ya dejaron de funcionar). Las Clínicas Jurídicas de la UBA y la UP se vincularon con asociaciones tales como el CELS y la ADC.

En general, no existen datos disponibles del número de personas que utilizan estos servicios, por lo que se pueden mencionar sólo algunos datos aislados. Así por ejemplo, en el ámbito de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, se sabe que en lo vinculado a la oficina municipal de la mujer hubo un importante incremento del número de reclamos, pasando de 10.984 en 1995 hasta 39.874 en 1999 (Smulovitz, 2010: p. 249). También son muy limitados los datos en relación de las consultas y casos llevados a cabo por las Clínicas Jurídicas. Según Sebastián Scioscioli (2005) la Clínica Jurídica de la UBA ha atendido unos 19017 reclamos en el año 2000; 20.239 en el 2001; 20.160 en el 2002, 10.4687 en el 2003 y 12.145 en el año 2004. Este abultado número se debe principalmente a que tiene unas quince sedes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el área metropolitana¹⁶³.

Desde la perspectiva de Margaret E. Keck y Kathryn Sikkink (1999) el apoyo financiero a las organizaciones que promueven el uso del litigio estratégico y de interés público es crítico para el desarrollo de estrategias legales que busquen impactar en la agenda política, y es por eso que la financiación exterior recibida por todas estas organizaciones se convirtió en un pilar fundamental no sólo para la planificación y el sostenimiento de acciones judiciales, sino para la misma existencia de estas organizaciones. Entre los mayores contribuyentes se deben mencionar USAID (Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo, en sus siglas en inglés); la Open Society, el British Council; la Fundación Nacional para la Democracia (en inglés,

¹⁶³ Entre las sedes se pueden mencionar: Palacio de Tribunales; Centro de Información Social; Asesoría Legal y Popular (C.I.S.A.L.P.); Centro de Estudios Legales y Sociales; Secretaría de Desarrollo Económico; Fundación Ambiente y Naturales (FARN); CELS-CAREF Asociación Civil; Sede del Colegio de Abogados de San Martín; Sede del Colegio de Abogados de San Isidro; Sede San Miguel; Sede Moreno; Sede Campana; C.G.P. n° 3 y C.G.P. n° 5.

National Endowment for Democracy) y fundamentalmente, la Fundación Ford (Smulovitz, 2010).

La Fundación Ford, fundada en 1936¹⁶⁴, comenzó a financiar programas tendientes a la promoción de la judicialización estratégica a partir del 1966, con la provisión de tres millones de dólares para el establecimiento del *International Legal Center* en los Estados Unidos. En América del Sur, fue a partir de los años 70 que comenzó a otorgar financiamiento, siendo el CELS la primera organización argentina en recibirlo en 1981 (Frühling, 2000). Para la década de 1980, el dinero se destinó a distintas organizaciones no partidarias que trabajaran fundamentalmente en dos áreas: libertades civiles y políticas, por un lado, y acceso a la justicia y a los servicios legales, por otro. Durante esta década, fueron el CELS y la asociación de Abuelas de Plaza de Mayo quienes se beneficiaron de este financiamiento internacional, el que estaba fuertemente condicionado a que se llevaran a cabo estrategias judiciales o se trabajara en el marco de los derechos humanos. Para fines de los años 80 y durante la década del noventa, la fundación Ford comenzó a apoyar económicamente a diversas organizaciones que tuvieran por objetivos principales la judicialización de sus causas. Según describe Hugo Frühling (2000: p. 73), la concesión de financiamiento a las diversas organizaciones se otorgaba para el desarrollo y profundización de cuatro áreas que eran consideradas prioritarias:

- 1) El diseño y la implementación de acciones judiciales de impacto que involucren temas de interés público, con la finalidad de generar precedentes judiciales que avancen en materia del reconocimiento de derechos humanos y tratados internacionales;

¹⁶⁴ La Fundación Ford fue establecida en Estados Unidos en el año 1936, a partir de un aporte inicial de 25.000 dólares realizado por Edsel Ford, hija de Henry Ford, el fundador de la compañía "Ford Motor". La idea era financiar proyectos de carácter científicos, educativos o caritativos para el bien de la comunidad". En 1953 la fundación se muda de Michigan a Nueva York, poco después comienza con la ayuda internacional. Actualmente la fundación es una organización independiente que destina alrededor de 500 millones de dólares a financiar proyectos en todo el mundo. Véase <http://www.fordfoundation.org/about-us/history>

- 2) La creación y expansión de una red internacional de abogados y abogadas dedicadas a llevar a cabo campañas de litigio estratégico. La idea fundamental era generar estándares y compromisos similares en países con contextos sociopolíticos diferentes¹⁶⁵;
- 3) La educación y entrenamiento teórico-práctico de estudiantes en el área del derecho de interés público, con el fin de generar nuevos profesionales socialmente comprometidos y formados en el área de derechos humanos. En este aspecto, se fundaron y financiaron clínicas de interés público y acuerdos con ONGs que tenían por finalidad el diseño e implementación de acciones judiciales de gran impacto social;
- 4) La comunicación eficiente de sus acciones y resultados, con la finalidad de influenciar la opinión pública y a las instituciones del Estado. Esta última área se vincula al hecho de que los sistemas judiciales sudamericanos no generan precedentes judiciales que sean vinculantes para otras ramas del poder judicial, por lo que la capacidad de influenciar a otros tribunales (u órganos del Estado) dependerá fuertemente de la capacidad de estas organizaciones de difundir sus acciones y conquistas para que sean tenidas en cuenta en otras instancias.

La ayuda financiera recibida fue fundamental para el surgimiento y proliferación de estos grupos y organizaciones, las que sentaron importantes precedentes judiciales en materia de judicialización estratégica. Tal como menciona Catalina Smulovitz (2010: p. 249)

“Desde entonces, abogados y organizaciones de interés público han participado en la reforma legal de las instituciones, tales como en el proceso de nominaciones de la Corte Suprema, y han avanzado en los reclamos de

¹⁶⁵ En este sentido, Frühling (2000: p. 77) menciona que “en diciembre de 1996, una segunda fase fue iniciada en Argentina, Chile y Perú. El programa estableció una red de clínicas jurídicas universitarias de derecho de interés público que implicaba litigio, intercambio clínico e investigación. Profesores y estudiantes trabajaban dentro de cada país y también interactuaban en reuniones regionales con sus contrapartes de otros países”.

interés público que incluyen casos de discriminación de clase contra las burocracias estatales, reclamos ambientales contra empresas públicas y privadas y reclamos vinculados a violaciones en la provisión de servicios de salud”

3. Mutaciones legales en el campo jurídico argentino. La reforma constitucional de 1994 como punto de inflexión

Tal como lo analiza Stephen Meili (1998) la mera existencia de abogados nucleados en torno a organizaciones, y dispuestos a judicializar causas colectivas o de reconocimiento de derechos de grupos vulnerables no era suficiente para penetrar los tribunales argentinos. Las diversas entrevistas realizadas por este autor entre 1992 y 1994 a abogados pertenecientes a organizaciones que litigaban activamente en este tipo de organizaciones, reconocían sus dificultades (o incluso imposibilidad) de ingresar sus demandas en el campo judicial argentino. Si bien los motivos de estas dificultades eran variados (tales como la falta de independencia y consiguiente desconfianza del poder judicial, la cultura jurídica excesivamente formalista que daba poco margen a pensar creativamente en otras soluciones más allá de las establecidas por la ley y un método de enseñanza del derecho conservador y acrítico) la inexistencia de remedios o vías judiciales idóneas para canalizar esas demandas se erigía por entonces como el mayor obstáculo a vencer. Y es que hasta la reforma de la Constitución Nacional de 1994 existían pocas maneras de accionar en nombre de grupos vulnerables o en defensa de intereses colectivos.

3.1. Los primeros avances en materia de derechos colectivos

Antes de la reinstauración de la democracia en 1983, el ordenamiento jurídico nacional sólo reconocía como “procesos colectivos” a las sucesiones y a los juicios concursales. Pero en los años 80 (y hasta 1994) comenzó una “etapa de florecimiento

–primero jurisprudencial y doctrinario y luego también legislativo- de la búsqueda de herramientas colectivas de acceso a la justicia” (Maurino, Nino, & Sigal, 2005: p. 43).

En relación a la jurisprudencia, se dictaron las primeras sentencias sobre “intereses difusos”. En este sentido, la primera para mencionar fue la del caso “Kattan”¹⁶⁶, reconociéndose por primera vez en nuestro país la existencia de “intereses difusos” en materia ambiental (más específicamente, en la sentencia se menciona que “si se altera el aire que se respira, el agua que se bebe o la comida que se ingiere, el afectado directo es cada uno de los potenciales perjudicados”). Si bien al alcance jurisprudencial fue bastante limitado, “la discusión académica generada alrededor del caso [...] contribuyó a aumentar la relevancia jurídica de esta sentencia de primera instancia que se transformó en una especie de hito histórico del derecho público” (Maurino, Nino, & Sigal, 2005: p. 45).

Las otra sentencia relevante que mantendría viva estas discusiones y pondría en evidencia la necesidad de generar herramientas jurídicas y procesales para reconocer derechos de incidencia colectiva sería el caso “Ekmekdjian”¹⁶⁷ de 1992, resuelto por la CSJN. En este caso, la Corte consideró que Miguel Ekmekdjian podía representar a todos los católicos y cristianos que pudieron haberse sentido ofendidos con declaraciones del escritor Dalmiro Sáenz en un programa de Televisión sobre las figuras de Jesucristo y la Virgen María. Además, el fallo reconocía al Pacto de San José de Costa Rica como ley suprema de la Nación, y directamente operativo.

Por otra parte, legislativamente se pueden mencionar dos normas que establecieron mecanismos legales para proteger ciertos grupos desventajados, como era el caso de los trabajadores y de los consumidores. Con relación a los primeros, con la ley 23.551 de Asociaciones Sindicales (de 1988) se instituyó el amparo sindical: esta acción judicial brinda la posibilidad de que una asociación sindical interponga una acción rápida para defender los intereses colectivos de los

¹⁶⁶ “A. E. Kattan v. P. E. N. s/amparo”- LL 1983 D 575: En el caso, dos ambientalistas interpusieron un amparo para que se anule una autorización administrativa dictada por la Subsecretaría de Pesca de la Nación a dos empresas extranjeras para la captura de toninas overas.

¹⁶⁷ “Ekmekdjian, M. A. c/ Sofovich, G.” CSJN. Fallos. 351:1492.

trabajadores cuando estos intereses se encuentren amenazados o lesionados (art. 47). Con relación a los consumidores, en el año 1993 el Congreso aprobó la ley 24.240 de Defensa de los Derechos del Consumidor. Esta norma se convirtió en una importante herramienta para la defensa colectiva de los derechos en las relaciones de consumo, instituyendo acciones que protegían tanto los intereses y derechos individuales como los colectivos o generales de un grupo de usuarios o consumidores y pudiendo presentarse judicialmente tanto las personas afectadas como las asociaciones de consumidores. “La sanción de la legislación significó un gran impulso al movimiento de protección de los consumidores y usuarios y al acceso a los tribunales como un medio de tutela de estos derechos de incidencia colectiva” (Maurino, Nino, & Sigal, 2005: p. 53).

3.2. Reforma Constitucional y derechos colectivos

El 10 de enero de 1995 el Congreso de la Nación Argentina sancionaba la ley 24.430 ordenando la publicación del texto oficial de la Constitución Nacional Argentina. Este nuevo marco normativo sería el resultado de diversos acuerdos políticos resultantes del “Pacto de Olivos”, un acuerdo que se dio entre el oficialismo y oposición que permitiría la reelección del por entonces presidente Carlos S. Menem (Böhmer, 2005; Zayat, 2009).

El Pacto de Olivos se institucionalizó con la ley 24.309 y constaba básicamente de tres partes. La primera, denominada “Núcleo de Coincidencias básicas”, era un conjunto de normas que la Convención Constituyente debía aprobar o rechazar como bloque completo y cerrado. La segunda, por el contrario, habilitaba la discusión abierta de ciertos temas por los convencionales (como era el caso de los derechos colectivos). Por último, la tercera parte disponía que la Convención no podría (bajo pena de nulidad) abordar temas no convocados ni introducir modificaciones a las

declaraciones, derechos y garantías contenidos en la primera parte de la Constitución que se encontraba por entonces vigente¹⁶⁸.

Pero la reforma constitucional no puede leerse solamente en clave de permitir una reelección presidencial, sino como inmersa en un contexto internacional, sobre todo si tomamos en cuenta que para la misma época la mayoría de los países latinoamericanos también estaban modificando sus constituciones: Bolivia (1994), Brasil (1988), Colombia (1991), Costa Rica (1989), República Dominicana (1994), Ecuador (1992), El Salvador (1983), México (1995), Panamá (1987) y Paraguay (1992). Todas estas reformas se dieron como consecuencia de presiones por parte de organismos internacionales que pretendían volver las estructuras institucionales más receptivas y funcionales a la economía de mercado y llevar a cabo reformas judiciales con el fin generar un poder judicial más independiente y transparente, desligado del poder político de turno (Zayat, 2009).

En este sentido, organismos como el Banco Mundial, el Banco Interamericano para el Desarrollo y la USAID (Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo, en sus siglas en inglés) compartían la idea de llevar a cabo reformas institucionales (y particularmente en el poder judicial) en estos países, con el fin de promover las economías de mercado y la continuidad democrática¹⁶⁹ (Thome, 2000). Por otra parte, organizaciones de Derechos Humanos y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) comenzaron a presionar para que también se den cambios institucionales en el seno del poder judicial, pero en lo vinculado al acceso a la justicia, a la práctica del derecho de interés público, a la promoción de derechos sociales y al respeto de las garantías constitucionales (Zayat, 2009). Estas presiones

¹⁶⁸ "Se debe destacar que la ley 24.309 fue considerada inconstitucional por parte de la comunidad política y jurídica. De hecho, la Corte Suprema analizó dos casos planteados por figuras políticas nacionales, quienes cuestionaron el proceso de reforma y en ambas causas rechazó las demandas que pretendían detener la realización de la Convención Constituyente" (Maurino, Nino, & Sigal, 2005: p. 58)

¹⁶⁹ Así, por ejemplo, para el Banco Mundial, los débiles poderes judiciales latinoamericanos se habían vuelto un obstáculo en el comercio, la financiación y la inversión, a causa de su ineficiencia, sus demoras, el limitado acceso a la justicia, la falta de transparencia y previsibilidad y la poca confianza pública hacia este poder. En este sentido, varias de las reformas propuestas se dirían a la despolitización del nombramiento de jueces (Zayat, 2009).

redundaron en la creación constitucional de nuevas instituciones políticas (tales como el Consejo de la Magistratura, el Defensor del Pueblo, la Auditoría de la Nación) y el reconocimiento de nuevos derechos e instituciones procesales para protegerlos (tales como el reconocimiento constitucional del hábeas corpus, hábeas data y el amparo individual y colectivo).

La Asamblea Constituyente se compuso de 303 diputados y diputadas, funcionó en la ciudad de Santa Fe, entre el 25 de mayo y el 22 de agosto de 1994 y se convirtió en un verdadero espacio de discusión institucional, en donde no sólo participaron los constituyentes electos, sino también fue un importante espacio de disputas políticas y sociales. En este sentido, de todas las cuestiones que se debatieron, la vinculada con los derechos sexuales y reproductivos ocuparon un lugar relevante. Es interesante remarcar que por primera vez se presentó un candidato a Convencional constituyente perteneciente al movimiento homosexual en Argentina. Carlos Jáuregui, cofundador de la Comunidad Homosexual Argentina (CHA), fue invitado a postularse como convencional por Buenos Aires representando una coalición de partidos denominada "Unidad Socialista"¹⁷⁰ y contó con el apoyo del entonces incipiente movimiento LGBT argentino. Dicha coalición proponía la despenalización del aborto y la inclusión de previsiones constitucionales antidiscriminatorias basadas en la orientación sexual (Belluci, 2010). Si bien Carlos Jáuregui no fue finalmente electo, su candidatura, como un "hombre gay abiertamente homosexual atrajo importante atención pública en los medios de comunicación, permitiendo al movimiento mantener el tema de la homosexualidad en el debate político" (Díez, 2015: p.114). Al mismo tiempo, los debates en torno a derechos sexuales y reproductivos llegaron a colarse en el seno de las discusiones constituyentes. Conforme Mónica Petracci y Mario Pecheny (2007: p. 32):

¹⁷⁰ Esta alianza "se componía por el Socialismo Democrático (PSD), Socialismo Popular (PSP), Socialismo Auténtico (PSA) y el FDA" (Belluci, 2010, p. 80).

“El quiebre del silencio sobre salud y derechos sexuales y reproductivos que había comenzado en los años ochenta, especialmente en 1986 con la derogación de los decretos 659/74 y 3938/77, alcanzó su punto más estridente en ocasión del debate producido durante el período de reforma de la Constitución Nacional en 1994. El tema discutido fue el aborto, uno de los más conflictivos del conjunto de temáticas que integran la salud y los derechos sexuales y reproductivos, que a partir de ese momento empezó a cobrar presencia en la agenda pública”.

Según estos autores (2007), existen dos hitos importantes en este ámbito. El primero se vincula a que la Constitución Nacional incorporó la Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Contra la Mujer, dándole rango constitucional. El segundo, de características más políticas, fue la reacción al intento del ex Presidente Carlos Menem de introducir un artículo que garantizara “el derecho a la vida desde la concepción hasta la muerte natural”. Ante esta propuesta, diversos actores de la sociedad civil, expusieron públicamente sus perspectivas contrapuestas en los medios de comunicación, destacándose el Movimiento de Mujeres Autoconvocadas por el Derecho a Elegir en Libertad (MADEL) (que nucleó a 108 organizaciones de mujeres, a representantes de la Convención, partidos políticos y sindicalistas e incluyó a mujeres políticas de todos los sectores), la que se convirtió en el mayor interlocutor opositor al discurso sostenido por el gobierno y los sectores ligados a la Iglesia Católica¹⁷¹. Varias funcionarias oficialistas se sumaron a esta reacción, y como consecuencia la introducción del artículo nunca se llevó a cabo.

Al mismo tiempo, en el seno de la Asamblea Constituyente se debatió la necesidad de reconocer y añadir al texto constitucional derechos colectivos, difusos y

¹⁷¹ En este sentido, los autores aseguran que “la estrategia de Mujeres Autoconvocadas para Decidir en Libertad se basó en a) denunciar la ilegitimidad de las decisiones que pudiera adoptar la Asamblea en materia de aborto, pues ningún partido se había pronunciado al respecto durante la campaña; b) reclamar un debate público; c) dar a conocer datos sobre el aborto inducido en la Argentina con el fin de plantear el tema como un asunto de salud pública y autodeterminación femenina, y d) invocar el principio de pluralismo y la no-imposición de una visión religiosa en particular, aun cuando ésta fuera mayoritaria” (Petracci & Pecheny, 2007: p. 34).

de incidencia colectiva. La incorporación de diez tratados internacionales de derechos humanos significó un importante avance en esta materia. Pero además, también se incluyeron varios artículos que reconocían expresamente la existencia de derechos colectivos o difusos, como eran aquellos relativos al ambiente (art. 41) y a usuarios y consumidores (art. 42). Junto a este reconocimiento, la Constitución Nacional establecía con rango constitucional la acción de amparo, una acción rápida con el fin de garantizar la vigencia de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución, los Tratados Internacionales o normas de carácter inferior. Esta acción podía ser individual o colectiva, permitiendo esta última la protección de los "derechos de incidencia colectiva en general" (art. 43).

La incorporación del amparo al texto constitucional (que sería una pieza fundamental en el posterior diseño de acciones judiciales por parte de los diversos grupos) fue uno de los temas más resistidos y con mayor discusión que hubo en la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías, y luego en el Plenario de la Convención Constituyente. Así, por ejemplo, durante el plenario, la convencional Rovagnati (Modin) se mostraba preocupada porque se habilitaría a las asociaciones a accionar en defensa de derechos colectivos, lo que supondría una utilización política de la Justicia, algo que consideraba "es ofensiva a nuestro sistema republicano" (Cit. en Maurino, Nino, & Sigal, 2005: p. 81)¹⁷². Sin embargo, esta fue la posición minoritaria, y la Convención acabó reconociendo al amparo como un instrumento "necesario para

¹⁷² Para esta convencional "la consagración de derechos difusos constituye una alteración del sistema democrático por cuanto incorpora componentes ajenos como son los intereses monotemáticos, que están afuera de los ámbitos públicos y privados. En el presente párrafo cuestionado por mi bloque se está reconociendo constitucionalmente y con facultades jurídicas a todo este tipo de movimientos alternativos que, como ya dijimos antes, reivindican para sí un tipo de contenidos que no son ni privados, en el sentido de que no pueden verse legítimamente afectados, ni públicos, en la medida en que no son objeto de los actores políticos tradicionales. Pero sí son políticos, porque pretenden que se reconozcan como legítimos sus medios de acción y que sus objetivos sean al menos tolerados por la sociedad global, y su éxito tendrá efectos sobre toda la sociedad y no sólo sobre el grupo al que hacen referencia". En igual sentido se expresaron otros constituyentes, como es el caso de la convencional Elordi, quien decía que se violaba la autonomía constitucional y no debían reconocerse los derechos de incidencia colectiva: "la interpretación de esta misma categoría de derechos dará lugar –sin dudas- a un ejercicio abusivo de imprevisibles consecuencias. Con el pretexto de defenderlos, por qué no decirlo, se abrirán las puertas a una inútil proliferación de juicios" (Cit. en Maurino, Nino, & Sigal, 2005: p. 80 – 81)

poder hacer valer [...] la vigencia de los derechos que la Constitución reconoce”, según la opinión mayoritaria, expresada por el convencional Díaz (PJ) (Cit. en Maurino, Nino, & Sigal, 2005: p. 78). El reconocimiento de derechos difusos, y la incorporación del amparo colectivo como remedio judicial para protegerlos dotó a abogados y organizaciones de una herramienta fundamental para la judicialización estratégica que vendría posteriormente. Al igual que en Estados Unidos, con la regla 23 (analizada en el capítulo 1), y otros países latinoamericanos (como eran los casos de Colombia¹⁷³ y Brasil¹⁷⁴ con sus acciones populares), con esta nueva Constitución, a partir de 1994 en Argentina sería posible pensar y diseñar jurídicamente estrategias a fin de colocar en la agenda pública temas vinculados al reconocimiento de derechos de incidencia colectiva.

3.3. Las acciones colectivas luego del '94

A más de 20 años de la vigencia de la nueva Constitución Nacional, todavía no existe una ley a nivel nacional que regule las acciones colectivas, y en el ámbito legislativo poco se ha avanzado. Sin embargo, esto no constituyó un obstáculo para su utilización en los tribunales nacionales. Para el año 2004 (es decir, diez años después de la reforma constitucional, y cuando la CSJN utiliza el caso *Brown* para fundamentar la existencia de casos de interés colectivo -caso “Bustos”-), la CSJN había resuelto unos 176 casos que se vinculaban con cuestiones colectivas.

Según surge de los datos presentados por Gustavo Maurino, Ezequiel Nino y Martín Sigal (2005) de estos 176 casos resueltos por la CSJN, entre el 1ero de enero de 1987 y el 30 de octubre de 2004, el 68% fue judicializado a través de acciones de

¹⁷³ Así, por ejemplo, la Constitución Política de Colombia de 1991 se incorporó el art 88 disponiendo que “la ley regulará las acciones populares para la protección de derechos e intereses colectivos”.

¹⁷⁴ En Brasil, por su parte, su Constitución Federal de 1988 reconoce, incorpora y garantiza el catálogo más extenso de derechos de dimensión colectiva de la región, y regula vías procesales específicas de tutela, como lo son el art. 129.III o 5.LXXIII (sobre acciones populares).

amparo¹⁷⁵, y entre los temas litigados la distribución fue la siguiente: 32% de los casos se vinculaban a derechos de usuarios y consumidores; el 19% a cuestiones ambientales; 19% a derechos civiles y políticos; 11% a temas vinculados al derecho del trabajo y de la seguridad social; el 10% de los casos, por su parte, versaban sobre derechos económicos, sociales y culturales; un 6% eran sobre casos de discriminación quedando un 3% remanente que incluía otros casos.

Según observan estos autores (2005: p. 103) “las acciones colectivas han tenido un desarrollo progresivo y sostenido a partir de la reforma constitucional y existiría una correlación entre la recepción constitucional de ciertos derechos de incidencia colectiva en particular y la expansión de su defensa judicial”. Otros datos interesantes que surgen son que en general estas acciones se han utilizado como medio de control judicial a los actos de gobierno (el Estado había sido demandado en un 85% de los casos) y que las ONGs se fueron convirtiendo gradualmente en los principales impulsores de estos casos.

Si bien, como se acaba de mencionar, pocos fueron los avances en materia de derechos colectivos, pueden al menos fijarse dos hitos legislativos y uno jurisprudencial en lo referido al reconocimiento de acciones colectivas.

El primer hito legislativo se vincula a la sanción de la ley 25.675 del 2002, denominada “Ley General del Ambiente”, convirtiéndose en la primera norma que contiene disposiciones expresas de acciones colectivas vinculadas con la protección de derechos de incidencia colectiva. Se trata de una ley de presupuestos mínimos “para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable” (art. 1), y que, en su artículo 30 reconoce la legitimación “para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal”.

¹⁷⁵ El resto de los porcentajes serían los siguientes: 7% acciones declarativas; 4% cautelares autónomas; 6% acciones sumarísimas y el 15% restante por otras vías.

El segundo hito que podemos mencionar vino de la mano de la ley 26.361 del año 2008, que modifica la ley de defensa del consumidor, profundizando el reconocimiento de las acciones colectivas en materia de consumo con los nuevos artículos 52, 54 y 55, consolidando reglas de procedimiento especiales para estas acciones¹⁷⁶.

El tercer y más importante hito vendría en el año 2009, cuando la CSJN resolvía el caso "Halabi"¹⁷⁷, regulando el art. 43 de la Constitución Nacional y creando la acción de clase en el marco de una causa en la que se analizó la inconstitucionalidad de las normas que autorizaban la intervención estatal de comunicaciones telefónicas y por Internet¹⁷⁸.

Esta sentencia judicial del máximo tribunal del país, además de proteger la privacidad en el uso de Internet y telefonía frente a posibles intromisiones estatales, regula la acción colectiva contenida en la Constitución Nacional, pero que nunca fue legislada. En este sentido, la CSJN consideró que hubo un retardo injustificado por

¹⁷⁶ Así, por ejemplo, el art. 54 establece: Acciones de incidencia colectiva. Para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso. La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga. Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda.

¹⁷⁷ Ver nota 141

¹⁷⁸ "Halabi, Ernesto c/ PEN ley 25.873 y decreto 1563/04 s/ amparo". En esta causa judicial, el actor, Ernesto Halabi promovió acción de amparo reclamando que se declare la inconstitucionalidad de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario, n° 1563/04, en cuanto autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin que una ley determine "en qué casos y con qué justificativos" puede llevarse a cabo. Solicitó la declaración de inconstitucionalidad de normas mencionadas porque consideró que violaban el derecho a la privacidad en su condición de consumidor y además, el derecho a la confidencialidad en su condición de abogado.

parte del legislador al no dictar una ley para facilitar el acceso a la justicia, y siendo estos derechos constitucionales de carácter operativos, es obligación de los jueces darles eficacia. Esto se justifica porque habría casos en que por una sola causa se afectan los derechos de numerosas personas y en los que resulta muy difícil para cada uno de los afectados promover una acción judicial, lo que resultaría en una violación al acceso a la justicia (ya que no se justificaría que cada uno de los posibles afectados de la clase de sujetos involucrados deba promover una nueva demanda peticionando la inconstitucionalidad de la norma). Partiendo de estas ideas, dicta ciertos presupuestos mínimos que deben seguir los jueces, y que son: 1) resguardar el derecho de la defensa en juicio (a fin de evitar que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha tenido la posibilidad efectiva de participar); 2) verificar la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre; 3) arbitrar un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio y 4) implementar medidas para dar publicidad con el fin de evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos.

Con el caso "Halabi", la CSJN dio una guía de cómo se debía interpretar y aplicar lo referido a las acciones colectivas reconocidas constitucionalmente, intentando poner fin a muchas discusiones doctrinarias y judiciales en torno a las mismas. Sin embargo, varios autores han considerado que la solución brindada por la CSJN ha sido particularmente ineficaz. Y esto se debe a que esta decisión se limitó a delinear sólo cuestiones procedimentales básicas, no brindando respuestas a una serie de aspectos que resultan esenciales para este tipo de acciones (y sobre todo, para una correcta implementación de un modelo de litigio y reforma estructural), causando importantes problemas prácticos (Gómez & Salomón, 2009; Vergara, 2011; Oyhanarte, 2015). Más allá de eso, lo que interesa destacar en este apartado, es que lo hizo a partir de las *Federal Rules of Civil Procedure* estadounidenses de 1938, las mismas reglas que instituían las acciones de clase de ese país y serían utilizadas por

organizaciones tales como la ACLU y la NAACP en sus campañas de litigio estratégico. De esta forma, con Halabi, el modelo instaurado por el caso *Brown* podía ejecutarse (al menos pretorianamente) en el país, permitiendo a abogados de diversas organizaciones estructurar estrategias de litigio diseñada “para producir cambios sustanciales en el derecho” (Tushnet, 2004: p. 1693).

4. Mutaciones en el poder judicial

Queda por último analizar cuál ha sido la recepción de todos estos cambios en el seno del poder judicial. Y es que, desde la perspectiva de Charles Epp (2013: p 111) las políticas judiciales, y la receptividad que tienen ante las demandas presentadas por estos grupos también influyen en la estructura de sostén necesaria para la planificación de campañas de litigio estratégico (y, en última instancia, para que esta “revolución de derechos” se obtenga). Y esto se debe a que, desde la perspectiva de este autor, las decisiones judiciales favorables alientan a “organizaciones y a los abogados defensores de derechos a invertir más recursos en la litigación tendiente a que se los reconozca”, generando nuevos recursos para litigar (2013: p. 111). Es por esto que se analizará el rol que cumplió la CSJN, los tribunales federales inferiores, y los juzgados contencioso-administrativos de la Ciudad de Buenos Aires, por ser estos últimos quienes jugaron un rol de vital importancia en las campañas presentadas por el movimiento argentino de la diversidad sexual.

4.1. El rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Tal como se mencionó al comienzo y desarrolló a lo largo de este capítulo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) cumplió un rol clave en el reconocimiento de nuevos derechos y en el fomento acciones colectivas. Sin embargo, tal como nos recuerda Martín Böhmer (2005, 2012), la CSJN no siempre actuó como el último garante del Estado de derecho. Y es que, desde el primer y

hasta el último golpe de Estado que sufrió el país, la Corte formuló y aplicó sistemáticamente la doctrina *de facto*, esto es la aceptación como autoridad de cualquier persona o grupo de personas que tuviera la capacidad de garantizar el orden y la seguridad pública. De este modo, el máximo Tribunal del país siempre convalidó judicialmente a estos gobiernos y sus decisiones¹⁷⁹.

Es por ello que Martín Böhmer (2012) advierte que han sido dos las principales actitudes que han caracterizado a la CSJN durante la mayor parte de su historia institucional. La primera es la de “deferencia horizontal”, la que básicamente consiste en no inmiscuirse en las decisiones de políticas públicas de los otros poderes del Estado nacional, fueron ellos *de facto* o *de iure*, y que sirvió de base para la formulación de las doctrinas *de facto* y de las cuestiones políticas no justiciables. La segunda es de “disciplinamiento vertical”, cuyo fin es intentar homogeneizar el derecho, en particular la interpretación de los Códigos, en toda la Nación, y que inspiró las doctrinas de la arbitrariedad de sentencia (cuando la Corte se avoca a cuestiones decididas por tribunales inferiores con el objeto de subsanar lo que ella considera son graves violaciones al debido proceso) la de la gravedad institucional y la del *per saltum*¹⁸⁰ (que le permiten tratar casos sin esperar el trámite normal del expediente). En este sentido se puede afirmar que las actitudes de la CSJN se caracterizaron por ser tradicionalmente conservadoras y formalistas.

La última reinstauración democrática en 1983 hizo pensar que esta posición de la CSJN cambiaría, a partir de las nuevas interpretaciones de este tribunal, tanto al rechazar la doctrina de facto (y con ello dando vía libre a los juicios sobre violaciones masivas de derechos humanos que se dieron durante la última dictadura) como adoptando los principios del liberalismo igualitario, es decir, la capacidad de cada ciudadano de elegir libremente su plan de vida con el límite de dañar a terceros. “De este modo [...] la distinción entre democracia y dictadura (un nuevo comienzo) y la

¹⁷⁹ Con relación a la doctrina *de facto* es importante mencionar que sólo los primeros pronunciamientos de la Corte (golpes de 1930 y 1943) incluían menciones expresas a que los gobiernos de facto se sometían a la Constitución.

¹⁸⁰ Actualmente, la figura del *per saltum* ha sido regulada a través de la ley 26.790.

reconstrucción liberal de la práctica constitucional argentina, adquirirían virtualidad de programa político hacia el futuro, y la Corte su rol de garante constitucional” (Böhmer, 2005: p. 2). Lo cierto es que este cambio de posición quedaría a mitad de camino, cuando en los años 90 el gobierno de Carlos Menem decidió llevar a cabo profundas reformas institucionales de aquellos órganos que podrían limitar su accionar. Como consecuencia de ello, la CSJN sufrió una ampliación (de 5 a 9 ministros) y el gobierno se aseguró así de contar con una “mayoría automática”, permitiendo convalidar jurídicamente sus decisiones por medio de una Corte que pasaría de tener aquella posición liberal e igualitaria a otra más autoritaria y perfeccionista, volviendo a asumir sus actitudes tradicionales (Böhmer 2005; 2012; Zayat, 2009; Oyhanarte, 2015).

Con la llegada de Néstor Kirchner a la presidencia de la Nación, y en el marco de su programa de “memoria, verdad y justicia” se produjeron nuevamente importantes cambios en la composición de la CSJN. A las dos semanas de asumir como presidente, promovió juicios políticos que culminaron destituyendo a varios miembros de la Corte entre los años 2002 y 2005.

Para la designación de los nuevos integrantes (y de nuevos jueces federales) se dictaron los decretos 222/03 y 558/03, estableciendo un procedimiento más transparente y participativo, que incluía el análisis previo de los bienes y los posibles conflictos de intereses que los candidatos pudieran tener, un período de impugnaciones abierto a toda la ciudadanía y una audiencia pública en el Senado.

La nueva composición de la CSJN “surgió con fuerte legitimidad social, lo cual le dio capacidad para impregnar al resto del Poder Judicial nuevos modos de intervención y contenidos. A su vez, a partir de sus fallos comenzó a perfilarse como un cabal tribunal constitucional” (CELS, 2013: p.36).

El nuevo perfil de la Corte hizo de este máximo tribunal nacional un lugar propicio para receptor demandas vinculadas al reconocimiento de derechos, a la protección de garantías constitucionales y a la aplicación de políticas públicas. Además de tener un rol activo en lo relativo al juzgamiento de crímenes de lesa

humanidad, también avanzó en temas previsionales (y con el caso "Badaro" determinó la inconstitucionalidad de la falta de actualización de los beneficios previsionales, lo que culminó en la modificación de la ley previsional), fortaleció garantías penales (con casos tales como "Di Nuncio", "Casal" y "Gramajo"), profundizó la aplicación del derecho internacional de Derechos Humanos (reconociendo la supremacía de estas instancias, como en el caso "Espósito") y clarificó temas vinculados al uso de estupefacientes (caso "Arriola") o al aborto no punible (caso "F.A.L.") desde la perspectiva de los Derechos Humanos (CELS, 2013). Internamente, implementó dentro de la misma corte (y el fuero federal) políticas de transparencia, entre las que se pueden mencionar el acceso a los expedientes *online*, la publicación de todas las sentencias y su normativa interna, la reglamentación de la figura del *amicus curiae* y la consiguiente publicación de un listado de casos institucionalmente trascendentes donde la ciudadanía podía presentarse y exponer sus consideraciones.

Asimismo, y antes del caso "Halabi", la CSJN dictó varias sentencias que reconocían la legitimación colectiva de ciertos actores y organizaciones para la defensa de los intereses difusos, como fueron el caso "Verbitsky"¹⁸¹ y "Mendoza"¹⁸², estableciendo que existía un deber por parte del Poder Judicial en subsanar aquellas omisiones, falencias o violaciones perpetradas por los otros poderes del estado y que contrariaban los derechos y garantías reconocidos constitucionalmente. Con estas nuevas interpretaciones judiciales, y con mayor transparencia y legitimidad, la Corte incentivó a diversos abogados y organizaciones a judicializar sus causas en los

¹⁸¹ En "Verbitsky H. s/ hábeas corpus" del 03/05/2005, la Corte reconoció al Centro de Estudios Legales y Sociales legitimación colectiva para interponer un habeas corpus correctivo y colectivo a favor de las personas detenidas en las comisarías bonaerenses y ordenó al Gobierno de la Provincia de Buenos Aires que revirtiera las condiciones inhumanas de confinamiento existentes.

¹⁸² El fallo es "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo)". Se trata de un caso ambiental donde se responsabilizó por daños y perjuicios al Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a 44 empresas. Posteriormente, se amplió la demanda hacia los 14 municipios de la Provincia de Buenos Aires por los que se extiende la Cuenca Hídrica Matanza Riachuelo. El 8 de julio de 2008, la Corte Suprema de Justicia de la Nación determinó quiénes debían ser los responsables de llevar adelante las acciones y las obras de saneamiento, el plazo en que debían ser ejecutadas, dejando abierta la posibilidad de imponer multas para el caso de incumplimiento.

distintos niveles del poder judicial, y exhortó a que los jueces a inmiscuirse a cuestiones consideradas anteriormente “políticas no justiciables”. El activismo judicial empezó a ser entendido como una actitud deseable, en un país con enormes desigualdades socioeconómicas perpetuadas muchas veces por la falta de políticas públicas o su mala implementación. El principio republicano de la división de poderes traía consigo la obligación que tenía el poder judicial de subsanar errores de los otros poderes, actuando independiente y activamente, por ser ellos los últimos garantes de que se respete la Constitución Nacional.

4.2. Tribunales Federales y Consejo de la Magistratura

Luego de varias entrevistas hechas a abogados de interés público en Argentina antes de la reforma constitucional, Stephen Meili (1998) advierte que la caracterización que estos profesionales hacían del poder judicial era la de un poder compuesto principalmente por jueces corruptos que respondían corporativamente a las demandas del mercado y del gobierno de turno, en un sistema caracterizado por ser excesivamente formalista y costoso.

La reforma constitucional incorporó en su artículo 114 al Consejo de la Magistratura como un órgano independiente para la selección de jueces federales. Hasta entonces, existía un sistema de selección de jueces marcadamente político (sistema que se mantuvo sólo para la selección de ministros de la CSJN, y dónde sólo intervenían los poderes legislativo y ejecutivo). El Consejo de la Magistratura pretendía “despolitizar” al poder judicial, para volverlo más independiente, transparente y eficiente. Su creación vino impulsada por diversos organismos internacionales que veían en el sistema judicial un límite al desarrollo del libre mercado y al acceso a la justicia (tal como ya se mencionó en el punto 3.2), y la idea era incorporar a la justicia federal magistrados mejor formados en cuestiones técnicas y jurídicas, a partir del modelo meritocrático de selección de jueces. Sin embargo, debido a la facultad de los jueces nacionales de revisar judicialmente

cuestiones políticas, se optó por generar un sistema híbrido, incorporando elementos del sistema meritocrático (francés) con el político (estadounidense) de selección de jueces, donde además de este Consejo, intervenían el Poder Ejecutivo y el Senado (Zayat, 2009).

El Consejo de la Magistratura comenzó a funcionar en 1998 con 20 miembros¹⁸³, los que fueron reducidos a 13 en el año 2006¹⁸⁴, con una presencia mayoritaria de miembros el área política (con la última reforma, el Consejo quedó compuesto por tres jueces, dos abogados, tres diputados, tres senadores, un profesor universitario y un miembro del Poder Ejecutivo). Según el análisis realizado por Demián Zayat (2009), durante los diez primeros años de funcionamiento del Consejo de la Magistratura, el 73.41% de los jueces fueron electos siguiendo el modelo meritocrático. El 26,58%, en cambio, obtuvo su posición de juez gracias al apoyo del poder ejecutivo.

Como consecuencia que el Consejo de la Magistratura haya “despolitizado” parcialmente a la justicia federal, y de la aplicación de políticas de transparencia de la Corte Suprema han impactado en el todo el fuero, se ha avanzado bastante en materia de protección de derechos humanos, sobre todo en lo referido a delitos de lesa humanidad, de derecho al trabajo (extendiendo las garantías de protección sindical) y derecho a la salud, no es posible afirmar aún que este se haya convertido en un lugar particularmente receptivo a las demandas colectivas. Conforme el CELS (2010), el poder judicial en el ámbito federal se ha caracterizado por ser altamente heterogéneo y tener un comportamiento errático, no pudiendo hablar de “un sistema judicial como si se tratara de una institución monolítica” (CELS, 2010: p. 25).

¹⁸³ Conforme Zayat (2009: p. 19) “la nueva constitución de 1994 estableció que el Consejo de la Magistratura debía ser creado dentro de un año, pero de hecho no fue establecido hasta 1998, cuando el Congreso aprobó la ley 24.973 y 24.939 el mismo día. Esta demora se debió a razones políticas. En 1995 el Presidente Menem tenía aún un mandato de 4 años por delante, y la creación del Consejo de la Magistratura habría restringido su poder considerablemente. En 1998, era su último año como presidente, y era probable que el partido opositor ganara las próximas elecciones (lo que sucedió). Por lo tanto, era una buena ocasión para limitar los poderes presidenciales”.

¹⁸⁴ Por medio de la ley 26.080.

4.3. El caso de los Tribunales Contencioso-administrativos de la Ciudad de Buenos Aires

El 25 de febrero del año 2015, el Juzgado Número 15 en lo Contencioso-administrativo y tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires resolvía una demanda contra el Estado¹⁸⁵, sentenciando que:

“El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires debe ser condenado a abonar una prestación mensual equivalente a un salario mínimo vital y móvil a una persona transexual que durante toda su vida sufrió una situación de estigmatización y discriminación desde distintas vertientes sociales e institucionales, en razón de su mora e ineficiencia en poner en valor y dar efectividad a las normas que tutelan la identidad de género, la igualdad, la autonomía, la libertad y la dignidad de la persona humana, máxime cuando el daño era previsible en atención a la vulnerabilidad del colectivo trans.”

Este es uno de los fallos de los últimos tiempos más interesantes que han sido dictados en materia de protección, defensa y reparación de derechos de sectores vulnerables. Sin embargo, no sorprende que dicha resolución se haya dictado en el fuero contencioso-administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, ya que éste se ha caracterizado por “desarrollar una vasta jurisprudencia en lo relativo a la protección efectiva de derechos sociales” (CELS, 2010: p. 29). En general, y desde su creación, este fuero se ha caracterizado por ser un espacio altamente permeable a las demandas de igualdad (en temas vinculados al género, niñez y juventud, migrantes, discapacidad y pobreza) y a la exigibilidad de derechos sociales (sobre todo en lo referido a derecho a la educación, salud, vivienda y medio ambiente sano). Asimismo, y tal como será desarrollado en el próximo capítulo, fue quien acogió favorablemente las demandas presentadas por el movimiento de la diversidad sexual, tanto en

¹⁸⁵ Caso “G., N. B. c. GCBA s/ daños y perjuicios”. Abeledo Perrot N°: AR/JUR/362/2015.

materia de matrimonio civil como en reconocimiento de la identidad de género de las personas trans.

La gran receptividad a las demandas de igualdad y reconocimiento y exigibilidad de derechos sociales hizo de los tribunales contencioso-administrativos y tributarios de la Capital (en adelante TCAyT) en el más importante espacio para el diseño y ejecución de acciones legales por diversas personas, grupos y organizaciones nucleadas en torno a temas o causas, y un lugar central en las disputas por los significados jurídicos de la normativa y las políticas públicas vigentes.

La profunda permeabilidad de los TCAyT se debería a que, por un lado la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires fija altos estándares de protección a principios de igualdad y protección de derechos, y por el otro al particular perfil de derechos humanos de la mayoría de los jueces que integran dicho fuero (Cardinaux, Clérigo, Aldao, & Ronconi, 2012).

Es importante destacar que los TCAyT se crearon a partir de la ley 189 de la ciudad de Buenos Aires, en el año 1999. Para entonces, se formó el Consejo de la Magistratura local, quien dispuso que el perfil de los jueces que debían seleccionarse para ocupar las doce vacantes existentes debía ser:

- Quien demuestre solvencia en materia de derecho administrativo, constitucional y de derechos humanos;
- Quien demuestre amplitud y flexibilidad para declarar la admisibilidad de las acciones;
- Y quienes no provinieran del ámbito del Poder Judicial (debido a cierta desconfianza existente al perfil tradicional de los magistrados).

Si bien estos estándares no fueron tenidos en cuenta para la incorporación de nuevos magistrados unos años después, en general las sentencias emanadas de estos tribunales suelen estar basados en los mencionados estándares. Todos estos jueces fueron elegidos por medio de concursos públicos de antecedentes y oposición, y casi todos comparten una perspectiva igualitarista y de exigibilidad social de derechos sociales, interpretando su competencia judicial de un modo amplio y en

favor de la protección jurídicas de sectores vulnerables (a pesar de los intentos del Ejecutivo por debilitar el marcado perfil social del fuero). Asimismo, todos los que intervinieron en cuestiones de matrimonio e identidad de género poseen estudios de postgrado, son profesores universitarios de la UBA y cuentan con una importante cantidad de publicaciones, existiendo una fuerte vinculación entre su vida académica y profesional (Cardinaux, Clérigo, Aldao, & Ronconi, 2012).

De esta forma, la reciente creación de este fuero y la incorporación de operadores jurídicos política y socialmente comprometidos generaron un espacio judicial único en el país, con un perfil claramente definido, el de la protección de los principios de no discriminación y del respeto por los derechos fundamentales, y haciendo posible que diversas campañas de litigio estratégico, como las impulsadas de la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans, hayan sido acogidas positivamente.

5. Conclusión

A lo largo de este capítulo se analizaron varias dimensiones que nos ayudarían a entender de qué manera el campo jurídico argentino se pudo haber tornado en un espacio fértil para el diseño e implementación de campañas de litigio estratégico. Las variables escogidas (el surgimiento de organizaciones o grupos que utilicen la judicialización como forma de acción política o que financien estas actividades, abogados dispuestos a representar a estas organizaciones; herramientas judiciales idóneas para la judicialización de causas colectivas y una buena recepción por parte del poder judicial) serían las que Charles Epp (2013) consideraría que son necesarias para que una “revolución de derechos” pueda acontecer, por ser éstas las que integran la “estructura de sostén”, una estructura básica para desarrollar exitosamente este tipo de campañas: “La litigación en defensa de los derechos que tiene éxito consume en general una cantidad de recursos que está más allá de lo que

puede afrontar el demandante individual, recursos que sólo puede aportar una estructura de sostén permanente” (Epp, 2013: p. 43).

De esta manera, el modelo de litigio instaurado por el caso *Brown* es un modelo que puede implementarse en nuestro país, algo que no es habitual, sobre todo en países de tradición jurídica continental europea. De hecho, David Landau (2012) considera que a nivel de derecho constitucional comparado, hay pocos países donde existan instrumentos legales que permitan a los jueces ordenar a las instituciones públicas que cumplan con la Constitución Nacional (“*structural injunction-like devices*”) y que Argentina “es uno de los pocos países que ha intentado implementar verdaderos remedios estructurales” (p. 246).

Podríamos afirmar que el modelo de litigio estratégico global recién comenzó a establecerse en Argentina en el siglo XXI (específicamente podríamos situarlo en el año 2004, con el dictado de la sentencia del caso “Bustos”, como se mencionó en la introducción), unos cincuenta años después que la Corte Suprema de Estados Unidos resolviera *Brown*. Y esto fue posible a partir del proceso de democratización que se dio en la década del ochenta, ya que los sucesivos golpes de estado que comenzaron en el año 1930, y se extendieron hasta el año 1983 impidieron el desarrollo de un tipo de litigio de impacto social en el país. En este sentido es importante destacar que no sólo a partir de la última reinstauración democrática las instituciones republicanas se transformaron o consolidaron, sino también que los argentinos comenzaron a ver los beneficios del Estado del Derecho. Durante esos años, la visibilidad que tuvieron los juicios contra los miembros de la Junta Militar vinculados a las violaciones sistemáticas de derechos humanos y las decisiones tomadas por la nueva composición de la CSJN transformaron las percepciones sobre el derecho y el rol del poder judicial en el país (Böhmer, 2005).

Además de las importantes mutaciones que se dieron en el ámbito jurídico, y que se analizaron a largo de este capítulo, Catalina Smulovitz (2005: p. 175) también advierte que los juicios a las juntas de 1985 “mostraron al poder judicial como un lugar donde los derechos de los ciudadanos podían exigirse y a la retórica del

derecho como potencialmente movilizadora y subversiva". Con estas palabras, la autora quiere expresar que el principal efecto de estos eventos judiciales fue la de revelar a los ciudadanos que existían herramientas legales y espacios para la resolución de disputas por entonces poco utilizadas, y en consecuencia a partir de los años 90 hubo una enorme expansión de la judicialización en todo el país. Y si bien las opiniones de los argentinos en relación al sistema judicial no parecen haberse modificado demasiado en los últimos años, sí aumentó la sensación de que somos portadores de derechos, produciéndose consecuentemente una transformación de las demandas individuales, sociales y colectivas en discursos y demandas de derechos, y dando intervención a los tribunales como una manera de legitimarlas y darle así reconocimiento público (p. 177). Estos cambios actitudinales de la ciudadanía también influenciaron la decisión de muchos grupos (particularmente de aquellos que se reunían espontáneamente en torno de ciertas causas) de judicializar sus demandas individuales y colectivas, fortaleciendo aquella estructura de sostén, principalmente a través de los diversos reconocimientos judiciales que obtenían (Ryan, 2011).

Por último queríamos mencionar que, a diferencia de lo que sucedió en Estados Unidos, la educación jurídica en el país no sufrió demasiados cambios ni transformaciones desde principios del siglo XX. Posturas como el realismo jurídico y corrientes críticas del derechos nunca ingresaron en la mayoría de las currículas universitarias, y las facultades de Derecho formaron a la mayoría de los abogados dentro de planes de estudios donde la formación se caracteriza por ser marcadamente teórica¹⁸⁶, y en los cuales se encuentran dos núcleos temáticos claros: Uno central, que se vincula al derecho positivo (como es el derecho civil, penal o comercial), y otro, más bien periférico, que supone cursos generales sobre disciplinas

¹⁸⁶ No obstante, en los últimos 30 años de transición democrática argentina se han experimentado diversos cambios curriculares que apuntan centralmente a la inclusión de un núcleo de formación práctica, a ensanchar el segundo núcleo temático con materias interdisciplinarias, a flexibilizar la *currícula*, a disminuir los años de cursado de la carrera, y a propender a una perspectiva crítica en la aproximación pedagógica. No todos estos objetivos se han logrado. La implementación de la mayoría de estas reformas están aún en proceso de ejecución.

que se consideran auxiliares o meramente informativas (entre los que se encuentran la historia, la economía y la sociología). Todo esto implica una gran ausencia de contenidos y debates que fomenten en los estudiantes perspectivas críticas que discutan con los discursos jurídicos dominantes. La consecuencia de todo esto ha sido que las carreras de abogacía acaban promoviendo una identidad profesional poco comprometida, carente de crítica ante los discursos sociojurídicos dominantes y altamente individualista, donde la mayoría de los futuros abogados se limitan a reproducir el orden social vigente (Brígido, 2006; Miskolci & Campana, 2013). A esto se le debe sumar el hecho de que no ha existido demasiado apoyo institucional por parte de estas facultades en todo lo vinculado a la promoción del derecho de interés público (Meili, 1998) lo que ha redundado en una inconsistente y limitada incorporación de abogados dispuestos a litigar casos vinculados al reconocimiento o exigibilidad de derechos colectivos. Incluso se ha aseverado que “en el mediano y largo plazo, la falta de retribución económica limita y desmotiva a generaciones futuras de abogados y abogadas a realizar y comprometerse con este tipo de prácticas, constituyendo un obstáculo para la continuidad y ampliación de esta modalidad de ejercicio profesional en el cambio jurídico” (Manzo, 2014: p 314). Lo cierto es que las condiciones en el campo jurídico estaban dadas para que diseñasen e implementasen exitosamente campañas de litigio estratégico por parte de diversos actores, y particularmente del movimiento de la diversidad sexual. Sobre estas campañas nos referiremos en el próximo capítulo.

Capítulo 5:

Campañas de litigio estratégico llevadas a cabo por el movimiento de la Diversidad Sexual en Argentina: reformas matrimoniales y reconocimientos identitarios

Es innegable que el Movimiento LGBT argentino ha podido avanzar bastante en el reconocimiento, protección y defensa de derechos que afectan al colectivo que vienen representando. Estos avances se profundizaron drásticamente a partir del año 2010, con una serie de reformas legales que incluyeron la posibilidad de acceder al matrimonio civil a las parejas del mismo sexo, el reconocimiento estatal de la identidad de género autopercebida de las personas trans y la inclusión de normas antidiscriminatorias en materia civil, penal y laboral por orientación sexual e identidad de género. Estas reformas fueron el resultado de muchos años de lucha y trabajo constante por parte de este movimiento, pero también se produjeron en el marco de un contexto internacional favorable y contando con el apoyo político del gobierno federal, quien receptó sus demandas dentro de un marco vinculando discursivamente a la defensa de derechos humanos (Diez, 2015).

Al igual que su par estadounidense, el movimiento de la diversidad sexual local comenzó a ver en los últimos años al poder judicial como un espacio políticamente potente para visibilizar su lucha, a partir de las transformaciones que el campo jurídico vino sufriendo en los últimos años. El lenguaje de los derechos humanos, el reconocimiento al derecho de la identidad de todas las personas, la protección judicial de los derechos colectivos y un creciente discurso a favor del activismo judicial mostraban a la justicia como un espacio de discusión promisorio y receptivo a sus demandas por reconocimiento de derechos e igualdad.

En esto contexto, el movimiento LGBT (o, mejor dicho, una parte importante de él, nucleado en torno a la Federación de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans) decidió lanzar campañas de litigio estratégico para, primeramente, la ampliación del

matrimonio a parejas del mismo sexo y seguidamente el reconocimiento del derecho de la identidad de género autopercibida del colectivo trans. Pero antes de continuar es importante remarcar dos cuestiones: La primera es que estas campañas no sólo se limitaron a la presentación de demandas judiciales, sino que las disputas políticas también se llevaron a cabo en el seno de los otros dos poderes del Estado, tal como se analizará en los siguientes apartados. La segunda cuestión se vincula al hecho de que si bien son campañas relativamente recientes (la primera de estas campañas fue lanzada en febrero del 2007), no se debe desconocer que los orígenes del movimiento de la diversidad sexual (movimiento homosexual por entonces) se deben remontar a fines de los años 60, y que para el lanzamiento de dichas campañas, se trataba de un colectivo organizado, con una importante trayectoria de lucha que había tenido la capacidad de formular sus demandas en el lenguaje de los derechos humanos y había establecido importantes relaciones con activistas y el sector político, algo que sería crucial para el éxito de estas campañas. En este sentido, nos parece importante primero detenernos un poco en la historia del movimiento, para luego centrarnos en las dos campañas de litigio que nos interesa analizar.

1. Desde "Nuestro Mundo" hasta la conformación de la "Federación": Un breve recorrido por la historia del movimiento LGBT argentino

Peter Jackson (2009: p. 358), al analizar la globalización del movimiento de la diversidad sexual y sus interacciones con el mercado, sostiene que "[...] como McDonald's y Disney, la globalización del movimiento LGBT comenzó en los Estados Unidos y ha transformado las culturas *queer* del planeta a través del imperialismo cultural, como resultado de la hegemonía global estadounidense". Fundamenta esta afirmación sosteniendo que tanto popular como académicamente, se entiende a los disturbios de *Stonewall* de 1969 como el acontecimiento fundante del movimiento de la diversidad sexual, movimiento que posteriormente se extendería al resto del mundo. Sin embargo, para el caso de Argentina, esta afirmación es sólo parcialmente

acertada. Si bien, por un lado, es cierto que la experiencia del movimiento estadounidense pudo haber tenido una importante influencia en el movimiento local, sobre todo en lo vinculado al desarrollo de campañas de litigio estratégico, por otro lado, dos años antes de los sucesos de *Stonewall* se formaba la primera agrupación de la diversidad sexual en Argentina, poniendo en evidencia que la experiencia argentina es incluso anterior a la estadounidense, y que tiene una larga data.

1.1. Nuestro Mundo, el Frente de Liberación Homosexual y la Dictadura

A diferencia de Estados Unidos, el sistema legal argentino se inspiró en el modelo francés, y consecuentemente no sólo la sodomía nunca fue penalizada, sino que siempre existió una garantía constitucional que protegía los actos privados de las personas contra las intromisiones del Estado (en la medida que no afectaran a terceros). Asimismo, con la reforma de 1888 al Código Penal, se eliminó completamente la penalización de cualquier acto sexual cometido consensuadamente por adultos, y conforme Pablo Ben (2010) desde fines del siglo XIX hasta 1930 se caracterizó por una mínima persecución penal a los homosexuales. Para la década del 30, y en medio de una gran crisis política, económica y social que vivía el país la postura hacia los homosexuales comenzó a endurecerse: se dictaron edictos policiales y códigos de falta provinciales para penalizar las conductas homosexuales o el travestismo (Roelaw, 2009), normas que justificaron el accionar arbitrario contra los miembros de esta comunidad, y que en algunos casos se mantuvieron vigentes hasta hace pocos años¹⁸⁷.

La intolerancia social sufrida por este colectivo y la represión constante de la que era víctima por parte de la policía motivó a que se creara la primera organización de la diversidad sexual en el país. En Octubre de 1967 un grupo de homosexuales liderados por Hector Anabitarte, fundó "Nuestro Mundo", el primer grupo homosexual

¹⁸⁷ La derogación de este tipo de figuras en el Código de Faltas de la Provincia de Formosa en mayo de 2012 significó el punto final en el país de estas normas que criminalizaban a gays, lesbianas, bisexuales y trans en Argentina.

de América Latina. Su trabajo quería denunciar la “represión heterosexista” debido a que eran víctimas constantes del abuso policial. Sus miembros en general se identificaban con la izquierda revolucionaria y sus actividades se limitaron principalmente a imprimir y distribuir folletos en donde denunciaban las detenciones arbitrarias que sufrían (Diez, 2015).

En Agosto de 1971, “Nuestro mundo” se transformó en el “Frente de Liberación Homosexual” (FLH). En realidad este frente se componía de varias otras agrupaciones, como eran el grupo “Profesionales” (con un perfil marcadamente académico), “Bandera Negra” (compuesto por actores y bohemios con tendencias anarquistas), el grupo “Safo” (de mujeres) y “Emanuel” (un minúsculo grupo cristiano) (Bazán, 2010). El FLH comenzó a articular un discurso basado en la necesidad de liberar a los homosexuales tanto de la represión policial como de la estigmatización social, considerando que era necesario desafiar la “ideología familiar” impuesta por el Estado. El Frente “forjó una relación cercana con organizaciones de mujeres [...] lo que lo fortalecería y mostraría ser fundamental para la conformación de coaliciones en los años subsiguientes. De hecho, mientras partidos de izquierda y organizaciones se negaban a apoyar su causa, grupos feministas le brindaron su apoyo” (Diez, 2015: p. 78). Gradualmente el FLH comenzó a ganar notoriedad pública, a partir de la publicación de la revista “Homosexuales” y la aparición en revistas de difusión masiva, como en la revista “Así”. Asimismo, participaban activamente en varias de las protestas que se llevaban a cabo, en donde llamaban a la “liberación homosexual” en un contexto de grandes convulsiones sociales. El endurecimiento de la represión con la asunción presidencial de María Estela Martínez de Perón, y el posterior golpe de Estado significaron la completa desaparición del movimiento (Bazán, 2010):

“La represión perpetrada por la dictadura militar dejó una importante impronta en el movimiento argentino de gays y lesbianas. Si bien no existía una política específica por parte del Estado que se dirigiera contra homosexuales, sus

líderes más tarde manifestaron que cuatrocientos homosexuales habían desaparecido, y usarían dichas manifestaciones contra la represión sufrida para construir un discurso en torno a los derechos humanos” (Diez, 2015: p. 79).

1.2. “Con discriminación y represión no hay democracia”: el surgimiento de la Comunidad Homosexual Argentina (CHA)

La reinstauración de las instituciones democráticas de 1983 no implicó mayor tolerancia hacia los disidentes sexuales. Si bien por un lado varios bares y boliches gays abrieron en Buenos Aires, Córdoba y Rosario, edictos y códigos contravencionales se seguían aplicando: “A escasos cuatro meses de la asunción presidencial de Alfonsín, el 22 de marzo de 1984 miembros de la policía detuvieron aproximadamente a cincuenta activistas en el boliche gay Balvanera en Buenos Aires, bajo las figuras de los antiguos edictos policiales que no habían sido reformados durante la transición democrática” (Diez, 2015: p 80). Como resultado de estas *razzias*, entre diciembre de 1983 y marzo de 1984 unos 343 individuos fueron detenidos por la policía. Para entonces la posición del flamante gobierno democráticamente electo era la de considerar a los homosexuales como enfermos:

“A poco de asumir el gobierno radical, Antonio Troccoli, entonces ministro del Interior de Alfonsín, enseñaba claramente los límites de los beneficios de la libertad que había pregonado el Presidente en campaña: le preguntaron en la revista *El Porteño* sobre las continuas razias que sufrían los locales de diversión homosexual y los encarcelamientos que la policía continuaba realizando, con el uso indiscriminado de los edictos que el partido gobernante se había comprometido a eliminar en su plataforma electoral. Su respuesta fue clara [...]: La homosexualidad es una enfermedad. De manera que nosotros pensamos tratarla como tal. Si la policía ha actuado es porque existieron exhibiciones o actitudes que comprometen públicamente lo que podría

llamarse las reglas del juego de una sociedad que quiere ser preservada de manifestaciones de este tipo; de manera que no hay tal persecución, por el contrario creo que hay que tratarla como una enfermedad" (Bazán, 2010: p 395-396).

Como resultado de las detenciones masivas y arbitrarias, y las declaraciones del gobierno, a un mes de lo sucedido en el boliche Balvanera, un grupo de cerca de cien personas dieron los primeros pasos para la creación de la Comunidad Homosexual Argentina (en adelante CHA). La organización estaría compuesta por varias agrupaciones, tales como Pluralista, San Telmo, Contacto, Camino Libre, Pertenencia, Amigos, Nuevo Mundo, Lambda y Grupo de Mujeres. Sus metas a conquistar a corto plazo eran la de conseguir una sede, solicitar personería jurídica, montar un servicio legal y lograr la edición de un boletín informativo. La Asamblea de la flamante CHA eligió a Carlos Jáuregui como presidente, convirtiéndose en el principal referente del movimiento homosexual en la Argentina posdictadura. Ideológicamente, consideraban que debían tener una perspectiva "reformista", basada en el discurso de la democracia y los derechos humanos, adoptando como lema "con discriminación y represión no ha democracia" (Brown, 2002). Asimismo, adoptaron una estrategia de visibilización del colectivo como principal herramienta para cambiar las percepciones sociales en torno a la sexualidad y a la heteronormatividad (Belucci, 2010). Del mismo modo, comenzaron a cooperar con diversas organizaciones y activistas, forjando importantes alianzas con distintos movimientos sociales (como fue con la organización de Madres de Plaza de Mayo) y partidos políticos (como el Partido Obrero, el Partido Humanista y el MAS – Movimiento al Socialismo-) (Brown, 2002; Diez, 2015).

Por otra parte, la CHA tempranamente debió comenzar a judicializar sus demandas: durante la década de 1980, esta agrupación adquirió bastante visibilidad a partir de una disputa judicial que finalizaría con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1991. La judicialización temprano de la "cuestión

homosexual” se remonta a la década del ochenta, cuando la CHA solicitó a la Inspección General de Justicia de la Nación el reconocimiento de la personería jurídica de dicha agrupación. La solicitud fue denegada tanto por este órgano administrativo como por la Sala “I” de la Cámara Nacional de Apelaciones, por considerar que la Comunidad Homosexual Argentina no propendía al bien común, un requisito necesario para que sea dado dicho reconocimiento. El 22 de noviembre de 1991 la CSJN resuelve ratificar las decisiones anteriores, negando por mayoría el reconocimiento de personería jurídica.

El extenso fallo de la Corte incluía argumentos tales como que la homosexualidad es un trastorno en la conducta sexual y en gran parte de los casos requiere un adecuado tratamiento psiquiátrico o la necesidad de vincular el bien común a la moral cristiana, lo que en el plano de la sexualidad se vinculaba con la procreación:

“ La ausencia de interés social es marcada en ciertos campos en donde se pretende excluir la discriminación, pues algunos son totalmente ajenos al legislador -que podría por ejemplo so color de impedir discriminación religiosa, imponer a una comunidad religiosa, la aceptación de sacerdotes homosexuales- y otros resulta difícil interpretarlos ya que no se comprende en que consiste la “discriminación en lo familiar”, pues tampoco parece aconsejable, poner en un pie de igualdad a personas de conducta sexual desviada frente a instituciones como la adopción, tutela, aunque no se llegue al extremo de legalizar uniones homosexualesseudomatrimoniales. Aún cuando se admitiese que el concepto constitucional de bien común es que sostiene la recurrente (“todo aquello que haga posible que toda persona desarrolle plenamente sus potencialidades tendiendo al logro de su propia perfección”) no se advierte cual es la perfección que pueda alcanzarse mediante el desarrollo de la homosexualidad. La denegación de personalidad jurídica solicitada por la recurrente no viola derecho constitucional de asociarse

con fines útiles. Tampoco está violada la ley 23.592 ya que la denegación no se funda en la condición de homosexual de los peticionantes, sino en el objeto de la entidad que pretende crear” (Voto del Ministro Augusto C. Belluscio. Fallos 314: 1531).

La negativa judicial al pedido de reconocimiento de la organización aumentó la presión interna e internacional contra el gobierno (Petracci & Pecheny, 2007), y ante estos hechos, el Presidente Carlos S. Menem resolvió otorgar finalmente la personería el día 17 de mayo de 1992. Es interesante remarcar por un lado que si bien el primer caso judicial de una organización homosexual no obtuvo una acogida favorable, permitió sin embargo visibilizar e internacionalizar sus demandas, lo que redundó en el reconocimiento de esta organización, y por el otro que veinte años antes, la organización LGBT estadounidense Lambda también debió desafiar judicialmente la denegatoria a la personería jurídica por parte de la administración, constituyendo en ambos casos el primer precedente importante para los movimientos de la diversidad sexual de cada país¹⁸⁸.

Como consecuencia del reconocimiento jurídico a la CHA, esta organización comenzó a ampliar sus actividades y objetivos, entre los que se pueden mencionar el de organizar las primeras marchas “del Orgullo y la Diversidad” en Buenos Aires, presionar al gobierno nacional para la aprobación de una ley de lucha contra el HIV-Sida, y comenzar a armar un brazo más “jurídico”, denominado Gays y Lesbianas por los Derechos Civiles (Gays DC) con el fin de atacar tanto los códigos de faltas y edictos policiales como también las normas que discriminaban a gays, lesbianas y travestis/transexuales (Belucci, 2010; Diez, 2015). Asimismo, la CHA comenzó a tomar una actitud más activa en cuestiones políticas, participando en los debates de reforma de la Constitución Nacional de 1994 y posteriormente en la nueva constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, consiguiendo que se incorporen en el texto

¹⁸⁸ Este hecho ha sido oportunamente tratado en el capítulo 3.

constitucional porteño previsiones antidiscriminatorias vinculadas a la orientación sexual. Según relata Jordi Díez (2015: p. 116) con relación a estas previsiones:

“Su primer triunfo político tuvo una importante dimensión simbólica para muchos activistas. Como María Luisa Peralta, conocida activista lesbiana para entonces, indicó: la inclusión de un derecho sexual en el marco constitucional de la ciudad les había dado una importante visibilidad y los había convertido en sujetos de derecho”

Con este primer triunfo político, la CHA consiguió empoderarse, y comenzó a presionar para que se derogaran los edictos policiales porteños que penalizaban prácticas homosexuales, ya que violentaba los nuevos principios constitucionales, y obtenido esto, la CHA junto al CELS presionaron para evitar que hubiera referencias discriminatorias contra miembros de la comunidad LGBT en el nuevo código de convivencia de la Ciudad¹⁸⁹.

1.3. Uniones Civiles y la conformación de la Federación LGBT

La incorporación del derecho a no ser discriminado en base a la orientación sexual en la ciudad de Buenos Aires obligó a que se llevara a cabo una discusión en el seno del movimiento de la diversidad sexual en el país, estableciendo cuáles serían los próximos objetivos a alcanzar. Inspirándose en las experiencias española y francesa, la CHA comenzó a debatir sobre la posibilidad de que se adopten las uniones civiles en la Ciudad de Buenos Aires, y a buscar apoyo por parte de organizaciones sociales, figuras políticas, medios de comunicación, instituciones académicas (entre los que estaban la UBA y la U. de Palermo) y organismos estatales (tales como la del INADI) con el fin de fortalecer sus demandas. La estrategia de

¹⁸⁹ Es importante destacar que la mayoría de los avances en materia LGBT se limitaron a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y en menor medida, a la ciudad de Rosario.

obtener apoyo a su nueva demanda demostró ser eficaz, y el proyecto de ley de uniones civiles que había presentado ante la nueva legislatura de Buenos Aires fue aprobado luego de 14 horas de debate, el 12 de diciembre del año 2001. El mismo entraría en vigor en marzo del año siguiente (Hiller, 2008).

Desde su creación, la CHA se erigió como el principal referente del movimiento de la diversidad sexual y sus estrategias políticas habían sido bastante eficaces. Parte de la eficacia tuvo que ver con el hecho de que habían transformado sus demandas políticas en discursos jurídicos, discursos de derechos humanos. Y quizás por ello, y a diferencia de otros movimientos sociales, vieron al poder judicial como un potencial aliado para interponer sus demandas. El respeto a los derechos del colectivo LGBT estaba articulado como parte integrante del discurso de los derechos humanos, y la aprobación de la ley de unión civil para parejas del mismo sexo en Buenos Aires tenía un efecto simbólico importantísimo para la organización. Luego de esta ley, la CHA entendió que era necesario impulsar la modificación de la ley nacional de discriminación, donde se debía incluir la orientación sexual como causal de discriminación y combatir los códigos de faltas provinciales que criminalizaban a gays, lesbianas y trans (Diez, 2015). Para el año 2008 existían todavía unas diez provincias con este tipo de legislación, por lo que se lanzó una campaña conjunta con el ADC para “apoyar la derogación de los Códigos Contravencionales y/o de Faltas de las diez provincias que criminalizan explícitamente en el texto de sus artículos a travestis, trans, gays y lesbianas”¹⁹⁰. A esta campaña adhirieron varias organizaciones sociales, entre ellas la recientemente creada Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans, un nuevo espacio conformado por varios grupos LGBT que impulsarían las campañas de litigio estratégico que vamos a analizar, y que se erigirían como la principal organización LGBT en los próximos años, oponiéndose abiertamente a la CHA en materia de matrimonio.

¹⁹⁰ Sobre la campaña puede consultarse el siguiente link: <http://www.cha.org.ar/campana-nacional-por-la-derogacion-de-los-codigos-de-faltas-y-contravencionales/> (último acceso: 22/09/15)

La Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (en adelante "la Federación" o la "FALGBT") fue fundada el 6 de junio del año 2005. La decisión de crearla se remonta al año 2004, cuando se organiza en la ciudad de Rosario el "Primer Encuentro de Organizaciones LGBT del Mercosur", y cinco organizaciones argentinas deciden comenzar a trabajar conjuntamente. Estas organizaciones eran ATTTA (Asociación de Travestis, Transexuales y Transgéneros de Argentina), La Fulana, Nexo, Fundación Buenos Aires Sida y VOX (Campana, 2011). Según Emiliano Litardo (2009: p. 171) la FALGBT surge como consecuencia de la experiencia española, la FELGBT –Federación Estatal de Lesbianas, gays, bisexuales y trans- que "posibilitó la reforma al código civil español para el acceso al matrimonio entre personas del mismo sexo" en el año 2005. En nuestro país, la Federación tuvo "una serie de objetivos que se destacan a priori por una nacionalización de la cuestión GLTTTBI en todo el territorio argentino. La Federación se ha instalado como un espacio de integración regional en procura de lograr una articulación a nivel federal como estrategia de integración en la lucha y reclamo por derechos civiles y políticos de la comunidad GLTTTBI". Con la creación de la FALGBT, la demandas por reconocimiento legal de parejas del mismo sexo empezó a ganar fuerzas por parte de estos sectores, y mientras la CHA quería nacionalizar su proyecto de unión civil, la Federación desde el comienzo decidió pelear por la ampliación del matrimonio civil, y una vez conformada, una de sus primeras acciones fue la presentación de un proyecto de ley titulado "Código Civil: modificación del matrimonio y los derechos en las relaciones de familia; derecho a contraer matrimonio de las parejas homosexuales (expte. 6633-D-2005)", ingresado el 2 de diciembre del año 2005. La campaña por el "matrimonio igualitario" había comenzado.

2. "El mismo amor, los mismos derechos": La campaña de litigio estratégico por el "matrimonio igualitario"¹⁹¹

¹⁹¹ Resolvimos poner entre comillas la expresión matrimonio igualitario por dos motivos. El primero, tiene que ver con que parte del movimiento de la diversidad sexual no consideraba que fuera

La presentación del proyecto de ley de reforma al matrimonio civil impulsado por la Federación era parte de una campaña más amplia, que pretendía presionar a los tres poderes del estado para obtener la ampliación del matrimonio a parejas no heterosexuales. La idea era presentar “amparos en la Justicia, proyectos de ley en ambas cámaras del Congreso –que nos permitirían, además, trabajar sobre todas las fuerzas políticas, oficialistas u opositoras- y el reclamo al Ejecutivo para que respaldara la reforma del Código Civil. Había que recorrer los tres caminos al mismo tiempo, dando cada paso con acciones de fuerte impacto mediático [...] buscando el respaldo de distintos sectores de la sociedad civil” (Bimbi, 2010: p. 53).

Nosotros nos centraremos en desarrollar y analizar las acciones judiciales que se llevaron a cabo en el marco de esta campaña, que mostró ser una de las experiencias de litigio más controversiales en materia de judicialización estratégica y avance por los derechos civiles de grupos socialmente desventajados. Pero antes de ingresar a los casos disputados en los tribunales nos parece importante remarcar que la institución matrimonial argentina estuvo fuertemente moldeada por sentencias judiciales: tanto la creación del matrimonio civil como la legalización del divorcio vincular se debatieron en el seno del poder judicial.

En este sentido, el primer Código Civil sólo contemplaba la posibilidad de matrimonio religioso. Aquellos ciudadanos que no profesaran ninguna religión o profesaran alguna de las que no estuvieran reconocidas por el Estado o careciese de sacerdotes en el país no podrían acceder al matrimonio (conf. art. 182 para “matrimonios no católicos o no cristianos”). Para 1887 Benancio Perdía y Josefa Pando, una pareja de bautistas reclamaron judicialmente su derecho a casarse. El Procurador General de la Nación, Eduardo Costa, consideró que la ley debería haber

realmente igualitario. En el fondo, personas trans o intersex que no tenían reconocida su identidad de género no podrían acceder al matrimonio si no fuera a través de su nombre asignado al nacer. Para parte de este colectivo, el matrimonio sólo sería igualitario en la medida que ellos/as puedan acceder al matrimonio siendo reconocidos en su identidad de género. El segundo motivo se vincula a que la denominación de “igualitario” fue una decisión político-discursiva por parte de la FALGBT, para relacionar esta demanda a principios democráticos y de igualdad jurídica, legitimando así su reclamo ante la sociedad.

previsto estos casos y recomendó la sanción de una nueva ley que lo regulara o “más naturalmente, el establecimiento del matrimonio civil” dado que “mientras no sea permitido a católicos y protestantes y a los que no son ni católicos ni protestantes ni profesan religión alguna formar una familia sin abjurar de sus convicciones o sus creencias, están muy lejos de ser una realidad las más solemnes declaraciones de la Constitución y son mentidos los beneficios de la libertad que ella ofrece a todo el que quiera habitar el suelo argentino” (Cit. por Bimbi, 2010: p. 42). Al poco tiempo se comenzó a discutir y se aprobó la ley de matrimonio civil (ley 2393).

Noventa y nueve años después, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CJSN) resolvía sobre la inconstitucionalidad del Código Civil en cuanto establecía la indisolubilidad del vínculo matrimonial. Juan Bautista Sejean quería contraer matrimonio con Alicia Natalia Kuliba, pero por haberse casado con anterioridad no podía volver a hacerlo, a pesar de que estaba separado desde hacía tiempo de su esposa. Sejean solicitó judicialmente que declararan disuelto el primer matrimonio y autorizasen la celebración de nuevo matrimonio civil. En el caso “Sejean c/ Zacks de Sejean” la CSJN consideró que la indisolubilidad del vínculo sólo podía entenderse como una reminiscencia del catolicismo, algo incompatible a cualquier estado laico, y que

“para que una Ley de Matrimonio Civil sea compatible con el sistema de libertad consagrado en nuestra Constitución, debe serlo también con la neutralidad confesional que ésta adopta, de modo tal que esa ley no obstaculice la plenitud de la garantía constitucional de profesar cualquier religión o no profesar ninguna. De este modo resultaría violatorio del art. 14 de la Constitución Nacional imponer coactivamente alguno de los principios de las diversas religiones que coexisten en nuestra sociedad, incluido el de la indisolubilidad del vínculo matrimonial prescripto por el credo católico, respecto de aquéllos que no profesan esa religión” (Voto del Ministro Enrique Petracchi. Considerando 11. Fallos 308:2268).

Estos antecedentes judiciales, en donde distintas parejas solicitaban autorización para contraer matrimonio civil (en el primer caso, de una pareja no católica, en el segundo, el miembro de una pareja que por no poder divorciarse, no podría volver a casarse) fueron tenidos en cuenta por la Federación LGBT para pensar en la viabilidad de su reclamo. En el fondo, consideraban, el matrimonio civil era una institución que nada tenía que ver con el matrimonio religioso, y la exclusión de parejas no heterosexuales constituía una violación al principio de igualdad ante la ley. En este sentido, varios de los fundamentos de "Sejean" podrían ser aplicados ante una demanda similar presentada por una pareja del mismo sexo. Y este sería su punto de partida.

2.1. Los primeros pedidos judiciales a favor del matrimonio entre parejas del mismo sexo: el caso "Rachid".

El día de San Valentín, el 14 de Febrero del 2007, se lanzó "oficialmente" la campaña de litigio estratégico por el "matrimonio igualitario". La elección de ese día no fue casual. La idea era que los medios de comunicación alertaran que el día de los enamorados, una pareja de lesbianas solicitaba un turno para contraer matrimonio, y que éste sería denegado por el Estado, consiguiendo así tener la mayor cobertura mediática posible. La finalidad era poder llegar ante la CSJN solicitando la inconstitucionalidad del Código Civil en cuanto establecía que el matrimonio sólo podía ser celebrado entre una pareja compuesta por un hombre y una mujer.

María Rachid y Claudia Castro, una pareja que además pertenecía a la asociación lésbica "La Fulana", se presentó ante un Registro Civil de la ciudad de Buenos Aires y ambas solicitaron un turno para contraer matrimonio. Fueron acompañadas por un escribano, la presidenta del INADI (María José Lubertino), los por entonces diputados Eduardo di Pollina, Silvia Augsburger y Marta Maffei, entre otros militantes y miembros de la prensa: "Me encantaría poder casarlas, pero no

puedo. La ley no me lo permite. Pero les deseo mucha suerte y que tengan éxito en su lucha” fue la respuesta de la funcionaria pública del Registro. Se labró un acta de lo sucedido y con la negativa certificada se comenzó a elaborar un amparo judicial para presentarse ante la justicia (Campana, 2011).

El amparo solicitaba la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código Civil por entonces vigente, con el argumento que estos artículos violaban los principios de igualdad ante la ley, no discriminación, libertad individual y reserva de los actos privados. Asimismo estaban afectados los derechos a contraer matrimonio, a la libre asociación y protección integral de la familia, derechos consagrados en tratados internacionales de jerarquía constitucional.

El amparo cayó en el Juzgado Civil N° 83, a cargo de la jueza María Bacigalupo y fue caratulado como “Rachid María de la Cruz y Otro c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas S/ Medidas Precautorias”. La jueza resolvió primeramente declararse incompetente ya que, en su opinión, era el fuero contencioso-administrativo de la Ciudad de Buenos Aires quien debía resolver, debido a que la parte demandada era un Registro Civil dependiente del Gobierno de la Ciudad. La Federación apeló esta decisión y la Cámara Nacional de Apelaciones (Sala “F”) confirmó la competencia de la jueza civil.

El 22 de junio el 2007 la jueza resuelve rechazar la acción de amparo presentada. Entre otros fundamentos sostuvo que

“La Institución del matrimonio no atiende sólo a los intereses privados de los contrayentes o al desarrollo de su personalidad, sino que regula actos que van más allá de la esfera de la intimidad y que se relacionan directamente con la organización de la sociedad misma. Está destinado a la continuidad de la especie y a la educación de los hijos. [...] Afirmar que la unión de dos personas homosexuales debe ser considerada matrimonio, es desvirtuar completamente el concepto de dicha institución”

El fallo sería apelado y en septiembre la Cámara de Apelaciones confirmaría la sentencia de primera instancia. Este nuevo fallo, firmado por Fernando Posse Saguier, José Luis Galmarini y Eduardo A. Zannoni consideraba que

“Las leyes no suelen definir qué se entiende por matrimonio. No es necesario que lo hagan, pues, sobreentendido está que el derecho positivo recoge una realidad aceptada universalmente: la unión intersexual [...] Sin embargo, debe observarse que los homosexuales no son discriminados *a priori* en razón de su orientación sexual para acceder al matrimonio. Una persona homosexual, fuere hombre o mujer, goza de la misma aptitud nupcial que un heterosexual, *precisamente porque la ley no discrimina*. En otras palabras, la orientación sexual no integra el elenco de requisitos para casarse. Lo que el homosexual no puede, por exigencia legal, es contraer matrimonio con alguien que sea de su mismo sexo. [...] La norma que establece que el matrimonio debe celebrarse entre personas de distinto sexo tiene una justificación absolutamente objetiva y razonable, que consiste en el interés del Estado en privilegiar las uniones que tienden a continuar la especie, sirven para la procreación y dan base a la familia, por lo tanto, el distinto tratamiento es proporcionado con respecto a su finalidad”.

Este fallo, si bien rechazaba el pedido de matrimonio, permitía hacer llegar la demanda de la Federación ante la CSJN, y con ello discutir verdaderamente los alcances del matrimonio: “Más allá de que habíamos iniciado, en simultáneo, un camino en el poder Legislativo y otro en el poder Judicial, en ese entonces teníamos mucha más confianza en las convicciones jurídicas de los jueces de la Corte que en los vaivenes políticos del Congreso” (Bimbi, 2010: p 111).

El caso “Rachid” no era el único que se estaba tramitando. El 13 de junio del 2007, se presentaba un segundo amparo en la justicia civil nacional, el de Alejandro Vanelli y Ernesto Larrese, una pareja homosexual vinculada al mundo del teatro

porteño y que estaban juntos hacía más de 32 años. Este caso, también sería rechazado en instancias inferiores y llegaría ante la CSJN. Hubo incluso un tercer caso que fue el primero en presentarse en el interior del país, en la ciudad de Rosario. Para entonces, Rosario se presentaba como una ciudad con políticas progresistas y a favor de los derechos LGBT. En este sentido, había proclamado ordenanzas municipales, implementado programas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género y establecido un Área de diversidad sexual. El 18 de febrero del año 2008 Martín Peretti Scioli y Oscar Márkich solicitaban un turno para contraer matrimonio en el Registro Civil de la Ciudad. Lo hicieron acompañados de varias personalidades políticas y referentes movimientos sociales locales¹⁹². Y ante la negativa del otorgamiento del turno, se presentó un amparo en la justicia provincial santafecina.

De todos, el caso "Rachid" fue el primero en llegar ante la Corte Suprema, y ya en el máximo tribunal se presentaron varios escritos en calidad de *amicus curiae*¹⁹³, el primero fue por parte del INADI. El segundo vino desde Canadá: Robert Wintemute, un abogado canadiense doctorado en Oxford y profesor de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de King's College de Londres se presentó dando argumentos a favor. Posteriormente el partido socialista de la provincia de Santa Fe y la Gobernación de Tierra del Fuego también se presentaron apoyando el reclamo (Campana, 2009). Mientras se esperaba una resolución de la Corte, activistas de la

¹⁹² Conforme Bruno Bimbi (2010: p. 110) la pareja estuvo acompañada por "Eduardo di Pollina, presidente de la Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Fe y ex diputado nacional, Miguel Zamarini, presidente del Consejo Municipal; las legisladoras santafecinas Lucrecia Aranda y Alicia Gutiérrez; la diputada nacional Verónica Benas; el presidente de VOX, Guillermo Lovagnini, y otros activistas, compañeros y amigos".

¹⁹³ Los "*amici curiae*" (palabras que en latín significan amigos del Tribunal) consisten en presentaciones que pueden realizar terceros ajenos a una disputa judicial —pero con un justificado interés en la resolución final del litigio—, a fin de expresar sus opiniones en torno a una materia determinada, a través de aportes de trascendencia para la sustentación del proceso judicial. Este instituto, instaurado en nuestro país por la acordada 28/2004 de la Corte Suprema, posibilita a las personas o grupos de personas la comunicación con el juez de manera transparente y directa a través de presentaciones escritas, elevando y democratizando así el nivel de discusión durante la contienda judicial y cuya resolución ciertamente tendrá un fuerte impacto en la sociedad (Campana, 2010).

FALGBT presionaban a diputados/as y senadores/as para tratar los proyectos de leyes presentados.

2.2. El primer "matrimonio igualitario" y el fin del mundo

Mientras algunos pastores evangélicos alertaban sobre el posible fin del mundo que vendría luego de la aprobación de una ley que permita el matrimonio entre personas del mismo sexo, en Ushuaia, la ciudad del fin del mundo, el 28 de diciembre del 2009 Alex Freyre y José María di Bello se convertían en la primera pareja homosexual en contraer matrimonio en Argentina (y Latinoamérica). Lo cierto es que esta celebración fue el resultado de un cambio de estrategia judicial, fallos contradictorios y estuvo plagado de marchas y contramarchas.

Según relata Bruno Bimbi (2010: p. 150) este cambio de estrategia se dio a partir de una conversación que tuvo un abogado de la Federación con un juez del fuero contencioso administrativo:

"-muy interesante la movida que están haciendo con los amparos por el matrimonio gay pero, ¿te puedo dar un consejo?

-Claro, decime.

-No vayan más a la justicia civil. Si lo que ustedes rechazan es un acto administrativo que depende del gobierno de la Ciudad, nos corresponde a nosotros resolverlo. Un juez civil no tiene nada que hacer.

- ¿Vos qué harías si tuvieras un caso así?

- Si me lo preguntás como juez, te tengo que responder que no puedo adelantarte una decisión si haber leído el expediente y analizado las presentaciones de cada una de las partes y del fiscal.

- Supongamos que te lo pregunto como amigo... ¿te parece que el planteo de inconstitucionalidad es viable?

- Como amigo, te diría que ojalá me tocara un caso así.

-¿Y qué piensan tus colegas?

-Otra vez, como amigo, me parece que más de la mitad de los jueces del fuero, según se comenta en los cafés de la zona, piensan que es una lástima que ustedes estén presentando los casos en la justicia civil, que es demasiado conservadora como para entender el reclamos que están haciendo- concluyó su señoría”

Luego de dicha conversación, era necesario encontrar una pareja con domicilio en la Capital dispuesta a presentar un amparo en el fuero contencioso-administrativo de la ciudad de Buenos Aires. Esa pareja serían Alex Freyre y José María di Bello, dos activistas, el primero había fundado la Fundación Buenos Aires Sida, y el segundo había sido responsable del área de salud de la Cruz Roja Argentina: “eran los candidatos ideales: no le tenían miedo a las cámaras, tenían experiencia en el manejo con los medios, eran activistas desde hacía muchos años y se sabían el discurso de memoria” (Bimbi: 2010: p. 152). El 22 de abril del año 2009 la pareja se presentó ante un Registro Civil de la Ciudad, y tras la negativa, se presentó un amparo en el fuero contencioso administrativo porteño. El 10 de noviembre la jueza Gabriela Seijas resolvió el caso declarando la inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código Civil “en cuanto impiden que los señores Alejandro Freyre y José María Di Bello puedan contraer matrimonio”. Esta sentencia planteó que “la medida estatal impugnada impide a los actores disfrutar de los derechos de que son titulares las parejas que acceden al matrimonio [...] (lo que) resulta discriminatoria.”

Entre los principales argumentos de la jueza se destacan que la Constitución Nacional resguarda el derecho a la intimidad y que la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires “reconoce y garantiza el derecho a ser diferente” permitiendo así que el matrimonio de los solicitantes se pudiera llevar a cabo¹⁹⁴.

Además, conviene mencionar algunas consideraciones de este fallo:

¹⁹⁴ Expediente judicial caratulado “Freyre Alejandro y otro contra GCBA sobre Amparo (Art. 14 CCABA)”, Expte 34292/0.

La jueza aplica para este caso la “doctrina de la categoría sospechosa”, (la que es aceptada por la Corte Suprema). Esta doctrina establece que cuando una norma excluye del goce de un derecho o del acceso a un beneficio a una categoría entera de personas –en este caso, gays y lesbianas–, se debe sospechar su inconstitucionalidad y el Estado debe probar bajo estrictos estándares que el empleo de tal clasificación es imprescindible para el cumplimiento de un fin legítimo que no puede alcanzarse por otro medio. La jueza indica que el Registro no pudo probar que la exclusión de los homosexuales en el acceso al matrimonio pasara el examen de constitucionalidad y lo compara con antecedentes como la legislación nazi que impedía el matrimonio “entre judíos y súbditos de sangre alemana o asimilables” y la legislación norteamericana que prohibía los matrimonios interraciales.

La jueza en su sentencia, tras repasar la historia del matrimonio en la Argentina y las reformas que este sufrió desde el siglo XIX, sostuvo que “los sentimientos religiosos de algunos no pueden ser una guía para delimitar los derechos constitucionales de otros. Los poderes del Estado no pueden ser llamados a interpretar textos religiosos o a tomar partido en la valoración que ellos hagan de la homosexualidad”.

Asimismo este fallo analizó distintas formas de discriminación y violencia que sufren las personas homosexuales y la evolución histórica del reconocimiento de sus derechos, incluyendo referencias a los estados que ya legalizaron el matrimonio entre personas del mismo sexo. Y realizó una fuerte distinción entre la igualdad plena que significa el matrimonio y la alternativa de la “unión civil”, afirmando que si existían regímenes separados estos serían “una forma de camuflar el repudio hacia grupos excluidos” y que negar el acceso al matrimonio “sugiere que el compromiso y los sentimientos de los actores es inferior y no es merecedor de los derechos que el marco normativo garantiza a todos por igual” (Campana, 2011).

Mientras en las Comisiones del Congreso de la Nación se discutían los proyectos de ley sobre ampliación de matrimonio a parejas homosexuales, este fallo significó el primer triunfo político para aquella parte del movimiento LGBT que

luchaba por la ampliación del matrimonio a todas parejas homosexuales¹⁹⁵, y la profundización de la campaña de litigio estratégico:

“Hasta que la justicia nos dio la razón por primera vez y hubo, finalmente, un casamiento, apenas habíamos conseguido presentar cuatro amparos. Después del primer fallo favorable, en apenas un par de meses, llovían parejas queriendo casarse y los abogados de la Federación no daban abasto con los pedidos de asesoramiento que recibíamos de todas las provincias. En unos pocos meses, presentamos los cien amparos que habíamos imaginado al principio, y podrían haber sido muchos más” (Bimbi, 2010: p. 151).

El fallo de la jueza Seijas no fue apelado por el gobierno de la ciudad de Buenos Aires, quedando este firme. El Registro Civil de la Ciudad otorgó el turno para el 1ero de diciembre del 2009, fecha elegida por la pareja, ya que era el “Día Mundial de la Lucha contra el Sida”. Sin embargo este fallo produciría una fuerte reacción de ciertos sectores conservadores quienes presentaron pedidos de nulidad del mismo. Uno de ellos fue presentado por dos abogados particulares relacionados con la Corporación de Abogados Católicos y que tendía a detener la aplicación del fallo anteriormente mencionado (Campana, 2011).

Días antes de que saliera el fallo, esta corporación ya se había manifestado públicamente recordando que “el requisito que exige nuestra ley civil de acuerdo al cual el matrimonio debe ser celebrado entre un hombre y una mujer, no puede ser

¹⁹⁵ Es importante remarcar que sólo era parte del movimiento y no todo el movimiento LGBT quien acompañaba el reclamo de matrimonio. La CHA se presentaba como el principal opositor dentro del movimiento, e impulsaba su propio proyecto de unión civil, en el convencimiento de que el matrimonio no era más que una institución patriarcal y normalizadora, y era necesario cuestionar la institución matrimonial y no reforzarla ampliándola al colectivo LGBT. Al mismo tiempo, y paradójicamente, César Cigliutti, Presidente de la CHA y Marcelo Suntheim, Secretario y su pareja se casaron en España y solicitaron judicialmente el reconocimiento de dicho matrimonio en el país, aunque dicho matrimonio no significó un cambio de posición de la CHA en contra del “matrimonio igualitario”. La jueza en lo civil María Rosa Bosio negó la inscripción en el país del matrimonio celebrado en España. Según Bruno Bimbi (2010: p. 105) “la posición de la CHA era “matrimonio para Marcelo y César y unión civil para todos los demás”. Finalmente, y luego de la media sanción de la ley de “matrimonio igualitario” en la Cámara de Diputados, la CHA resolvió acompañar la campaña iniciada por la Federación.

modificado por legislador alguno, puesto que el matrimonio es una institución del orden natural –que existe grabada en la mente y en el corazón de los hombres-, o sea, que es propia de la naturaleza humana, basada en la naturaleza sexuada del hombre, que está encauzada a la fecundación, y la diferenciación sexual a la complementariedad (...). La misma naturaleza impele a que se establezca cierta sociedad entre el varón y la mujer, y en eso consiste el matrimonio, existiendo una abismal diferencia con la unión de dos personas del mismo sexo, en que queda excluida la generación en forma natural”¹⁹⁶.

Similares fueron los argumentos esgrimidos por estos abogados que encontraron una buena recepción por parte de la jueza nacional en lo civil, Martha Gómez Alsina, quien hizo lugar a la petición planteada, y por medio de una medida cautelar se impidió que el matrimonio se celebre¹⁹⁷. Dicha reacción no sólo produjo el repudio de las organizaciones vinculadas al movimiento GLTTTBI, sino también de algunos juristas que expresaron que dicha medida significaba “retroceder jurídicamente al Medioevo, al modelo paleopositivista, destrozando el control de constitucionalidad en Argentina” (Campana, 2011: p. 116). El rechazo por parte de diversos constitucionalistas se debía principalmente a que primero, el fallo se refería a una sentencia que ya estaba firme y hacía cosa juzgada; segundo, se vinculaba a un fallo resuelto por otro tribunal, de otra jurisdicción y fuero; tercero, la extemporaneidad del planteo de falta de competencia (la competencia se debía discutir durante el proceso, no después de un proceso ya terminado) y por último, los solicitantes de la nulidad no habían sido parte en el proceso judicial de Alex Freyre y

¹⁹⁶ Véase declaración de la Corporación de Abogados Católicos del 2 de noviembre de 2009 sobre los proyectos de matrimonio homosexual en http://www.abogadoscaticos.org.ar/index.php?option=com_content&task=view&id=247&Itemid=50 (último acceso: 23/09/15)

¹⁹⁷ La Jueza sustentó la medida cautelar en una supuesta incompetencia de la jueza Seijas: de acuerdo con su perspectiva, un magistrado del ámbito Contencioso Administrativo no puede abordar cuestiones del fuero civil, tales como la declaración de inconstitucionalidad de los artículos del Código Civil a partir de los cuales se impide el casamiento entre personas del mismo sexo. Véase <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-136238-2009-12-01.html>

José María de Bello, y carecían por lo tanto de legitimación para oponerse. Esto llevó a que algunos constitucionalistas tacharan la decisión judicial de “disparate”¹⁹⁸.

El 10 de diciembre, fecha en que el matrimonio debía celebrarse, existían dos resoluciones judiciales contradictorias. El Director del Registro Civil, al ser notificado de la medida cautelar, le informó a la jueza Gómez Alsina que procedería a consultar a la Procuradoría General. “La jueza civil, entonces, lo amenazó con que, si no acataba su medida cautelar, lo imputaría por los delitos de desobediencia e incumplimiento de los deberes de funcionario público y le aplicaría una multa de 5000 pesos” (Bimbi, 2010: p. 228). Paralelamente, también intervino la jueza en lo contencioso administrativo, enviando un oficio al “Registro Civil en el que les hacía saber que su fallo estaba firme y que debían llevar a cabo la celebración del matrimonio de los actores, tal como había sido planificada para el día de la fecha” (Bimbi, 2010: p. 229). Finalmente, desde el Gobierno de la Ciudad decidieron acatar la orden de la justicia civil, y el 10 de diciembre no se llevó a cabo el matrimonio planeado¹⁹⁹.

Es interesante notar cómo ya con el primer caso judicial que autorizaba la celebración de un matrimonio entre personas del mismo sexo se generaron importantes reacciones en el mismo seno del poder judicial. Esta campaña dejó en evidencia cómo valores éticos y principios morales fundamentaron la intromisión de otros jueces/juezas, y cómo el campo jurídico se convirtió en un espacio donde se libraban batallas simbólicas, o en términos de Pierre Bourdieu (Bourdieu & Teubner,

¹⁹⁸ Véase “El disparate procesal del amparo contra el amparo del casamiento gay” Disponible en <http://www.saberderecho.com/2009/12/el-disparate-procesal-del-amparo-contra.html>. (último acceso: 23/09/15)

¹⁹⁹ Es importante destacar que no sólo la jueza Martha Gómez Alsina dictó dicha medida cautelar. También lo hizo la Cámara de Apelaciones sala E. Varios días después de que el matrimonio no se celebrara “los abogados de la pareja solicitaron a Seijas que aplicara una multa personal a Macri y al director del Registro Civil por cada día que pasara sin que Alex y José estuvieran casados y que remitiera todas las actuaciones a la justicia penal para que determinase si estos funcionarios, la jueza Gómez Alsina y los camaristas de la Sala E habían cometido delitos [...]. La Federación anunció, además, que denunciaría a Gómez Alsina, Racimo, Dupuis y Calatayud ante el Consejo de la Magistratura y pediría su destitución por el mal desempeño en sus funciones, abuso de poder, prevaricato e instigación al delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público (Bimbi, 2010: p. 234).

2000: p. 160) "la lucha por el monopolio del derecho a decir del derecho, es decir, por establecer cuál es la buena distribución (*nomos*) o el buen orden". Aquí, magistrados de distintos fueros se enfrentaron abiertamente con la intención de imponer su visión del "buen orden", convirtiéndose en verdaderos activistas judiciales.

El término "activismo judicial" engloba dos definiciones que, aunque ligadas, no siempre van de la mano (Kmiec, 2004). Por un lado, puede ser entendido como aquellas sentencias y opiniones judiciales sospechadas de estar basadas en consideraciones políticas o personales, y no tanto en la aplicación estricta de la ley (Wolfe, 1997). Otra postura es la que entiende al activismo judicial como el conjunto de funciones y acciones llevadas a cabo por el juez, tendientes a obtener una sentencia más justa que "asegure la paz social" (Falcón, 2005), y entendido como una herramienta "fundamental en el actual esquema de justicia donde se transforma principalmente la figura del juez pasando de ser un espectador a parte sustancial del buen proceso" (Maraniello, 2012). Esta segunda perspectiva, que es la reconocida por los juristas argentinos, entiende al activismo judicial como aquel llevado a cabo por un juez atento, que debe estar en claro con los hechos, no contentándose en ciertas situaciones, con la deficiente actividad probatoria de las partes, asumiendo un papel activo en la incorporación de datos probatorios, mediante las denominadas "medidas para mejor proveer" (Falcón, 2005). Esta postura se justificaría aún más en un marco de industrialización global, de comercialización masiva de productos y también una muy afinada percepción de los propios derechos, por haber generado, entre otros factores, la entronización de nuevos sectores tutelables jurisdiccionalmente tales como el de los "consumidores", los "intereses difusos" y los llamados "derechos de la tercera generación". Para poder hacer efectivas estas "nuevas tutelas", sería preciso entonces un acentuado "activismo judicial" que, por ejemplo, exige jueces "con responsabilidad social" (Peyrano, 1998).

Esta expresión también tuvo su origen en los Estados Unidos, cuando el término fue introducido en 1947 por Arthur Schlesinger Jr. (Kmiec, 2004)²⁰⁰, y normalmente hace referencia a la declaración de inconstitucionalidad de normas dictadas por el poder legislativo. Si bien en Estados Unidos existe una posición muy crítica en torno al activismo judicial, por violentar el principio republicano de la división de poderes (Kloppeberg, 2001), en Argentina mayoritariamente se piensa que estas acciones judiciales no alteran la división de poderes, sino por el contrario, reafirman la dinámica del Estado de Derecho (Bianchi, 1996). En los casos de "matrimonio igualitario", jueces de diversos fueros actuaban bajo el justificativo de defender "intereses difusos" (ya sea contra la discriminación o en protección de la familia tradicional), teniendo un rol muy activo durante todo el proceso, que generó situaciones insólitas en términos procedimentales, tal como las que se están describiendo.

Volviendo al caso del primero matrimonio, y ante la imposibilidad de celebrarlo en Buenos Aires, los abogados de la Federación advirtieron que la medida cautelar no impedía a la pareja casarse, sino que suspendía el turno que el Registro Civil de la Ciudad de Buenos Aires les había concedido, prohibiendo que el casamiento se llevase a cabo en algún registro civil de la Capital Federal. Ante esta situación, activistas de la Federación contactaron a la gobernadora de la Provincia de Tierra del Fuego, quien había mostrado su apoyo a la causa, y ella accedió a celebrar el matrimonio en Ushuaia. La pareja de Freyre y di Bello constituyeron domicilio en Ushuaia, se presentaron ante el Registro Civil local, y cuando le denegaron el turno, presentaron un recurso administrativo (jerárquico) que debía ser resuelto por la Gobernadora. El 28 de diciembre, la Gobernadora firmó el decreto 2996, que autorizaba el casamiento de la pareja, celebrándose ese mismo día. Finalmente el primer "matrimonio igualitario" se había llevado a cabo en Argentina.

²⁰⁰ El término actualmente se ha popularizado entre científicos jurídicos, políticos y sociales estadounidenses. Sólo durante las décadas de los 90 "los términos activismo judicial y activista judicial aparecieron en 3.815 publicaciones científicas" (Kmiec, 2004:1442)

2.3. Y los matrimonios comenzaron a multiplicarse...

El primer "casamiento igualitario" estuvo plagado de reacciones en contra, y tanto la Gobernadora de Tierra del Fuego como la flamante pareja de Freyre y di Bello fueron los centros de ataque. Al margen de las declaraciones de la iglesia y de juristas vinculados a universidades católicas contra la legalidad de dicha maniobra, se hicieron varias presentaciones judiciales en contra de dicho matrimonio. Uno de ellos vino de Alejandro dela Riva, un abogado y ex candidato a diputado quien denunció penalmente a la gobernadora por el incumplimiento de los deberes de funcionario público. Otro abogado, Demetrio Martinelli, vinculado al último gobierno militar²⁰¹, presentó una denuncia para que se investigara el cambio de domicilio de la pareja "aprovechándose de un error cometido por la comisaría, que registró mal el número. Martinelli aducía que habían inventado un domicilio inexistente" (Bimbi, 2010: p 253). Paralelamente la Fiscal fueguina Karina Echazú solicitó que se declarara la inexistencia de dicho matrimonio²⁰². Asimismo, en Buenos Aires, Pedro Andereggen, un abogado vinculado a la Corporación de Abogados Católicos, se presentó ante la Cámara Nacional de Apelaciones solicitando la anulación del matrimonio celebrado en Tierra del Fuego y el secuestro del acta y la libreta matrimonial. Para abril del 2010, un juez fueguino de minoridad y familia, Marcos Meillen, declaró inexistente dicho matrimonio haciendo lugar a los pedidos de la fiscal Echazú (Diez, 2015). Pero para cuando se anuló este primer "matrimonio igualitario", el segundo y tercero ya se habían celebrado.

El segundo matrimonio se llevó a cabo el 3 de marzo del 2010. La dinámica judicial fue la misma que la seguida por la anterior pareja. El 14 de diciembre la

²⁰¹ Conforme Bruno Bimbi (2010: p. 253) "Este abogado formado en la Universidad Católica Argentina y ex legislador provincial había sido un conjuer del Juzgado Federal de Ushuaia, pero fue separado del cargo acusado de ayudar, asistir, brindar refugio, documentación apócrifa, etc., a personas acusadas de delitos de lesa humanidad y que registraban órdenes de captura vigentes. Según una investigación del periodista Emilio Ruchansky, Martinelli habría ayudado a eludir a la justicia al capitán de navío y ex segundo jefe de la ESMA, Jorge Raúl Vildoza, prófugo desde 1986".

²⁰² Véase "La justicia anuló el primer matrimonio gay del país" Disponible online en <http://www.ambito.com/noticia.asp?id=517523> (último acceso 24/09/15)

pareja conformada por Jorge Salazar y Damián Bernath se presentó ante un registro civil de la ciudad de Buenos Aires, y ante la negativa se presentó un amparo. El 22 de febrero la jueza en lo contencioso-administrativo de la ciudad Elena Liberatori dictó su sentencia, autorizando el matrimonio solicitado. En su sentencia no declaró la inconstitucionalidad del Código Civil, simplemente consideró que el matrimonio entre parejas del mismo sexo no estaba contemplado, pero tampoco prohibido. Consideró pues que era tarea de los jueces, hasta tanto el legislador modificase el Código Civil, aplicar los principios generales del derecho, autorizando a la administración a celebrar este tipo de casamientos²⁰³.

El Gobierno de la Ciudad no apeló, y el matrimonio se celebró, y sólo se dio a conocer el día de la celebración. Pero otra presentación judicial en el fuero civil solicitó la declaración de la inexistencia del matrimonio, lo que fue acogido favorablemente por el juez civil Félix de Igarzábal el 8 de marzo, con los mismos argumentos utilizados por Marta Gómez Alsina. La reacción de la jueza Liberatori fue contundente: incautó el acta de casamiento de las oficinas del Registro Civil, dejando en custodia de su juzgado la libreta de matrimonio y demás documentos, mandó un oficio al juez civil para exigirle que se inhibiera de seguir actuando en la causa y le hiciera entrega de dicho expediente, o bien remitiera las actuaciones a la CSJN, y lo denunció ante el Consejo de la Magistratura. Paralelamente, la Federación anunciaba a los medios que la pareja estaba legalmente casada y sólo reconocían la sentencia del Contencioso administrativo, por carecer de nulidades procesales.

El tercer matrimonio que se celebró el 9 de abril siguió el mismo recorrido que el segundo. El amparo fue presentado por una pareja de lesbianas, Norma Castillos y

²⁰³ “La jueza citó en su despacho a la abogada y a la pareja para anunciarles su decisión. Generalmente, se envía una notificación por escrito, pero Liberatori quiso decirles en persona que se iban a poder casar, explicarles los fundamentos de la sentencia y felicitarlos por haber reclamado sus derechos. Les explicó también que, teniendo en cuenta lo que había pasado con Alex y José y a fin de evitarles que tuvieran que soportar el mismo tipo de humillaciones en caso de que algún juez civil decidiera entrometerse a pedido de los abogados católicos, había decidido “dar por removidos todos los aspectos reglamentarios formales que impliquen una dilación innecesaria”. Es decir, no necesitarían esperar los 28 días que se requieren normalmente para obtener un turno y el Gobierno de la Ciudad debería garantizarles que los exámenes prenupciales se realizaran rápidamente” (Bimbi, 2010: p. 293).

Ramona Arévalo, y resultó ser el primer matrimonio entre dos mujeres del país. También la jueza Liberatori autorizó dicho casamiento, y una semana después la juez Gómez Alsina lo anuló, tras el pedido del abogado Ernesto Lamuedra, el mismo que había solicitado la nulidad del matrimonio anterior. Esta vez, Elena Liberatori, además de tomar los mismos recaudos que para el anterior matrimonio, llevó a cabo dos acciones adicionales. La primera fue dictar una nueva sentencia que declaraba nulo el fallo de su colega del fuero civil, con el fin de resguardar los derechos adquiridos por la pareja. Se generó así una situación jurídica insólita en Argentina: jueces de distintos fueron comenzaron a anularse simultáneamente las sentencias. La segunda fue librar un oficio a la Oficina de Sorteos de la Cámara de Apelaciones para que investigara por qué razón las causas de los abogados católicos contra los "matrimonios igualitarios" caían siempre en manos de los mismos jueces (Bimbi, 2010). Como ya se ha notado, es interesante remarcar el activo rol que asumieron diversos jueces ante estas resoluciones. Y es que la campaña de matrimonio igualitario constituye uno de los ejemplos más interesantes en relación al activismo judicial que se ha dado en nuestro país. Los diversos jueces que actuaron en la mayoría de estos casos realizaron un conjunto de acciones y dictaron una serie de resoluciones tendientes a imponer su propia visión del derecho, y si bien justificaban su accionar en el "bien común" y en la aplicación de "principios constitucionales", lo cierto es que las disputas simbólicas que se dieron en el campo jurídico fueron tan impetuosos como las que se libraban en el campo político y social.

En este sentido, la campaña de litigio estratégico por el "matrimonio igualitario" fue quizás la experiencia más compleja y dinámica en materia de reconocimientos y desconocimientos judiciales de derechos civiles en el país. Se generaron situaciones jurídicamente insólitas, procesalmente poco prolijas y que evidenciaron que se trataba más de cuestiones políticas e ideológicas que técnicamente jurídicas. Las varias intromisiones de jueces civiles en las sentencias del fuero contencioso administrativo fueron consideradas por estos últimos magistrados como una amenaza a la autonomía de la ciudad y una falta de respeto a estos

tribunales. En ese sentido, las juezas Liberatori y Seijas recibieron la solidaridad de todos sus colegas. Este hecho también podría justificar porqué todos los amparos presentados ante estas cortes se mostraron favorables a las solicitudes de matrimonio. Las sentencias posteriores que vendrían de los jueces Guillermo Scheibler, Hugo Zuleta y Alejandra Petrella reforzaban la jurisprudencia del fuero, mostrando coherencia interna y rechazando las visiones y decisiones foráneas en relación a este tipo de matrimonio.

Del otro lado, también quedó en evidencia la rapidez y eficiencia con que actuaron los sectores más conservadores de la sociedad y del campo jurídico. La estrategia de estos grupos fue realizar varias presentaciones judiciales paralelas tras conocer que había una sentencia que autorizaba el matrimonio de una pareja homosexual. La mayor de estas presentaciones eran rechazadas al ser declaradas improcedentes, pero algunos jueces decidieron hacer lugar. La campaña de litigio por el "matrimonio igualitario" en este sentido constituye un claro caso donde distintos sectores vinculados al ala más conservadora de la iglesia católica se presentaron en el debate de derechos y adoptaron la figura de un actor de la sociedad civil, sirviendo también para la articulación y canalización del activismo religioso. Al respecto de esto Vaggione (2009: p. 151) ha señalado que "Desde los años 70, comenzando en los EEUU y luego extendiéndose a todo el continente, un importante número de ONGs han sido generadas a nivel nacional y transnacional para defender doctrinas religiosas" y agrega que "el objetivo principal de estas organizaciones es influenciar los poderes del Estado para evitar la sanción o la instrumentación de los derechos sexuales y reproductivos". Algo similar es lo manifestado por Jaris Mujica quien considera que los grupos conservadores se han visto obligados en las últimas décadas a idear nuevas maneras de penetrar en el campo de la política, desarrollando agrupaciones civiles, ligados no sólo a la iglesia, sino también a la ciencia y política de Estado. Y estos nuevos desarrollos se deben a que ciertos grupos habrían comprendido que la acción política por medio de la iglesia "no es la única vía ni necesariamente la más eficiente, y por tanto han empezado a utilizar estructuras

paralelas de lobby institucional, presión política y difusión, que complementan su labor” (Mujica 2010: p. 176)

En total se celebraron unos seis matrimonios más, uno de ellos resueltos por la Justicia de la Provincia de Buenos Aires y los otros por el contencioso administrativo de la Ciudad²⁰⁴. Incluso algunos de ellos fueron declarados inexistentes por los mismos magistrados la justicia civil nacional. Sin embargo, varias de las presentaciones realizadas en el interior del país en el marco de la campaña nacional no corrieron igual suerte, y por ejemplo, en la Provincia de Córdoba, el pedido realizado ante la justicia local fue desistimado por cuestiones formales (Campana, 2011). En medio de estas sentencias, el movimiento empezó a enfocarse más en el debate parlamentario. La Cámara de Diputados había dado media sanción a la ley de “matrimonio igualitario” y comenzó la presión hacia los senadores.

La batalla librada en el seno del poder judicial por sectores antagónicos, como son el movimiento LGBT y el movimiento “Pro-vida”²⁰⁵ evidenciaron las distintas concepciones de familia, igualdad y derechos reproductivos estaban en juego. Ambos sectores encontraron aliados y enemigos en el campo jurídico. Sin dudas el movimiento LGBT demostró tener la capacidad de “marcar la cancha”, es decir, establecer las disputas, las reglas de juego y finalmente fue quien obtuvo más victorias. La existencia de al menos nueve fallos que autorizaban matrimonios entre parejas homosexuales ponían en jaque una de instituciones más antiguas e importantes para los sectores más conservadores y aunque la ley no se hubiese aprobado, el efecto simbólico que estas sentencias tenían era inconmensurable. Al

²⁰⁴ El cuarto matrimonio habilitado judicialmente fue el de Carlos Álvarez y Martín Canevaro, el 15 de abril de 2010. El quinto matrimonio fue entre un ciudadano francés, Gilles Grall y Alejandro Luna, el 30 de abril de 2010 en la Autónoma de Buenos Aires, el sexto, entre Alberto Fernández y Matías Mendez, el séptimo, entre Verónica Dessio y Carolina Pérez (el primero en la Provincia de Buenos Aires), el octavo, entre Diego de Jesús Arias y Leonardo Miguel De Santo, y el noveno entre Antonio Báez y Alejandro González, mientras se producía el debate de la ley.

²⁰⁵ Por grupos “pro-vida”/“pro-familia” entendemos a aquellos grupos, organizaciones, asociaciones o movimientos cuyo principal objetivo es llevar a cabo prácticas y políticas tendientes a evitar o subvertir el avance de derechos sexuales, reproductivos y no reproductivos, como así también a promover y defender determinadas nociones de matrimonio (heterosexual, conyugal, monogámico y reproductiva), de familia y de vida (desde la concepción hasta la muerte natural).

menos ya nadie estaba seguro de la constitucionalidad del matrimonio civil tal como estaba regulado, generando una mayor inseguridad jurídica sobre esto. Quizás le quedara a la Corte Suprema decidir.

Mientras tanto, con la media sanción, la fecha para la discusión en Senadores estaba fijada para el 14 de julio del 2010. Y paralelamente, había dos casos pendientes de ser resueltos por la CSJN. El 2 de julio, el periódico "Tiempo Argentino"²⁰⁶ auguraba que

"Si el 14 de julio el Senado no aprueba la ley de matrimonio entre personas del mismo sexo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declarará inconstitucionales los artículos 172 y 188 del Código Civil y ordenará al Registro Civil celebrar el matrio de María Rachid y Claudia Castro [...]. El fallo que avala el matrimonio gay ya está escrito y firmado y cuenta con mayoría de votos, según confirmaron a este diario altas fuentes del tribunal."

El "matrimonio igualitario" estaba cada vez más cerca de conquistarse. Y la batalla judicial parecía ganada. "La decisión ya estaba, pero los jueces querían esperar a ver si el Senado resolvía el problema aprobando la ley. Si no, no les quedaría otra que resolverlo ellos" (Bimbi, 2010: p. 480). La Federación contaba con los votos de Eugenio Zaffaroni, Carlos Fayt, Juan Carlos Maqueda, Enrique Petracchi y Carmen Argibay, quienes les habían asegurado que votarían a favor. Asimismo, había versiones que Elena Highton de Nolasco también apoyaría este reclamo, y que Ricardo Lorenzetti sería el único que se pronunciaría en contra (Bimbi, 2010).

Este fallo nunca se dio a conocer²⁰⁷. El 15 de julio a las 4 de la mañana, tras una maratónica discusión, se aprobó el dictamen de modificación de la Ley Civil de Matrimonio, sancionándose la ley 26.618 y permitiendo el matrimonio entre personas

²⁰⁶ "La Corte Suprema de Justicia fallará a favor del matrimonio igualitario". *Tiempo Argentino*. 02/07/2010.

²⁰⁷ Sin embargo, en el libro "Matrimonio Igualitario" de Bruno Bimbi (2010) se publicó el borrador escrito por Eugenio Zaffaroni para este caso, donde hace lugar a la queja planteada, declarando la inconstitucionalidad del Código Civil en cuanto limita el matrimonio a parejas heterosexuales.

del mismo sexo, tal cual había sido sancionado en Diputados. La votación fue de 33 votos a favor, 27 en contra y 3 abstenciones, hubo opiniones divididas en todos los bloques tanto en el Frente para la Victoria, como en la Unión Cívica Radical, destacándose la casi oposición unánime del Peronismo Federal (aquella facción del peronismo que se oponía al gobierno de Cristina Fernández de Kirchner) así como apoyo de la mayoría de los bloques minoritarios y unipersonales de izquierda, como el del Partido Socialista. La CSJN, por su parte, resolvió los amparos el 24 de agosto del año 2010, considerando que la cuestión ya había devenido abstracta luego de la sanción de la ley 26.618, puesto que “los fallos de la Corte Suprema deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque aquéllas sean sobrevinientes a la interposición del recurso federal”²⁰⁸. El matrimonio igualitario era una realidad, y la campaña de litigio estratégico había demostrado ser exitosa.

3. “Derecho a tener derecho”: La campaña de litigio estratégico por el reconocimiento de la identidad de género del colectivo trans

Apenas sancionada la ley que permitía la celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo, la FALGBT anunciaba públicamente que esa victoria legal era sólo el primer paso. Había muchos más objetivos por lograr, y se había decidido que el siguiente sería la lucha por el reconocimiento al derecho de identidad de género de travestis y transexuales. Tres semanas después de la nueva ley, desde la Federación se lanzaba la campaña “derecho a la Identidad, derecho a tener derecho”²⁰⁹.

Históricamente el colectivo trans ha sido víctima de la opresión por parte del Estado y de discriminación por parte de distintos sectores sociales, siendo uno de los

²⁰⁸ Véanse fallos en “La Corte declaró abstractas dos causas por matrimonio de parejas del mismo sexo”. En <http://www.cij.gov.ar/nota-4796-La-Corte-declaro-abstractas-dos-causas-por-matrimonio-de-parejas-del-mismo-sexo.html> (último acceso 25/09/15).

²⁰⁹ Véase Ruchansky, Emilio (2010). “Ahora por la identidad de las trans”. En *Página 12*, 29/09/10. Versión *online* disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-150315-2010-07-29.html> (último acceso: 05/10/15)

segmentos más vulnerables de la sociedad argentina. De hecho, es sin dudas el colectivo trans quien todavía hoy se ve sometido a mayores maltratos y actos de discriminación de la comunidad LGBT. Así, por ejemplo, según informes de la Fundación Huesped sobre "Ley de identidad de género y acceso al cuidado de la salud de las personas trans en Argentina" del año 2014²¹⁰ surge que un 61% se mantiene en base al trabajo sexual y un 23% lo hizo pero no lo realiza en la actualidad, existiendo una alta prevalencia de VIH y otras infecciones por transmisión sexual (ITS) como sífilis y hepatitis. Asimismo, este informe remarca que las personas trans viven con gran riesgo el proceso de construcción de su identidad sexual; así, por ejemplo, sobre las 452 mujeres trans entrevistadas, un 54,4% se autoadministraba hormonas por cuenta propia debido a la falta de acceso a servicios de salud para modificar sus cuerpos; incluso el documento señala como una práctica común entre las mujeres trans de Argentina la de inyectarse aceite industrial (el 61% de las entrevistadas ha realizado esa práctica). Por otra parte, del informe surge que ellas padecen de altos índices de estigma internalizado. Más de un tercio de aquellas dijo sentirse avergonzada (38%), tener bajos niveles de autoestima (28%) o sentirse culpable (22,7%). Además, enfatiza en que el riesgo de suicidio es mayor entre los hombres trans y considera la situación de este grupo particular como preocupante (4 de cada 10 hombres trans ha realizado algún intento de suicidio). Entre las conductas de autoexclusión están la de dejar de asistir a reuniones sociales y aislarse de amigos y familiares debido a su identidad de género. Asimismo, el informe deja en evidencia que este colectivo es estigmatizado y discriminado en el ámbito de la salud, en el ámbito laboral, en las oportunidades de acceso a la vivienda digna y en el sector educativo.

En igual sentido, el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) ha informado que las denuncias recibidas por miembros del colectivo trans en el período comprendido entre el año 2008 y mayo de 2014, se

²¹⁰ El informe puede ser consultado online en <http://www.huesped.org.ar/informe-situacion-trans/> (último acceso: 23/04/15)

deben incluir tanto discriminación llevada a cabo por los tres poderes del Estado, ámbito federal y local; como también aquellas llevadas a cabo por medios de comunicación gráficos, televisivos o por Internet y tiene como autores a familiares, vecinos y funcionarios públicos. Entre los hechos discriminatorios se contabilizan la negación de afiliaciones en obras sociales; pintadas en las puertas de las casas de las víctimas; discriminación por parte del personal de seguridad de locales bailables, por parte de encargados de hoteles por medio del abuso del ejercicio del derecho de admisión, se expulsa a personas de comercios, por ejemplo de restaurantes durante una cena; hay omisión de los directivos de una escuela de atender a los reclamos de un alumno discriminado por su orientación sexual; se realizan avisos comerciales discriminatorios en páginas web, entre muchísimos otros²¹¹.

Aprobada la ley de “matrimonio igualitario”, el colectivo LGBT entendió que era necesario canalizar sus esfuerzos a la precaria situación de la comunidad trans, y que el primer paso debía consistir en obtener una ley de identidad de género que reconociera la identidad autopercebida de hombres y mujeres trans, sin intervención de jueces, médicos, psicólogos u otros peritos. La campaña por el “matrimonio igualitario” había mostrado ser exitosa, por lo que se diseñó una campaña similar, consistente en el impulso de proyectos de leyes, presión sobre legisladores y funcionarios del poder ejecutivo y presentaciones judiciales masivas. Nuevamente, nos interesa hacer hincapié en este último punto, aunque desarrollaremos brevemente la estrategia en su conjunto. Sin embargo, antes de ingresar al análisis de la campaña, realizaremos un breve recorrido histórico en relación a la regulación legislativa y recepción judicial de la identidad de género en el país.

3.1. La judicialización temprana

Hasta antes de la aprobación de la Ley de identidad de género (en adelante, LIG), las personas travestis, transexuales y transgéneros (en adelante, trans) sólo

²¹¹ Información que surge de la sentencia “G., N. B. c/GCBA s/daños y perjuicios” del 25/02/15.

eran contempladas por normas de distintos códigos de faltas o contravencionales y edictos policiales que dictaban las provincias, que reprimían la expresiones e identidades de géneros que escaparan del binomio "Hombre-Mujer" (Roelaw, 2009). Asimismo, legislativamente existían varios impedimentos para estas personas en el momento de solicitar acceder a cambios registrales o intervenciones corporales que reflejan sus identidades autopercebidas.

Entre la legislación que estaba vigente antes de la aprobación de la LIG se puede mencionar principalmente a ley 17.132 sobre "Normas para el Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de colaboración", sancionada en 1967, que establecía en su art. 19, inciso 4:

"Los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados a... 4) No llevar a cabo intervenciones quirúrgicas que modifiquen el sexo del enfermo, salvo que sean efectuados con posterioridad a una resolución judicial".

Esta norma quería ser coherente con el art. 91 del Código Penal, el que establece que

"Se impondrá reclusión o prisión de tres a diez años, si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de *engendrar o concebir*" (la cursiva es propia).

Estos dos artículos serían los que más frecuentemente se tenían en consideración ante las primeras demandas judiciales que se presentaron en nuestro país. "Las interpretaciones [sobre estos artículos] ocupan un lugar central tanto en

los fallos sobre intervenciones quirúrgicas para adecuación sexual como los comentarios de especialistas a esta jurisprudencia” (Petracci y Pecheny, 2007: p. 87).

Estas disposiciones normativas obligaron a que muchas personas trans se vieran envueltas en litigios judiciales, con la esperanza de que su derecho a la identidad sea reconocido, permitiéndoles una intervención quirúrgica y/o la rectificación de las partidas de nacimiento y demás datos registrales.

En materia jurisprudencial muchas y muy diversas han sido las respuestas del poder judicial argentino ante estas demandas. El primer caso data del 30 de marzo de 1965, cuando el Juez Bunge Campos del Juzgado Civil 19 denegó una petición al reconocimiento judicial de cambio de sexo.

Petracci y Pecheny (2007) han distinguido dos etapas jurisprudenciales en torno a los fallos que solicitaban el “cambio de sexo”:

La primera se caracterizaba por una negativa de autorización o rechazo de posibilidad de cambio, con argumentos tales como la imposibilidad de modificar el sexo genético, por ser éste inalterable; que las transformaciones artificiales eran insuficientes para permitir el cambio de sexo o que la justicia no podía alterar la naturaleza misma de las cosas, entre otros. Esta etapa reconocía la existencia de un conflicto en la personalidad de los justiciables y, al mismo tiempo los condenaba a padecerlo el resto de su vida.

La segunda etapa, en cambio, se distingue por tratarse de una postura más amplia y receptiva ante este tipo de demandas. Algunos de los argumentos que los jueces aquí esgrimen se relacionan con la necesidad de brindar protección judicial a los transexuales que se han sometido a una operación quirúrgica –asumiendo una situación irreversible–, para adecuar así su sexo morfológico al psíquico; con la importancia de entender que los factores anatómicos y psicológicos deben primar sobre los restantes, de considerar que el reconocimiento de derechos de la personalidad humana, entre los cuales el derecho a la identidad sexual ocupa un lugar relevante y de que la discordancia entre los distintos factores que confluyen en la determinación del sexo de una persona, impone a quien la padece graves

sufrimientos en el ejercicio habitual de sus derechos, lo que impone a la Justicia procurar remover la causa generadora de tal desigualdad.

Es importante señalar dos aspectos relevantes de todos los fallos de esta etapa:

1. Ellos se caracterizan por citar y dar gran relevancia en la fundamentación de sus decisiones a distintas pericias a las que las personas *trans* debieron someterse y los informes de expertos (médicos forenses, psiquiatras, psicólogos, entre otros) que en consecuencia se dictaron.

2. El relato de una vida de sufrimiento. Y es que, en palabras de Cabral (2008), "la identidad de género se vuelve una noción relevante en términos jurídico-normativos sólo cuando se combina, dramáticamente, con un cuerpo incapaz de encarnarla". Estos casos, por lo general, trataban sobre personas *trans* que ya habían sido intervenidas quirúrgicamente, y que por sus historias de vida, caracterizadas por el sufrimiento constante y la discriminación permanente, lograban convencer al juez sobre la necesidad de la intervención quirúrgica y/o rectificación los registros documentales.

Con el tiempo, la jurisprudencia comienza a flexibilizarse, y para el 10 de abril del año 2008, el juez Pedro Federico Hooft, de la Provincia de Buenos Aires, en el caso "L. T. s/acción de amparo" resuelve hacer lugar a la acción judicial interpuesta por una persona *trans*, autorizándola a una "intervención quirúrgica femeneizante, y modificación de los datos registrales tanto en su partida de nacimiento, DNI y cédula de identidad de la Policía Federal"²¹². Lo novedoso del caso, es que el juez reconoce legalmente una identidad distinta a la asignada al nacer "sin el cumplimiento obligado de requisitos quirúrgicos [que] parecía un horizonte (por) siempre lejano" (Cabral, 2008).

Entre los varios comentarios realizados por doctrinarios a este fallo, se ha dicho que "[n]uevamente el Dr. Hooft nos regala no sólo su saber en temas como el comentado, sino su compromiso con la defensa de los derechos humanos

²¹² Conf. Fallo L. T s/acción de amparo, 10/04/2008

constitucionales invocados por quien decidió recurrir a la Justicia para requerir su realización efectiva” (Fernández, 2010). En el mismo sentido Cabral (2008) menciona que “se trata de un fallo histórico [...] que, [...] autoriza un cambio legal de nombre y sexo sin cirugía”. Y continúa diciendo que “dado el conservadurismo militante y feroz que caracteriza en gran medida al sistema judicial argentino, un pronunciamiento de esta índole aparece, sin dudas, como un milagro del sentido común”.

El fallo del juez Pedro Hooft, si bien era importante, continuaba siendo una posición jurisprudencial que no estaba consolidada, por lo que era importante generar opiniones judiciales que consolidaran estas posiciones, es decir, las de reconocer el derecho a la identidad de género de las personas trans, sin obligarla a la realización de pericias ni de intervenciones quirúrgicas u hormonales. Y en esto consistió la campaña de litigio por “Derecho a tener derechos” (Campana, 2011).

3.2. La campaña se pone en marcha

La campaña por el reconocimiento del derecho a la identidad de género fue emprendida por la Federación Argentina LGBT y también, paralelamente, por el Frente Nacional por la Ley de Identidad de Género (en adelante, “el Frente”). Tanto la FALGBT como el Frente presentaron proyectos de leyes y demandas judiciales tendientes a obtener el reconocimiento estatal de la identidad de género de personas trans. Ambas campañas fueron impulsadas luego de que la ley de “matrimonio igualitario” había sido aprobada. En el marco de la Federación, el principal actor fue ATTTA, la Asociación de Travestis, Transexuales y Transgéneros de Argentina, organización nacional que además cuenta con filiales en 15 provincias y que fue una de las organizaciones fundadoras de la FALGBT allá por el año 2005. En ese momento, las distintas organizaciones consensuaron que, pese a ser de mayor urgencia la ley de identidad de género, debido a que el colectivo trans era objeto de constantes persecuciones policiales y discriminación en todos los ámbitos, primero debería pelearse por el “matrimonio igualitario”:

“La sociedad argentina debía tener antes este debate, porque aún no se visibilizaba la vulneración de la población trans. Fue una acertada decisión la de ATTTA, y es por ello que también fueron actores claves de la lucha por el matrimonio igualitario en Argentina. [...] el proceso estratégico integral consistió en el desarrollo e impulso de acciones que directa o indirectamente generaran un impacto social, político, comunicacional, judicial y académico, que tuvo como objetivo visibilizar la situación de vulnerabilidad de la población trans y así elevar la petición al Estado de la adopción de una ley que reconociera y garantizara el derecho a la identidad y expresión de género” (PNUD, 2014: p. 8)

En este sentido, el diseño e implementación de la campaña por el reconocimiento de la identidad de género se dio en 3 niveles:

- 1) A nivel sociopolítico, se llevaron a cabo muchas actividades, entre las que se pueden destacar las siguientes: se presentaron proyectos de ley en el Congreso de la Nación. Asimismo, se profundizaron lazos con otras organizaciones LGBT y movimientos sociales, principalmente con Madres y Abuelas de Plaza de Mayo, como así también con órganos del Estado (siendo, por ejemplo, el Jefe de Gabinete de la Nación quien encabezó las firmas de la planilla para juntar firmas y exigir al Congreso de la Nación el tratamiento de los proyectos de leyes presentados).
- 2) A nivel comunicacional “se realizó una tarea militante de acercar a todos los medios de comunicación (canales de televisión, radios y prensa gráfica) una *Guía para comunicadoras y comunicadores*, creada y diseñada por miembros de ATTTA y la FALGBT” (PNUD: 2014: p. 11)
- 3) El tercer nivel se dio a nivel judicial, a partir del lanzamiento de una campaña de litigio estratégico solicitando el reconocimiento de la identidad de género de las personas trans.

La campaña judicial se inspiró en la estrategia exitosa de litigio que la Federación había desarrollado solicitando la ampliación del matrimonio a la comunidad LGBT. Sin embargo, tanto en su implementación como en sus resultados se caracterizó por ser bastante diferente a la experiencia previa.

Entre octubre de 2010 y mayo de 2012, se promovieron 80 acciones judiciales (entre amparos e informaciones sumarias) en distintas partes del país, de la mano de ATTTA (PNUD: 2014). Por su parte, el Frente también hizo diversas presentaciones judiciales en el mismo sentido. La dinámica de las presentaciones era la misma: ante la negativa de la administración en realizar cambios registrales sin autorización judicial, diferentes personas trans se presentaban ante la justicia con acciones confeccionadas por el equipo jurídico de la Federación o del Frente. Además de las formalidades propias de las presentaciones judiciales, en general estas acciones de caracterizaron por hacer hincapié en el derecho a la identidad, y al relato de vida de estas personas, siendo común que se leyeran pasajes como el siguiente:

“Desde mi más íntimo ser, siento que soy distinta, no pudiendo comprender entonces cuál era mi rol sexual y menos aún encarar una vida normal en lo social, lo que incluyó dificultades para conseguir un empleo estable, completar mis estudios secundarios, ya que entre otras cuestiones no me permitían las autoridades educativas entrar al baño de mujeres, y hasta fui muchas veces detenida por la Policía a la salida de la escuela, porque mi forma de vestir contrariaba los Edictos Policiales. A pesar de lo difícil y doloroso que significa llegar a una decisión de este tipo, teniendo en cuenta que nadie quiere ser diferente a como biológicamente nació, me encuentro en un perfecto estado de equilibrio psíquico-somático, con concretos proyectos para mi mejor futuro”²¹³.

²¹³ Este fragmento surge del “modelo de acción de amparo” (PNUD, 2014: p. 25).

Como se puede apreciar, los relatos de los padecimientos sufridos como consecuencia de la falta de reconocimiento de la identidad generaban lesiones permanentes al equilibrio psicofísico de estas personas, y era deber del juez poder repararlas. En la capital del país, el fuero contencioso-administrativo de la Ciudad de Buenos Aires cumplió nuevamente un rol fundamental, haciendo lugar a todos estos planteos presentados. Además, la campaña tuvo inicialmente una importante cobertura mediática, ya que utilizó la popularidad de personalidades del mundo del espectáculo. Por ejemplo, se invitó a sumarse a la campaña de acciones judiciales a una actriz de comedia muy popular en Argentina, la Señora Florencia de la V (nombre artístico), y al Señor Alejandro Iglesias, un hombre trans que había adquirido popularidad por su exposición pública en el programa *Gran Hermano*, en la Televisión Argentina, ocupando un rol activo en la campaña, gracias a las sentencias favorables que obtuvieron por parte de la justicia porteña (PNUD: 2014).

El caso de Florencia de la V fue resuelto el 25 de noviembre de 2010 por la jueza Elena Liberatori, quien reconocía la identidad de género de la actriz y le autorizaba el cambio de nombre y de sexo en el D.N.I. Lo más destacable del caso era que por primera vez, la Justicia no le exigía a una persona *trans* la realización de pericias psiquiátricas y/o médicas para alegar una enfermedad (la disforia de género) capaz de justificar el cambio de los datos registrales, la condición de que luego se sometiera a una intervención quirúrgica de reasignación de sexo. Ni tampoco tuvo que acudir a controles periódicos, ordenados por el tribunal, realizados en instituciones médicas. (Campana, 2011).

Semanas más tarde, saldría publicado en el suplemento SOY del diario porteño Página12: "Soy Blas, transgénero masculino. Presenté el amparo para que el Estado reconozca mi identidad sin operarme y lo conseguí en tres semanas"²¹⁴. Este era otro caso, resuelto el 27 de diciembre del año 2010, por otro juez en lo contencioso administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Roberto Gallardo²¹⁵,

²¹⁴ Blas R. Página12/SOY, 2011, 14 de enero.

²¹⁵ Caso R. B. c/GCBA s/Amparo (art. 14 CCABA). Agradezco al Ab. Emiliano Litardo el acceso al fallo.

fortaleciendo los precedentes judiciales en materia de identidad de género²¹⁶: en este caso, un magistrado autorizó a un varón *trans* poder cambiar su identidad registral sin obligarlo a someterse a pericias médicas o psicológicas, garantizando su derecho a optar por una cirugía parcial en un lugar adecuado para el cuidado de su salud y atendiendo sólo a la autonomía de quien demanda. Además, una particularidad del fallo consistió en citar tratados de derecho internacional, y muy especialmente los Principios de Yogyakarta, para justificar la decisión, lo que significó un importante precedente en la aplicación de estos principios²¹⁷.

Sentencias como estas comenzaron a repetirse en este fuero, y distintas personas trans obtenían nuevos documentos de identidad según su identidad autopercebida, sin necesidad de cirugías ni pericias psiquiátricas o médicas. Además, todas las sentencias dictadas iban en la misma línea los proyectos de ley que se estaban debatiendo en el Congreso de la Nación, proyectos que querían reconocer el derecho a la identidad de género autopercebida, basada en los principios internacionales de Yogyakarta²¹⁸, sin necesidad de pericias o modificaciones

²¹⁶ El juez resuelve en esta sentencia:

- 1) "Hacer lugar a la pretensión de la actora [...].
- 2) Ordenar a la Dirección Provincial del Registro de las Personas efectúe las modificaciones pertinentes [en el] D.N.I.; [...] en su partida de nacimiento [...] la anterior sólo podrá ser consultada por la parte actora, persona que acredite interés legítimo o por orden judicial [...].
- 3) Ordenar al RENAPER [...] expida al actor un nuevo D.N.I. [...]
- 4) Ordenar al GCBA que modifique en todos sus registros [...] deberá decir Blas, y donde dice "femenino" deberá consignarse sexo "masculino".
- 5) [...]
- 6) Autorizar la realización, para el actor, de la cirugía de "reasignación de sexo" parcial [...].
- 7) Autorizar la realización, para el actor, de un tratamiento hormonal de testosterona [...]."

²¹⁷ El mismo Blas ha manifestado: "Sabíamos que iba a ser duro, sobre todo porque no estoy operado, no me aplico hormonas, no me siento enfermo y no tengo intenciones de practicarme una faloplastia...", sin embargo, es interesante destacar que él mismo aclara que "De acuerdo con lo asentado por la jurisprudencia, los magistrados dan intervención al cuerpo médico forense para la realización de pericias a las que iba a oponerme. El género no es un atributo de los cuerpos y yo no tenía intenciones de someterme a exámenes físicos y pruebas genéticas. Afortunadamente el juez tampoco las tenía" (Blas R. Página12/SOY, 2011, 14 de enero).

²¹⁸ Del 6 al 9 de noviembre del año 2006, se reunieron varios expertos en un seminario internacional en la Gadjah Mada University, en la ciudad de Yogyakarta, Indonesia. La idea era revisar y aprobar por consenso una declaración de principios referida a los Derechos Humanos relacionados con la orientación sexual y la identidad de género²¹⁸.

corporales. Por otra parte, ninguna de estas sentencias generaron la reacción de sectores conservadores ni fueron controvertidas en otros fueros, como sucedió en la campaña anterior. De esta forma, cada una de las victorias judiciales eran celebradas por el movimiento y cada uno de estos fallos reforzaba las demandas por la aprobación de la ley de identidad de género.

Sin embargo, la receptividad de estas demandas fuera del fuero Contenciosoadministrativo de la ciudad de Buenos Aires no solían correr la misma suerte. Así por ejemplo, una decisión del juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil, el nro. 106, a cargo de Miguel Güiraldes, sentenciaba en abril del 2011 ante un pedido de intervención quirúrgica de cambio de sexo y rectificación de datos registrales que había que rechazar el “pedido [...] porque con sólo pensar en ello, digo, cualquiera siente un escalofrío por lo espeluznante que implica el transitar un camino sin retorno hacia la enajenación de sí mismo”, y no es posible “modificar lo inmodificable” al afanarse en contrariar “leyes naturales” o “el sexo” recibido “desde nuestra misma concepción”²¹⁹. Por su parte, en Córdoba, también se llevó a cabo una presentación judicial, patrocinada por abogadas del Frente Nacional por la Identidad de Género. Este caso se presentó el 6 de junio del 2011, y se solicitó la partida registral de su partida de nacimiento, la expedición de un nuevo D.N.I. que lleve “Fernando Martín” como nombres de pila y la autorización judicial para someterse a una operación de reasignación sexual. La respuesta de la justicia cordobesa casi no se hizo esperar: en pocas horas, la jueza Raquel Villagra de Vidal, dispuso el rechazo

Unos meses más tarde, el 26 de marzo del año 2007, fueron proclamados los Principios de Yogyakarta en el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Ginebra. Estos principios se refieren principalmente a la aplicación del derecho de los Derechos Humanos en relación a la orientación sexual y la identidad de género. Las directivas de Yogyakarta en su preámbulo definen lo que se debería entender por Identidad de Género, al establecer que

“ (...) [S]e refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales” (Quinto Párrafo, Preámbulo, Principios de Yogyakarta) (O’Flaherty & Fisher, 2008).

²¹⁹ Ver Página12/Sociedad, 2011, 11 de abril

*in limine*²²⁰. En su decisión, la magistrada consideró que no “se denunció “cuál es la ilegalidad o la arbitrariedad manifiesta²²¹” que se atribuye a las entidades demandadas, al tiempo que “no se advierten razones de urgencia que autoricen a recurrir a este tipo de proceso acotado”. Este tipo de respuestas eran las que abundaban en el resto del país (Campana, 2011)²²².

De esta manera, la campaña de litigio estratégico lanzada oscilaba entre el éxito rotundo en los fueros de la ciudad de Buenos Aires, y un fracaso generalizado en la justicia interior del país. Si bien llegar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación era una opción que siempre estuvo presente, la cuestión fue resuelta legislativamente mucho antes.

El debate parlamentario de la LIG se produjo el 30 de noviembre del año 2011 en la Cámara de Diputados, y el 9 de mayo de 2012 en la Cámara de Senadores de la Nación. En

Diputados se produjo el último día de sesiones ordinarias del año, y el proyecto se terminó aprobando por amplia mayoría (167 votos a favor, 17 en contra y 7 abstenciones). Por su parte, en el Senado de la Nación el proyecto fue aprobado con 55 votos afirmativos, ninguno negativo y sólo una abstención. La aprobación de este proyecto significó el segundo gran triunfo del movimiento LGBT²²³ (Campana, 2013).

²²⁰ Es decir, sin darle ningún tipo de trámite ni impulso procesal, por ser considerado “manifiestamente improcente”.

²²¹ La ilegalidad o arbitrariedad manifiesta son dos conceptos abstractos, que a opinión de cualquier juez o magistrado, deben estar presentes en el momento de admitir una demanda de amparo.

²²² Entre otros motivos, la jueza Villagra de Vidal declaró inadmisibile el amparo por considerar que “el tribunal no resulta competente para tramitar la modificación de la documentación personal del interesado (artículo 16 de la ley 18248, acuerdo reglamentario N° 540 A del 6-4-00, resolución N° 103 Servicios Judiciales del 19-4-10)” y, “en caso de serlo (...), la demanda es explícita al señalar que el tratamiento médico iniciado con motivo del transexualismo que el actor refiere padecer no ha concluido, por lo que deviene extemporánea por prematura una petición de modificación de la documentación personal ya que se sustenta en un cambio aún no operado”. (Comercio y Justicia, 2011, 16 de junio).

²²³ A grandes rasgos, el texto aprobado contemplaba el derecho de todas las personas al reconocimiento de su identidad de género (art. 1). Además, se los faculta a rectificar sus datos registrales cuando ellos no coincidan con su identidad de género autopercibida por medio de un trámite sencillo y rápido (artículos 6; 7; 8; 9 y 10), como así también a “acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercibida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa, las que deberán ser cubiertas por los sistemas públicos de salud” (art. 11, ley 26.743).

4. Conclusión

A lo largo de este capítulo se analizaron dos campañas de litigio estratégico llevadas a cabo por el movimiento argentino de la diversidad sexual. Ambas campañas pueden considerarse exitosas, aunque existieron varias diferencias entre ellas. Quizás la más importante se vincula con la enorme reacción de sectores conservadores ante los fallos favorables que autorizaban la celebración de matrimonios (y, como fueron descriptos, se dieron tanto en los juzgados civiles de la Capital Federal como en un Tribunal de la Provincia de Tierra del Fuego), y la nula reacción de estos mismos sectores ante las sentencias que autorizaban modificaciones registrales y/o corporales a las personas trans que lo solicitaban. A continuación, y con fines meramente comparativos, veremos algunas características de estas campañas.

	Campaña "Matrimonio igualitario"	Campaña por el reconocimiento a la identidad de género
Actores que movilizaron el derecho	Federación Argentina LGBT	Federación Argentina LGBT y Frente Nacional por la Ley de Identidad de Género
Objetivos de la campaña judicial	Declaración de inconstitucional de los artículos 172 y 188 en cuanto impedían el matrimonio entre parejas del mismo sexo	Reconocimiento del Derecho a la identidad de género conforme a los lineamientos establecidos por los Principios Internacionales de Yogyakarta

<p>Contexto político en que se lanza la campaña</p>	<p>La campaña comenzó sólo con el apoyo del INADI y algunos partidos de izquierda. A medida que se avanzó en la campaña, adquirió el apoyo político de importantes sectores de los partidos políticos mayoritarios</p>	<p>La campaña se lanzó en un contexto político favorable, con importante apoyo del oficialismo, del radicalismo y de partidos de izquierda</p>
<p>Cantidad de presentaciones judiciales</p>	<p>Durante los primeros dos años de la campaña, sólo se presentaron dos amparos en Buenos Aires y uno en Rosario. A partir del 1er fallo favorable (cuarto amparo) la campaña se hizo masiva, y dos semanas después ya contaba con 30 presentaciones, que se multiplicarían con el correr de las semanas</p>	<p>La campaña fue masiva desde el comienzo, y en los dos primeros años se presentaron cerca de noventa amparos o informaciones sumarias</p>
<p>Instancia judicial máxima donde llegaron las presentaciones</p>	<p>Corte Suprema de Justicia de la Nación</p>	<p>Cámaras de Apelación</p>
<p>Reacción de grupos</p>	<p>Hubo una importante reacción. Presentaciones</p>	<p>No hubo reacción ante estas decisiones (sólo la</p>

conservadores	ante la mayoría de las decisiones favorables en Buenos Aires y Tierra del Fuego	jerarquía de la Iglesia Católica se pronunció en contra de la ley luego de aprobada)
Recepción judicial de las presentaciones judiciales	Dichas demandas se receptaron favorablemente sólo en el Fuero Contencioso Administrativo de Buenos Aires y en el Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 2 de La Plata	Dichas demandas se receptaron favorablemente sólo en el Fuero Contencioso Administrativo de Buenos Aires
Finalización de la campaña	Aprobación de la ley 26.618	Aprobación de la ley 26.743

El movimiento LGBT entendió que a partir de la judicialización era posible avanzar en el reclamo de sus derechos. La trayectoria del movimiento, los lazos generados con organizaciones de derechos humanos tales como Madres de Plaza de Mayo, organizaciones feministas, el CELS, el ADC y otros fueron importantes para diseñar y poner en práctica este diseño judicial, como así también las alianzas forjadas con organismos del Estado (principalmente con el INADI). Asimismo, la experiencia obtenida durante la campaña por el matrimonio fue crucial en el lanzamiento de la siguiente campaña por el reconocimiento a la identidad de género de la población trans.

Tal como se analizó en el capítulo anterior, las mutaciones que sufrió el campo jurídico argentino desde la reinstauración de la democracia forjaron un espacio receptivo a demandas de grupos desventajados, siempre que estas sean enmarcadas con un lenguaje de reconocimiento y protección de derechos humanos. Lo derechos a

la igualdad jurídica, a la identidad, a la no discriminación, a la libertad y a la protección de derechos civiles constituyeron el pilar fundamental de estas demandas, y obtuvieron en ciertos fueros una recepción favorable. Al mismo tiempo, mostraron importantes diferencias entre los nuevos juzgados que surgieron a partir de la reforma constitucional de 1994 (como es el caso del contencioso administrativo de la Ciudad de Buenos Aires) y el resto de los juzgados, tanto a nivel provincial como federal, quienes evitaron inmiscuirse en estas cuestiones (como fue el caso de las peticiones resueltas en la provincia de Córdoba), o los rechazaron abiertamente (como fue el caso de los tribunales civiles de la Capital Federal). Si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación no resolvió ninguno de estos casos, ya que el Poder Legislativo se encargó de regular jurídicamente estas demandas, se esperaba que al menos en lo referido al matrimonio, hiciera lugar al pedido de la comunidad LGBT, zanjando jurídicamente la cuestión, tal cual lo hizo la Corte estadounidense.

En el último capítulo vamos a ver de qué modo estas campañas impulsadas por movimientos LGBT completan el esquema presentado en el comienzo de este estudio, con el fin de ver de qué manera ese esquema conceptual propuesto permite analizar todos estos casos descriptos.

Capítulo 6

El impacto de la judicialización en el reconocimiento de derecho. Aplicando el modelo *Brown* para el análisis de las campañas de litigio estratégico

1. Introducción

Las campañas de litigio estratégico llevadas a cabo por diversas organizaciones de la diversidad sexual en Argentina demostraron ser exitosas, y a diferencia de la de sus contrapartes estadounidenses, se resolvieron en relativamente poco tiempo. Estas experiencias de judicialización pueden ser leídas como ejemplos de que es posible alentar o acelerar cambios jurídicos, políticos y en última instancia sociales y culturales a partir de la movilización legal. Sin embargo, y tal como se describió detalladamente en el capítulo precedente, estas campañas de judicialización y presentación de amparos judiciales se insertaban en campañas más amplias, que incluían además *lobby* legislativo, búsqueda de apoyo por parte de funcionarios públicos a nivel provincial y federal, difusión en redes sociales virtuales y en la prensa de las actividades que llevaban a cabo y fortalecimiento de vínculos con organismos internacionales y otras organizaciones de derechos humanos del país, entre varias otras actividades.

Por otra parte, las campañas de litigio en nuestro país finalizaron de la mano del Congreso de la Nación, a partir del dictado de leyes que reconocían los derechos demandados, y no en las instancias judiciales. Sin embargo, el dictado previo de sentencias que hacían lugar a las demandas presentadas, reconociendo o ampliando los derechos solicitados han sido considerados no sólo como victorias legales, sino como verdaderas victorias políticas y que tuvieron un rol fundamental en el reconocimiento legislativo posterior (Bimbi, 2010).

Antes de centrarnos en esta última afirmación (y en un sentido más amplio, en la pregunta sobre la utilidad de las campañas de litigio estratégico en Argentina) queremos retomar lo desarrollado en el primer capítulo, con el objetivo de esquematizar las campañas de litigio descriptas, analizarlas y compararlas. Ver de qué maneras interactúan sus diversos componentes, qué características diferenciadas presentan las acciones judiciales presentadas en el marco de estas campañas con relación al resto de las demandas judiciales particulares, y analizar si impactaron política y socialmente más allá del reconocimiento al derecho demandado. En este sentido, en el primer capítulo se identificaban y describían distintos elementos que caracterizaban a las campañas de litigio estratégico. Estos constituyen elementos que le otorgan a este tipo de campañas características particulares y la dotan con una dinámica propia, constituyendo un marco analítico y referencial que nos permitiría describirlas y analizarlas con mayor profundidad. No está de más aclarar, sin embargo, que aunque hayamos distinguido doce dimensiones para los fines analíticos y descriptivos, algunas de ellas pueden no estar presentes, o no manifestarse claramente durante la ejecución de determinadas campañas.

Retomando entonces los doce apartados expuestos en el capítulo uno, podríamos esquematizar a los elementos que constituyen a las campañas de litigio estratégico con las siguientes preguntas:

<p style="text-align: center;">1. ¿Por qué?</p> <p style="text-align: center;">Motivos que impulsan a judicializar una demanda a gran escala</p>	<p style="text-align: center;">2. ¿Quiénes judicializan?</p> <p style="text-align: center;">Actores involucrados en la decisión de judicializar</p>	<p style="text-align: center;">3. ¿Con qué fin?</p> <p style="text-align: center;">Planificación inicial y establecimiento de objetivos</p>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<p style="text-align: center;">4. ¿Cuándo?</p> <p style="text-align: center;">Análisis del contexto político y jurídico</p>	<p style="text-align: center;">5. ¿Con qué?</p> <p style="text-align: center;">Recursos financieros y humanos</p>	<p style="text-align: center;">6. ¿Dónde?</p> <p style="text-align: center;">Elección del fuero</p>
<p style="text-align: center;">7. ¿Qué?</p> <p style="text-align: center;">Elegir el caso</p>	<p style="text-align: center;">8. ¿Quiénes litigan?</p> <p style="text-align: center;">Rol de los abogados</p>	<p style="text-align: center;">9. ¿Para quién?</p> <p style="text-align: center;">El rol de las víctimas/clientes</p>
<p style="text-align: center;">10. ¿Con quién?</p> <p style="text-align: center;">Relaciones con otros grupos</p>	<p style="text-align: center;">11. ¿Cómo?</p> <p style="text-align: center;">Dinámica propia de este tipo de litigio</p>	<p style="text-align: center;">12. ¿Cuándo no?</p> <p style="text-align: center;">Peligros y contingencias</p>

Las respuestas a estas preguntas nos permiten por un lado describir acabadamente de qué modo la campaña se llevó a cabo, desde la planificación inicial hasta la resolución de las demandas planteadas, y por el otro, analizar aspectos tales como las motivaciones de los actores, dificultades y desafíos que ellos debieron afrontar como así también los diversos efectos que las victorias judiciales (obtenidas en el marco de estas campañas) le significaron a estos grupos. Así mismo, y cuando se analiza desde una perspectiva comparada como la que venimos trabajando, permite ver semejanzas y diferencias que pueden existir no sólo entre diversas campañas lanzadas por un mismo grupo, sino también entre campañas de grupos

diferentes e incluso en países diferentes, con distintas experiencias históricas y tradiciones jurídicas.

A lo largo de este estudio, hemos reconstruido y analizado diversos aspectos de cinco campañas de litigio. La primera campaña, sobre la segregación racial que se daba en las escuelas de los Estados Unidos (también conocida como “caso *Brown*” según lo descrito en el capítulo dos), ha sido sumamente relevante como inspiración para el resto de las campañas de litigio que serían lanzadas no sólo en ese país, sino también en gran parte del mundo (Tushnet, 2004). Las otras dos campañas fueron aquellas diseñadas y ejecutadas por algunos grupos LGBT de los Estados Unidos, quienes veían en la judicialización un instrumento de transformación social, y al poder judicial como un órgano estatal legitimado para otorgar aquellos derechos que jurídica, política y socialmente le eran denegados. Tal como se desarrolló en el capítulo tres, la primera de estas campañas tenía por finalidad el desafío judicial de las leyes que penalizaban los actos voluntarios de sodomía entre parejas adultas del mismo sexo, mientras que la segunda bregaba por la ampliación del matrimonio a parejas del mismo sexo. Estas campañas se inspiraron tanto en la experiencia del caso *Brown*, como en un sinnúmero de campañas de litigio que se lanzaron a partir de la década de 1960 en los Estados Unidos y que fueron impulsadas por nuevas ideas y la existencia de financiamiento para poder llevarlas a cabo (Wasby, 1995; Andersen, 2004). Las últimas dos campañas descritas y analizadas en el capítulo 5 se llevaron a cabo en Argentina por organizaciones vinculadas al movimientos de la diversidad sexual en los últimos años, y tenían por finalidad tanto la ampliación del matrimonio a parejas no heterosexuales como el reconocimiento de la identidad de género a personas trans. La campaña judicial argentina por el “matrimonio igualitario” se inspiró tanto en experiencias internacionales similares que habían mostrado ser una estrategia exitosa, como en la mayor apertura y receptividad del poder judicial ante demandas vinculadas al avance de derechos de sectores jurídicamente desprotegidos y el relativo éxito que ciertas campañas de judicialización habían obtenido en el país en años recientes. Por último, la campaña judicial por el

reconocimiento a la identidad de género fue motivada por la experiencia adquirida y el triunfo obtenido con la sanción de la ley nacional 26.618 (que ampliaba el matrimonio a parejas del mismo sexo).

Tal como se mencionó a lo largo de la tesis, la elección de las campañas llevadas a cabo por el movimiento de la diversidad sexual se debió a diversos motivos, entre los que se pueden mencionar que todos tuvieron una resolución relativamente reciente, en ellas se ven claramente de qué manera todos los elementos que hemos descripto en el primer capítulo se manifestaron e interactuaron, y de qué forma demandas similares en distintos países y con tradiciones jurídicas diferentes se canalizaron a través del poder judicial y eventualmente resultaron ser exitosas (al menos, en lo referido al reconocimiento legal de sus peticiones). Además de esto, tanto la experiencia de judicialización estadounidense como la argentina sobre cuestiones vinculadas a la diversidad sexual resultaron ser casos paradigmáticos en sus respectivos países, y en este sentido tienen la capacidad de dejar en evidencia de qué manera las campañas de litigio estratégico, como modelos de acción colectiva, pueden impactar en términos jurídicos, políticos y sociales.

En los siguientes apartados veremos de qué manera el esquema propuesto en el primer capítulo y que aquí lo retomamos, permite describir, entender y analizar las diferentes campañas de litigio estratégico que hemos escogido, a fin de establecer algunas ventajas e inconvenientes que estas campañas pueden representarle a aquellos grupos que opten por esta herramienta de acción política.

2. Análisis de las campañas

A las distintas campañas descriptas a lo largo de este estudio las hemos definido como un conjunto coordinado y sostenido de maniobras jurídico-políticas llevadas a cabo por organizaciones, y cuya finalidad directa era generar cambios a nivel normativo, para que beneficien al colectivo que representaban. Como se verá a

continuación, todas estas campañas han redundado en el reconocimiento de derechos, en particular el de igualdad y no discriminación.

En los próximos apartados, veremos de qué manera el esquema analítico que hemos propuesto en el primer capítulo nos permite, por un lado, entender mejor la dinámica de estas campañas, y por el otro, analizarlas con mayor profundidad.

2.1. Campaña en contra de la segregación racial en las escuelas estadounidenses

Esta campaña de judicialización estratégica pretendía cuestionar el principio sentado por la Corte Suprema de los Estados Unidos (en adelante, CSEU) que justificaba legalmente la discriminación racial. La campaña comenzó a gestarse en 1925, y culminó con el fallo "*Brown v. Board of Education*", resuelto por la CSEU en 1954, quien revirtió la doctrina de "separados pero iguales" que había sido establecida en el caso "*Plessy v. Ferguson*" de 1896 (ver capítulo 2).

<p>¿Por qué?</p>	<p>Se suele considerar como principal motivo que impulsó la judicialización de los casos de segregación racial la imposibilidad que tenían las personas afrodescendientes en acceder a la mayoría de los sectores del Estado para canalizar sus demandas. Es decir, deciden presentarse ante el poder judicial cuando consideran al litigio como el último recurso disponible para obtener tutela estatal ante las violaciones que vienen sufriendo por parte de diversos sectores del Estado, el mercado o la sociedad.</p> <p>En este sentido, en el caso <i>NAACP v. Button</i> la CSEU consideró que "los grupos que son incapaces de alcanzar sus objetivos a través de las elecciones frecuentemente se vuelcan a las cortes", pudiendo ser estos los únicos espacios disponibles "para la</p>
-------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>reparación de agravios”.</p> <p>De esta manera, las teorías vinculadas a justificar la elección de llevar a cabo campañas de litigio como último recurso explicarían la movilización legal en materia de segregación racial (Ver cap. 1 pto. 1. Olson, 1990).</p>
¿Quiénes judicializan?	<p>La campaña fue diseñada e implementada por la NAACP²²⁴ (La <i>National Association for the Advancement of Colored People</i> o Asociación Nacional para el Progreso de las Personas de Color), tornándose en la cara visible de la misma. Otros actores importantes fueron <i>The Lawyers Committee for Civil Rights under Law</i> (Comité de abogados por los derechos civiles, una agrupación de profesionales jurídicos) y la ACLU (<i>American Civil Liberties Union</i> – Unión estadounidense por las libertades civiles).</p>
¿Con qué fin?	<p>En relación a la planificación inicial de la campaña, se debe mencionar que ésta fue gestándose entre 1925 y 1930, y la mayoría de los esfuerzos se centraron en la judicialización.</p> <p>El objetivo principal de la campaña era revertir la doctrina judicial de “separados pero iguales” que legitimaba la discriminación racial, a través del dictado de un conjunto de sentencias que vayan desgastando lentamente esta doctrina judicial hasta acabar definitivamente con ella.</p>
¿Cuándo?	<p>La campaña se lanzó en un contexto político desfavorable. Sin embargo, para el momento en que se dictó el fallo <i>Brown</i>, tanto la opinión pública mayoritaria como algunos sectores del gobierno federal apoyaban los reclamos de la NAACP, en un contexto en que necesitaban diferenciarse del nazismo en sus</p>

²²⁴ Aquí incluimos tanto la NAACP como la NAACP Legal Defense Fund. Si bien esta segunda comenzó siendo el brazo jurídico de la primera, con el tiempo comenzaron a distanciarse. Sobre las diferencias que surgieron véase Wasby (1996: p. 61-64).

	<p>disputas con el modelo comunista (Tushnet, 1987; Klarman, 2007).</p> <p>Por su parte, la CSEU evitó inmiscuirse en cuestiones vinculadas a segregación racial en las escuelas, hasta el dictado de <i>Brown</i> (Kloppenber, 2001), siendo la Cámara de Apelaciones del 5to circuito la más receptiva a estas demandas (Wasby, 1995). Sólo a partir de <i>Brown</i>, y hasta comienzos de los años 70, la CSEU se volvió en un espacio receptivo a demandas de derechos civiles (Walker, 1999).</p>
<p>¿Con qué?</p>	<p>Para cuando la campaña fue lanzada, las acciones de clase absorbían una considerable cantidad de recursos, fundamentalmente por el tamaño, la complejidad y la necesidad de notificar a todos los posibles afectados, y en contrapartida, no generaban importantes cantidades de dinero, por lo que el financiamiento era fundamental. Para el momento del lanzamiento de la campaña, en 1925, la NAACP contaba con cerca de 25.000 dólares, y hasta la resolución de <i>Brown</i> debió lidiar con problemas económicos. Gran parte de sus recursos provenían tanto de organismos de financiamiento (como la Fundación Ford o el Fondo Garland), como de pequeñas contribuciones de ciudadanos (Wasby, 1995: p. 82-84).</p> <p>En relación a los recursos humanos, la campaña se lanzó con cuatro o cinco abogados permanentes, cifra que se duplicó cuando el fallo <i>Brown</i> fue resuelto. Por otro lado, eventualmente se ponían en contacto con otros abogados a quienes solicitaban asistencia (abogados cooperantes), de los cuales la mayoría lo hacía sin cobrar más que para cubrir los gastos del proceso judicial y eventualmente parte de los honorarios profesionales. Es decir, que tenían un sistema de abogados permanentes y</p>

	cooperantes.
¿Dónde?	<p>Históricamente, y desde fines del siglo XIX, las acciones de clase solían diseñarse para ser interpuestas en el fuero federal. Los juzgados federales solían ser los preferidos por los abogados de derechos civiles y contra la discriminación racial, ya que se solían discutir cuestiones constitucionales, permitían llegar más rápido antes la CSEU, y los alcances de las sentencias podían extenderse más allá del Estado en el que la demanda judicial había sido interpuesta. Esta tendencia se consolidó luego del dictado de <i>Brown</i>, ya que los juzgados federales se convirtieron en los más activos defensores de los derechos civiles. Sin embargo, no era infrecuente que se optara por litigar casos en juzgados estatales, ya sea independiente, simultáneamente o cuando el caso federal fallaba, debido a cuestiones procedimentales, la existencia de fallos desfavorables en el fuero federal o interpretaciones más flexibles de leyes estatales.</p>
¿Qué?	<p>De todos los casos litigados por la NAACP entre 1925 y 1954, los casos contra la segregación escolar consumían cerca del "90% de los recursos y esfuerzos" (Wasby, 1995: p. 178). El resto de los casos, también contra la segregación racial, estaban principalmente orientados a cuestiones de desempleo.</p> <p>La elección de los casos dependía de varios factores, en donde la existencia de un cliente con una demanda sólida se tornaba fundamental. Es importante remarcar que debido a acoso y persecuciones que sufrían miembros de la comunidad afroamericana, no siempre era fácil encontrar un cliente dispuesto a llevar el caso, lo que limitaba el margen de elecciones de la organización. Otras cuestiones que analizaban era el apoyo de otras organizaciones, la factibilidad de éxito, la</p>

	<p>posibilidad de obtener apoyo de ciertos organismos estatales o federales y, en caso que el caso ya hubiese sido iniciado por otros abogados u organizaciones, la capacidad de maniobra que tenían para poder controlar dicho caso (Tushnet, 1987).</p>
<p>¿Quiénes litigan?</p>	<p>La campaña se caracterizó por la participación de abogados negros y blancos en los distintos casos judiciales que se presentaron. De hecho, en el sur del país, abundaban los abogados blancos, ya que había muy pocos abogados negros, y no todos querían exponerse a las posibles represalias que podrían recibir.</p> <p>Por otra parte, existían abogados en la sede central de la NAACP, y abogados en las distintas sucursales que esta organización tenía en todo el país. En general, la dinámica de trabajo era la de dar ciertas líneas o marcos generales de actuación, que monitoreaban desde la casa central, y los distintos abogados de las filiales llevaban los casos y tomaban decisiones menores o sobre procedimientos locales. Esta dinámica, sin embargo, creó varios problemas, tales como la de reducir la independencia de los abogados de las filiales, o por el contrario, reducir el control de la campaña nacional de la organización.</p> <p>La mayoría de los abogados de esta campaña eran cooperantes, es decir, no pertenecían al <i>staff</i> permanente de la NAACP. Algunos actuaban en calidad <i>pro bono</i> (es decir, sin cobrar por sus servicios profesionales), y otros eran contratados por la organización. Así mismo, existían cooperantes regulares (con quienes mantenían un contacto permanente) y ocasionales.</p> <p>Por último, era común que los abogados cooperantes trabajaran en las primeras instancias de los casos, y los permanentes en instancias superiores, sobre todo en casos que llegaban a la</p>

	CSEU.
¿Para quién?	<p>Una característica de este tipo de campañas es que la relación entre abogados y clientes suele invertirse, en el sentido que muchas veces son los clientes los que pueden tomar decisiones importantes a lo largo del proceso. Además, es frecuente que los intereses del cliente puedan diferir de los intereses de la campaña. Sin embargo, la campaña que culminó con <i>Brown</i>, se caracterizó por un fuerte control de los abogados sobre los casos judiciales que se llevaban, "siendo un clásico ejemplo de la independencia de los abogados sobre sus clientes" (Olson, 1984: 141).</p> <p>Sin embargo, hubo casos conflictivos, y por ejemplo, en la ciudad de Milwaukee, las diferencias hicieron que el abogado de la NAACP se desligara del caso y el caso sea continuado por un grupo local (Wasby, 1995: p. 292).</p>
¿Con quién?	<p>En esta campaña, la NAACP se concentró en llevar a cabo principalmente casos de segregación escolar y laboral, produciéndose una división de trabajo con la ACLU y otras organizaciones. También hubo una importante cooperación con organizaciones y organismos estatales, con el fin de optimizar los recursos. En general, la colaboración venía de la mano de presentación de escritos judiciales en calidad de <i>amicus curiae</i>. En otros casos, trabajan conjuntamente, como un caso en una escuela de Los Ángeles con la ACLU, o proveían asistencia legal a líderes de la comunidad negra que habían sido arrestados (Wasby, 1995: p. 308).</p> <p>Los casos de falta de cooperación o adversidad fueron infrecuentes (en realidad, comenzaron a intensificarse una década después del dictado del <i>Brown</i>) (Wasby, 1995).</p>

<p>¿Cómo?</p>	<p>Este apartado, vinculado al control y capacidad de reacción de abogados durante todo el proceso, suele ser considerado fundamental por varios autores para facilitar el éxito de la campaña (Greemberg, 1974; Belton, 1978; Wasby, 1995).</p> <p>En el caso de <i>Brown</i>, era particularmente importante debido a que estaba pensada para ir erosionando de forma gradual y progresiva la doctrina racista de "separados pero iguales", y la falta de coordinación de esfuerzos, pérdida de control y carencia de recursos haría peligrar toda la campaña. De hecho, los limitados efectos que tuvieron ciertos casos en Boston, Denver, Detroit y Richmond se debieron a la incapacidad de los abogados a reaccionar oportunamente o a la pérdida de control ante sentencias desfavorables (Wasby, 1995: p. 243). Sin embargo, con la profundización del "argumentos sociológico"²²⁵ como principal argumento para atacar la segregación racial, y la judicialización por etapas, comenzando en fueros más receptivos y luego extenderlo a zonas más complicadas, fue posible tener un control razonable de los distintos casos que se llevaron a cabo, lo que llevaría eventualmente a la resolución de <i>Brown</i>.</p>
<p>¿Cuándo no?</p>	<p>A pesar de poseer un fuerte control sobre el/los proceso/s, se trata de campañas altamente contingentes, y no es de extrañarse que llevó casi 30 obtener una sentencia judicial que invalidara la doctrina de "separados pero iguales". En este sentido, se debieron enfrentar a contextos políticos cambiantes, y una enorme resistencia de los estados del sur estadounidense, pérdida de juicios por cuestiones meramente procesales, debido principalmente a las dificultades de tener un importante control en áreas alejadas a donde habían filiales de la NAACP, cambios</p>

²²⁵ Dicho argumento fue presentado oportunamente en el punto 2.1.2.3. del capítulo 2.

	de las doctrinas judiciales e insuficiencia de recursos financieros.
--	----------------------------------------------------------------------

2.1.1. Análisis de la campaña

Tal como se viene insistiendo, el modelo de litigio llevado a cabo por la NAACP y que culminaría con la sentencia de *Brown* por parte de la CSEU se convirtió en un paradigma alternativo de litigio, aquél tendiente al reconocimiento, protección y avance de derechos civiles y de grupos desventajados, e inspiraría a un sinnúmero de campañas posteriores ya que constituiría “la principal inspiración para aquellos que buscaban transformaciones por medio del litigio” (Greenberg, 1974: p. 20).

No obstante esta campaña, a pesar de ser presentada como lineal, progresiva y exitosa (Kluger, 1975) estuvo plagada de retrocesos y debió esperar casi tres décadas para obtener lo que se buscaba: la eliminación de la doctrina “separados pero iguales” como estándar jurídicamente aceptable. De todos modos, y a pesar de todas estas dificultades, fue elogiada por un importante número de activistas y académicos, que veían en esta experiencia histórica un ejemplo claro de que el cambio social era posible si se utilizaban los estrados judiciales como espacios para realizar demandas sociales y políticas (Greenberg, 1974). Esta perspectiva se agudizó a partir del importante rol que cumplió la CSEU en la defensa de derechos civiles y libertades durante la presidencia de Earl Warren, entre 1953 y 1969 (Walker, 1999). Es decir, la campaña de litigio estratégico contra la segregación escolar, que culminaría con el fallo *Brown*, era para algunos autores y activistas el mejor ejemplo de que el poder judicial podía erigirse como el mejor garante para demandar cambios sociales significativos ya que tenía la capacidad de reducir las desigualdades sociales, raciales, económicas, sexo-genéricas y culturales.

Sin embargo, este modelo de diseño y ejecución de campañas de litigio ha recibido importantes críticas de varios sectores. Una de ellas viene de la mano de Gerald Rosenberg (2008), quien considera que el fallo de *Brown* fue completamente

inútil durante la primera década luego de que fuera dictado, y la campaña de litigio estuvo, en este sentido, lejos de ser exitosa como se venía pregonando. Para este autor, el caso careció de eficacia por tres motivos: el primero se debía a que el liderazgo político a nivel federal, estatal y local no apoyaba la decisión de la CSEU, lo que imposibilitó la implementación de la misma; segundo, con el fin de evitar una confrontación directa con líderes sureños que vivían en una cultura con altos niveles de racismo, la CSEU no insistió demasiado en la aplicación de su sentencia y tercero que el sistema judicial estadounidense carece de poderes propios para hacer implementar sus sentencias, por lo que una decisión así por sí sola no tenía un valor más allá del simbólico. Para este autor, sólo a partir de 1964, cuando el ejecutivo nacional decidió priorizar la cuestión de los derechos civiles, se produjeron los verdaderos cambios en materia de segregación. Es decir que con *Brown* pudo haber cambiado un estándar jurídico, pero no hubo cambios significativos en la vida de los estadounidenses afrodescendientes.

Por su parte, Michael Klarman (2007) considera que el dictado del fallo *Brown* no debe buscarse en la campaña de judicialización, sino más bien en los importantes cambios culturales que se venían gestando en el seno de la sociedad estadounidense en relación a las percepciones y actitudes hacia la comunidad negra. Para él, la ideología de la segunda guerra mundial, el rol de la guerra fría y la importante migración de negros a estados del norte del país fueron los verdaderos artífices de esta decisión judicial.

Por último, a partir de la lectura del recuadro presentado en el apartado anterior, podemos afirmar que esta campaña de judicialización evidencia que el modelo *Brown* está lejos de ser un modelo sencillo, con reglas claras o fórmulas sencillas que puedan asegurar el éxito del mismo. La campaña fue larga (comenzó a gestarse en 1925 y culminó en 1954), costosa y plagada de contramarchas políticas y judiciales. Tuvo importantes dificultades en obtener clientes dispuestos a representar los intereses colectivos, como así también para encontrar abogados negros y durante el primer tiempo la CSEU evitó pronunciarse sobre lo solicitado. Si a esto le sumamos

las perspectivas de Klarman (2007) y Rosemberg (2008), quienes consideran que la campaña de litigio poco tuvo que ver con el dictado del fallo de *Brown*, y que la aplicación del fallo fue prácticamente nula, es difícil entender cómo este caso se convirtió en uno de los hitos jurisprudenciales más importantes del país, instaurando un modelo de litigio "para el cambio social" que sería utilizado sistemáticamente por diversas organizaciones y que finalmente sería trasladado a otros países del planeta.

Lo cierto es que a partir del caso *Brown*, diversos autores comenzaron a hablar de que al margen de los cambios visibles, las sentencias judiciales tenían importantes efectos simbólicos, tales como educar a los estadounidenses y que entonces puedan entender y reflexionar sobre sus deberes constitucionales, funcionando como catalizadores para el cambio social, facilitando la comunicación, el diálogo y la negociación entre diferentes grupos y órganos estatales, darle cobertura en los medios de comunicación y así promover acciones tendientes al cambio social (Lobel, 2003). Quizás estos motivos fueron suficientes para convencer a diversos grupos a continuar utilizando y profundizando el paradigma "*Brown*" de litigio estratégico, como fue con algunas organizaciones de homosexuales en los años setenta, tal como se verá a continuación.

2.2. Campaña contra las leyes de sodomía

Tal como se mencionó en el apartado anterior, la experiencia de judicialización de *Brown* inspiró un gran número de campañas similares posteriores, convirtiéndose el poder judicial en un importante centro de disputas políticas.

Para la década del setenta comenzaron a surgir las primeras organizaciones que, inspiradas en la NAACP, comenzarían a entablar demandas judiciales para el reconocimiento y la protección de personas homosexuales. En su agenda política aparecía como prioritario cuestionar la constitucionalidad de aquellos códigos penales que castigaban las relaciones sexuales homosexuales consentidas entre adultos, ya

que en la práctica justificaban acciones abusivas y estigmatizantes llevadas a cabo por las fuerzas de seguridad.

La campaña, iniciada en los años setenta, puede dividirse en dos períodos: el primero que va desde la primera presentación judicial en 1975 hasta el dictado del fallo *Bowers v. Hardwick* de 1986, que ratificó la constitucionalidad de estas previsiones penales, y un segundo período, en el cual la campaña se redirecciona y culmina en el año 2003 con la sentencia de la CSEU *Lawrence v. Texas*, quien consideró que las prácticas sexuales consentidas entre adultos formaban parte de la libertad protegida por la enmienda del debido proceso, establecido en la Constitución Federal. Con *Lawrence* cayeron las leyes de sodomía de trece Estados, y significó el fin de esta campaña de litigio estratégico. Esta campaña está desarrollada detalladamente en el punto 2 del capítulo 3, por lo que nos centraremos en aquellos aspectos que consideramos relevantes según el esquema de análisis propuesto.

<p>¿Por qué?</p>	<p>Al igual que la comunidad negra en los años 20 y 30, personas homosexuales o transexuales carecían de cualquier tipo de protección legal, y sufrían humillaciones y ataques continuos tanto por parte de la sociedad como de diversas instituciones del estado, encontrándose en un gran estado de indefensión. Los primeros grupos homosexuales que se organizaron y decidieron recurrir a los tribunales lo hicieron también por encontrarse imposibilitados de canalizar sus demandas por medios democráticos diferentes a los judiciales. Al igual que los afroamericanos, decidieron presentarse ante el poder judicial al considerar que el litigio era el último recurso disponible (teoría de grupos desventajados), pero también la experiencia de la campaña de <i>Brown</i> habría hecho que sus miembros abrazaran lo que Stuart Scheingold (1974) denomina "mito de los derechos", es decir la idea de que el litigio funcionaría como el principal</p>
-------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>mecanismo institucional y tendría la capacidad de producir tanto declaraciones de derechos como su implementación, lo que a largo plazo produciría cambios sociales (litigio impulsado por ideas).</p>
<p>¿Quiénes judicializan?</p>	<p>La campaña fue diseñada e implementada principalmente por <i>Lambda Legal Defense and Education Fund</i> (Fondo de Defensa Legal y Educación Lambda), tornándose en la cara visible de la misma. Otros actores importantes fueron la ACLU (<i>American Civil Liberties Union</i> – Unión estadounidense por las libertades civiles); GLAD (<i>Gays and Lesbians advocates and defenders</i> – Abogados y defensores de gays y lesbianas) y GRA (<i>The Gay Rights Advocates</i> – Abogados de derechos gays).</p>
<p>¿Con qué fin?</p>	<p>El objetivo de la campaña era declarar la inconstitucionalidad de todas las normas penales estatales que puniesen los actos sexuales consensuales entre adultos mayores de edad del mismo sexo. Esta campaña se gestó a mediados de la década de 1970, a partir de una serie de cambios doctrinarios y jurisprudenciales que cuestionaban la constitucionalidad de normas que penalizaban los actos de sodomía.</p> <p>La campaña de litigio, que duró más de veinte años, en su último período se tramitó paralelamente con otras campañas emprendidas por los mismos grupos, como eran aquellas que cuestionaban las iniciativas contra los derechos de gays y lesbianas y las leyes civiles que regulaban el matrimonio (Eskridge, 1999; Andersen, 2004).</p>
<p>¿Cuándo?</p>	<p>En relación al contexto de la campaña de litigio estratégico, es importante recordar que este tuvo importantes variaciones entre el momento en que fue lanzada y clausurada. En relación a la opinión pública, por ejemplo, la primera decisión de la CSEU en</p>

	<p>el caso <i>Bowers</i> (1986) se dictó en un momento en que cerca del 80% de la población estadounidense rechazaba las prácticas sexuales entre personas del mismo sexo, en medio del brote de la epidemia de HIV-Sida. En cambio cuando <i>Lawrence</i> fue resuelto (2003) ese rechazo se había reducido a casi el 50% - véase cuadro 3, capítulo 3- (Andersen, 2004; Lee Badgett, 2010).</p> <p>Políticamente el contexto también varió, ya que la elección de Ronald Reagan como presidente trajo consigo importantes modificaciones al perfil del poder judicial, en particular conformando una nueva CSEU, marcadamente conservadora y contraria a las ideas de despenalización de la sodomía. En esta línea, este tribunal consideró que la Constitución no confería “el derecho fundamental a participar en prácticas sodomitas homosexuales”, y que las cláusulas del debido proceso que alegaban los litigantes debían interpretarse “en las profundas raíces de la historia de esta nación y sus tradiciones”. Esta actitud fue modificándose gradualmente, y la CSEU comenzó a respaldar tímidamente las demandas del colectivo LGBT en los casos <i>Romer v. Evans</i> de 1996. Para cuando <i>Lawrence</i> fue dictado, en cambio, existía también una mayor apertura por parte del gobierno federal y la CSEU al reconocimiento de derechos de la comunidad LGBT.</p>
<p>¿Con qué?</p>	<p>Para cuando Lambda fue creada, contaba con un presupuesto de cuatro mil dólares. En tres décadas de su creación, el mismo se disparó exponencialmente a ocho millones de dólares (Andersen, 2004: p. 17). Pero durante el lanzamiento de esta campaña, los recursos financieros no abundaban, y los abogados trabajaban sin obtener retribuciones (<i>pro bono</i>). Los mismos venían</p>

	<p>fundamentalmente de pequeñas contribuciones de individuos, aunque también contaban con financiamiento de otras organizaciones.</p> <p>Es interesante destacar que cuando la CSEU sentenció confirmando las leyes antisodomía en <i>Bowers</i>, la organización Lambda recibió importantes sumas de dinero para profundizar su campaña, principalmente de contribuciones individuales.</p>
<p>¿Dónde?</p>	<p>Con relación a la elección de fuero, todas las demandas judiciales iniciales que desafiaban las leyes de sodomía fueron presentadas en el fuero federal. Esto se debió a que consumía menos recursos para grupos como Lambda volverse expertos en el derecho federal que hacerlo en 50 diferentes cuerpos normativos estatales, ya que una victoria en la CSEU tendría aplicación en el país entero, mientras que una victoria en la Corte Suprema de cualquier Estado se limita a los límites estatales. En este sentido, la elección se debía a un mero cálculo de costos y beneficios (Andersen, 2004). Sin embargo, la sentencia de <i>Bowers</i> (que confirmaba la validez de las leyes estatales) llevó a Lambda a redireccionar la campaña. Para entonces, se estaba sustanciando un caso similar de las leyes de sodomía del Estado de Kentucky (caso <i>Wasson</i>). Con el resultado de <i>Bowers</i>, el caso <i>Wasson</i> fue reformulado por los abogados basándose principalmente en agravios estatales y no más en el derecho federal a la privacidad. Esta modificación en la estrategia terminó siendo exitosa, y diversos tribunales estatales comenzaron a anular leyes que penalizaban la sodomía. De este modo, la campaña tuvo un vuelco importante, en el cual se pasó del fuero federal al fuero estatal, y a través de casos estatales se llegaría ante la CSEU con <i>Lawrence</i>.</p>

¿Qué?	<p>Si bien la campaña para desafiar las leyes anti-sodomía fue uno de los objetivos principales desde la creación de Lambda, obtener un caso jurídicamente viable demostró ser mucho más complicado de lo que se esperaba. De hecho, el primer caso que se presentó fue del año 1975, el cual desafiaba leyes del estado de Nueva York. Estas leyes justificaban el acoso policial a homosexuales que se congregaban en ciertos bares, pero casi nunca se les aplicaba una pena. El caso, caratulado como <i>Dudal v. Codd</i> pretendía cuestionar este tipo de abuso, y Dudal se declaró culpable de ofrecer "sexo desviado" ("<i>loitering for the purposes of deviant sex</i>"). Sin embargo, el fiscal decidió archivar la causa, a pesar de que Lambda insistió en continuar con el proceso penal. A partir de entonces, era particularmente complicado conseguir un afectado, ya que difícilmente se aplicaban penas a homosexuales.</p> <p>Fue en 1982 cuando Michael Hardwick fue arrestado en su propia habitación, al momento en que un agente de la policía miró a través de la puerta parcialmente abierta y lo vio manteniendo relaciones con otro hombre. Ante ese hecho, el agente procedió a arrestar a los infractores, amparado en la ley penal del Estado de Georgia. A pocos días del arresto, miembros de la filial de Georgia de la ACLU se pusieron en contacto con Hardwick, por considerarlo un caso testigo que desde hacía cinco años venían buscando, debido a que Michael Hardwick era la primera persona en más de cincuenta años que fue arrestada en el Estado de Georgia por mantener relaciones homosexuales privadas, consensuales y entre adultos. Este caso fue el primero en llegar a la CSEU, y el que terminó siendo resuelto en 1986. Sin embargo, uno de los cuestionamientos que recibió Lambda con el</p>
--------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>fracaso de <i>Bowers</i>, fue haber llegado ante la CSEU con un cliente inapropiado. Para los críticos, la CSEU debería haber resuelto el caso <i>Baker v. Wade</i> que llegó unas semanas después de <i>Bowers</i>, ya que “Don Baker había claramente vivido el tipo de vida impecable que el Ministro de la Corte Suprema Douglas había sugerido que sería un componente vital para desafiar las leyes exitosamente” (Andersen, 2004: p. 70). Según esta postura “<i>Bowers</i> debería haberse renunciado en favor de <i>Baker</i>, a pesar de que este caso tenía algunas complicaciones procedimentales, porque sus argumentos combinados de protección/privacidad ofrecían mejores bases jurídicas para terminar con las leyes de sodomía” (Andersen, 2004: p. 86). La decisión de revisar el caso <i>Baker</i> (que versaba sobre las leyes de sodomía en el Estado de Texas) fue rechazada por la CSEU una semana después de la sentencia de <i>Bowers</i>.</p> <p>Por su parte, y tras el fracaso de <i>Bowers</i>, la campaña de litigio comenzó a ser redireccionada, y finalmente sería un caso del estado de Texas el que llegaría nuevamente ante la CSEU. El caso <i>Lawrence</i> era en realidad uno de cuatro casos que estaba siendo pensando para presentarse ante la CSEU por grupos LGBT (los otros tres eran <i>Glendening</i>, <i>Jegley</i> y <i>Sánchez</i>)²²⁶, y terminó siendo el único apropiado para “desafiar la constitucionalidad de la ley de Texas de Conducta homosexual”, y terminar con las leyes de sodomía en el país (Andersen, 2004: p 130).</p>
<p>¿Quiénes litigan?</p>	<p>Se adoptó un modelo mixto, de abogados permanentes y cooperantes. En esta dirección, Lambda comenzó a incorporar a voluntarios a partir de la década de 1980 (contando en la actualidad con más de 80 abogados permanentes, una oficina</p>

²²⁶ Sobre estos casos, ver capítulo 3.

	nacional y cuatro oficinas regionales a lo largo del país, y abogados cooperantes en todos los Estados del país).
¿Para quién?	En general, las relaciones entre clientes y abogados en esta campaña han sido descripta como armoniosas, y es que tanto Lambda (con sus abogados) y sus clientes compartían los mismos intereses y estaban motivados a involucrarse en el litigio persiguiendo los mismos objetivos. Asimismo, varios de los clientes eran militantes de organizaciones de la diversidad sexual locales, por los que no les preocupaba la exposición pública (Vaid, 1995).
¿Con quién?	<p>Tal como distinguimos en el primer capítulo, las organizaciones suelen relacionarse de diversas maneras. Una de ellas es cooperando, y se dieron importantes lazos de cooperación entre Lambda y la ACLU:</p> <p>“Cuando Lambda se mudó [...] en 1979, lo hizo a las oficinas de de ACLU de Nueva York. Aunque las dos organizaciones retuvieron sus identidades diferenciadas, compartir el espacio laboral alentó la formación de una relación cercana de trabajo entre la entonces pequeñísima Lambda y la comparativamente enorme ACLU. La relación benefició a Lambda en varios aspectos [...]. Le dio a Lambda acceso a los recursos de la ACLU, incluyendo su experiencia en litigio y sus redes organizacionales [...]. La ACLU también se benefició [...] lanzando su propio proyecto de derechos gays en 1985” (Andersen, 2004: p. 34).</p> <p>Lambda también desarrolló importantes lazos entre otras organizaciones, tales como GLAD, con quien tempranamente cooperó, intercambiando abogados, presentando escritos en</p>

	<p>calidad de <i>amicus</i> o coordinando la judicialización (Vaid, 1995). Pero fue también con esta organización con la que se vio frecuentemente involucradas en disputas durante la década de 1980, ya que ambas debían competir por las mismas fuentes de financiamiento, y al mismo tiempo, ampliar el ámbito de influencia en materia de litigio por el avance de los derechos de la comunidad LGBT (Vaid, 1995).</p> <p>Finalmente, muchas veces la falta de cooperación se debió no a disputas por recursos o prestigio, sino simplemente al mero desconocimiento. El ejemplo más claro fue que durante los primeros años de Lambda, existía la imposibilidad de acceder, identificar o generar potenciales casos testigos fuera del área metropolitana del Nueva York. Según Andersen (2004: p. 29) “los litigantes que llevaban casos de derechos gays trabajaban virtualmente aislados de otros, ya que los mecanismos para la comunicación y coordinación estaban ausentes”.</p>
<p>¿Cómo?</p>	<p>En relación a este apartado, nos cabe preguntarnos si Lambda tuvo un control eficiente sobre el litigio y supo reaccionar oportunamente de manera debida durante el desarrollo de esta campaña. Lo cierto es que fue incapaz de interpretar debidamente los cambios políticos que se fueron gestando mientras se desarrollaba esta campaña. En este sentido la organización no vio claramente que la llegada de Ronald Reagan a la presidencia, la designación por parte de su administración de jueces conservadores en la CSEU y la emergencia del VIH-Sida harían improbable una victoria judicial en materia de leyes penales de sodomía, tal como ocurrió en el caso <i>Bowers</i> (Eskridge, 1999). Sin embargo, este fallo judicial, en vez de desanimar a la organización, llevó a que esta intensificara los</p>

	<p>esfuerzos, incentivada por el ingreso de nuevos recursos y un importante apoyo por parte de ciertos sectores y la prensa a sus demandas (y un importante repudio al fallo de la CSEU). La campaña entonces se centró en generar un nuevo conjunto de precedentes jurisprudenciales y estándares interpretativos a fin de revertir los fijados por la CSEU, demostrando tener la capacidad de reaccionar oportunamente ante hechos inesperados (Andersen, 2004).</p>
<p>¿Cuándo no?</p>	<p>De todas las contingencias a las que debió enfrentarse la organización durante el desarrollo de la campaña, sin dudas la más importante fue el cambio de las posturas gubernamentales, con la llegada de la administración Reagan, quien alteró la composición del poder judicial nominando a diversos jueces con marcado perfil conservador en el ámbito federal y haciendo de este poder un lugar menos receptivo para la resolución de demandas por el avance de derechos de minorías. Asimismo, la aparición de la epidemia del VIH-Sida y su vinculación con la población homosexual estigmatizó a este colectivo, quien pasó a ser considerado como portador de una enfermedad que podría acabar con la sociedad estadounidense. Estos dos hechos, ausentes durante el inicio de la campaña, culminaron con la sentencia de <i>Bowers</i> y la ratificación de las figuras penales de sodomía.</p> <p>Sin embargo, durante los años noventa estas percepciones se modificaron. Por un lado, y con respecto al HIV-Sida, con la llegada de cócteles de drogas que permitían el control del virus, se produjo durante la segunda mitad de la década de 1990 la "normalización del Sida" (Andersen, 2004; Pelúcio & Miskolci, 2009). La enfermedad dejó de ser vista como una "amenaza</p>

	<p>homosexual a la salud pública”, y empezó a ser vista como una enfermedad crónica en términos médicos, y consecuentemente a ser normalizada legalmente. El Congreso de los Estados Unidos aprobó una serie de leyes que protegían a las personas con HIV contra la discriminación, y el discurso jurídico que justificaba el mantenimiento de leyes de sodomía invocando razones de salubridad pública fue desvirtuándose y perdiendo valor. Además a partir de la década de 1990, los estadounidenses comenzaron a apoyar cada vez más los derechos de la comunidad LGBT (Lee Badgett, 2010). Tanto el gobierno federal como la ciudadanía se volvieron más tolerantes a la intimidad sexual entre personas del mismo sexo a lo largo de los años, y en consecuencia, el dictado del caso <i>Lawrence</i> por la CSEU tendría un resultado muy diferente al de <i>Bowers</i>.</p>
--	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

2.2.1. Análisis de la campaña

Tal como se mencionó con anterioridad, los antecedentes de esta campaña deben buscarse en las experiencias de litigio anteriores que se desataron a partir del caso *Brown*, el importante reconocimiento a los derechos civiles que se produjo durante la CSEU presidida por Earl Warren, las nuevas ideas que veían en el poder judicial un lugar óptimo para la instalación de demandas sociojurídicas y políticas y la existencia de fundaciones dispuestas a financiar este tipo de campañas (Epp, 2013).

De la lectura de los apartados anteriores surge primeramente la importancia del contexto para asegurar el éxito de este tipo de campañas. La misma fue lanzada en un momento en que muchos de los códigos penales estatales estaban derogando la figura de sodomía, las tendencias jurídicas doctrinarias eran también las de despenalizar de todas las conductas sexuales consentidas por personas adultas y la

CSEU venía reconociendo el derecho a la intimidad y privacidad de las personas en sus sentencias, como *Griswold* de 1965²²⁷; *Stanley v. Georgia* de 1969²²⁸; *Eisenstadt v. Baird*²²⁹ de 1972, y el *leading case* de *Roe v. Wade* de 1973, dónde se consideró que el derecho a la privacidad se extendía a la decisión de cualquier mujer de practicarse un aborto. El primer caso que desafiaba las leyes de sodomía sería de 1975, pero finalmente el que llegaría a la CSEU sería uno iniciado en 1982, en medio de importantes cambios sociales (la aparición del VIH-Sida y su asociación con la homosexualidad) y políticos (la elección de R. Reagan y una nueva composición de la CSEU) que afectaron negativamente la campaña y desembocaron en el dictado de *Bowers v. Hardwick* en 1986. Así, si bien durante el diseño inicial de esta campaña había motivos para ser optimistas, los hechos posteriores cambiaron el escenario político y jurídico, y el resultado no fue el esperado.

Sin embargo, la resolución de este caso trajo consigo importantes manifestaciones públicas en contra de la decisión en todo el país, y Lambda tuvo la capacidad de sobreponerse a esta sentencia y desarrollar una estrategia exitosa de recolección de fondos para continuar sosteniendo sus acciones legales y políticas. De hecho, entre 1985 y 1986, las contribuciones particulares saltaron de \$181,239 a \$553,402. “Este dramático incremento sugiere que Lambda fue razonablemente exitosa en usar la derrota judicial para movilizar el apoyo a su trabajo” (Andersen, 2004: p. 95). Esta derrota significó también el redireccionamiento de la campaña, y para el año 2003 la CSEU dictaría *Lawrence v Texas*, convirtiéndose en uno de los pocos casos en que este tribunal revertía una doctrina judicial fallada en menos de veinte años (Cathcart, 2003).

Esto nos lleva a preguntarnos si la judicialización sirvió de algo, o en realidad cambios en la actitud hacia la homosexualidad de los estadounidenses, la

²²⁷ En este caso, la CSEU determinó por mayoría 7-2 que las leyes de Connecticut que prohibían a las personas casadas usar “cualquier droga, artículo medicinal o instrumento con el fin de prevenir la concepción” violaban el derecho a la privacidad marital, y por lo tanto debían invalidarse.

²²⁸ En este caso, por su parte, el máximo Tribunal sostuvo que la mera posesión de material obsceno en la propia casa tenía protección constitucional.

²²⁹ En este caso, el máximo tribunal extendió la protección de *Griswold* sobre el uso de anticonceptivos también a las personas solteras.

normalización de la epidemia del VIH-Sida y modificaciones en las políticas públicas con respecto a este colectivo fueron los verdaderos catalizadores del cambio que se produjo entre *Bowers* y *Lawrence*. Lo cierto es que, a diferencia de la campaña contra la segregación racial en las escuelas, el fallo negativo de *Bowers* sirvió para discutir jurídica y socialmente los alcances de las normas que penalizaban conductas sexuales privadas y consentidas entre adultos. Junto a Lambda, otras organizaciones tales como la ACLU y GLAD, comenzaron a publicar tanto en medios de difusión como en revistas jurídicas los defectos e inconsistencias legales que *Bowers* tenía. Así mismo, comenzó a darse un importante debate en torno a la privacidad e intimidad de las personas, debate que se profundizó a partir del dictado de nuevas sentencias que reconocían estas demandas y derogaciones de estas figuras en los códigos penales en varios Estados. En este sentido, podemos afirmar que el lanzamiento y mantenimiento de esta campaña de litigio estratégico cumplió un rol importante en la derogación de estas regulaciones. Y con *Lawrence*, en el año 2003, finalmente quedó consolidada la idea de que sexualidad y reproducción ya no estaban legal ni socialmente atadas. Para el movimiento LGBT estadounidense, el próximo paso sería entonces obtener el reconocimiento judicial al matrimonio entre personas del mismo sexo.

2.3. Campaña por la ampliación del matrimonio en Estados Unidos

Si bien los primeros casos judiciales que desafiaban las normas civiles que sólo permitían el matrimonio entre personas heterosexuales se remontan a 1970, la campaña por el matrimonio para parejas del mismo sexo fue lanzada en 1993, a raíz del pronunciamiento judicial de la Corte Suprema del Estado de Hawái que cuestionaba la constitucionalidad de una institución civil que se limitara sólo a cierto tipo de parejas. En este sentido, la campaña puede dividirse en dos etapas, la primera que va desde el dictado de *Baehr v. Lewin* (1993) hasta *Goodridge v. Dept. of Public Health* (2003), caracterizado por la incapacidad de obtener sentencias

favorables en este ámbito y centradas en repeler judicialmente nuevas previsiones legales que dificultaban o impedían cambios en el matrimonio civil, y la segunda que va desde *Goodridge* (2003) hasta *Obergefell* (2014), caracterizado por la obtención progresiva de antecedentes jurisprudenciales favorables a la causa, y que culminaría con una sentencia de la CSEU que extiende el reconocimiento al matrimonio para parejas del mismo sexo en todo el país. La campaña ha sido desarrollada detalladamente en el punto 3 del capítulo tres. A continuación nos centraremos en aquellos apartados que resultan relevantes en nuestro esquema teórico.

<p>¿Por qué?</p>	<p>Si bien existen antecedentes de la década del setenta, fue en 1993 cuando la lucha por el reconocimiento legal al matrimonio entre personas del mismo sexo entró en la agenda de aquellas organizaciones que litigaban el reconocimiento y la expansión de los derechos de grupos homosexuales. Esta campaña se lanzó luego de que la Corte Suprema del Estado de Hawái considerara en "<i>Baehr v Lewin</i>" que la prohibición que pesaba sobre parejas homosexuales para acceder al matrimonio podría constituir un tipo de discriminación contraria a la Constitución del Estado.</p> <p>A diferencia de la primer campaña analizada, para la década del noventa las agrupaciones de la diversidad sexual contaban ya con importantes recursos (financieros y técnicos) y veían en el poder judicial un espacio fértil para el acogimiento de sus demandas. En este sentido, la campaña por el matrimonio se llevó a cabo tanto porque existían recursos disponibles para ejecutarlas, como por la idea de que el litigio tendría la capacidad de producir reconocimiento de derechos (litigio impulsado por ideas), a partir del fallo hawaiano.</p>
	<p>En el caso de la campaña por el matrimonio, las organizaciones más importantes fueron <i>Lambda Legal Defense and Education</i></p>

¿Quiénes judicializan?	<i>Fund</i> (Fondo de Defensa Legal y Educación Lambda), la ACLU (<i>American Civil Liberties Union</i> – Unión estadounidense por las libertades civiles) en su área específica para el avance de derechos LGBT y GLAD (<i>Gays and Lesbians advocates and defenders</i> – Abogados y defensores de gays y lesbianas).
¿Con qué fin?	El objetivo era declarar la inconstitucionalidad de los códigos civiles estatales que sólo permitían la celebración de matrimonios entre parejas heterosexuales. A partir de la experiencia adquirida en la campaña contra las leyes que penalizaban los actos sodomitas, la estrategia se centró en conseguir victorias primeramente en aquellos estados que podían ser más receptivos a estas demandas, y no tanto a nivel federal con el fin de desestabilizar la coherencia y homogeneidad que existía en todo el país a nivel matrimonial.
¿Cuándo?	En relación al contexto de la campaña de litigio estratégico, es importante recordar que, al igual que en su predecesora, tuvo importantes variaciones entre que se lanzó (1993) y se resolvió judicialmente (2014). En relación a la opinión pública, para 1993 (momento en que sale el primer fallo favorable), más del 69% de los estadounidenses reprobaban la posibilidad de matrimonio entre parejas del mismo sexo ²³⁰ . Para el año 2004, cuando en el Estado de Massachussetts se aprobó el matrimonio homosexual y el debate se instaló fuertemente en la sociedad, un 60% de los estadounidenses se oponían a este tipo de matrimonio. Diez años después, cuando <i>Obergefell</i> fue resuelto, sólo el 40% se mostraba en contra ²³¹ .

²³⁰ Según surge de la entrevista de Harris, CNN y Time, en Rosenberg (2008, p. 402).

²³¹ Según surge de las encuestas del Pew Research Center sobre actitudes de los estadounidenses en relación al matrimonio gay, disponible en <http://www.pewforum.org/2015/07/29/graphics-slideshow-changing-attitudes-on-gay-marriage/> (último acceso 22/02).

	<p>Políticamente el contexto también tuvo importantes cambios. Tanto el ejecutivo como el legislativo (a nivel federal y estatal) cumplieron un importante rol en los noventa para detener y obstaculizar el avance al reconocimiento de derechos a miembros de la comunidad LGBT, legislando o fomentando la incorporación de enmiendas constitucionales para limitar el matrimonio a parejas heterosexuales, y la CSEU no parecía interesada en reconocer este derecho. Contrariamente a esto, la administración de Barack Obama le otorgó un fuerte respaldo a las demandas del colectivo LGBT, y la designación de dos nuevas ministras de la CSEU tuvo un enorme impacto en varias de sus decisiones judiciales, principalmente en <i>Windsor</i> y <i>Obergefell</i>.</p>
<p>¿Con qué?</p>	<p>A diferencia de la anterior campaña analizada, los recursos disponibles para ser movilizados durante la judicialización del matrimonio eran significativos, y le permitieron a las diversas organizaciones por un lado concentrarse en diversas campañas simultáneamente (ya que durante los años noventa no sólo fueron muy activas las de despenalización de las figuras penales de sodomía y legalización del matrimonio, sino también todas aquellas que intentaban invalidar las distintas iniciativas y consultas populares que negaban o limitaban derechos de gays, lesbianas y trans) y por el otro lanzar una campaña Estado por Estado, siempre más costosa que las que se lanzan a nivel federal.</p> <p>Pero según Andersen (2004) la movilización de recursos fue particularmente importante no tanto en materia de judicialización, sino a través de la importante campaña comunicacional y educativa que cumplieron estas organizaciones, tendientes a concientizar a la población sobre las desigualdades</p>

	<p>que significaba tener un régimen matrimonial discriminatorio en todo el país.</p>
¿Dónde?	<p>La campaña contra los códigos penales que criminalizaban las relaciones sexuales homosexuales entre adultos dejó en claro una cosa: los tribunales estatales eran más receptivos a las demandas de igualdad y no discriminación que los federales. Y en este sentido, durante los primeros quince años de campaña el fuero estatal fue el preferido por estas organizaciones para interponer sus demandas judiciales.</p> <p>El primer caso favorable de 1993, resuelto por la Corte Suprema de Hawái no sólo fue una sorpresa para estas organizaciones, sino que desencadenó una importante reacción conservadora, y diez años después, cuando se dictaba el segundo fallo favorable (<i>Goodridge</i>) cuarenta y cinco Estados y el gobierno federal habían aprobado una serie de medidas para evitar el reconocimiento de estas uniones matrimoniales (Rosemberg, 2008).</p> <p>En un contexto claramente desfavorable, el estado de Massachussetts generaba expectativas positivas en estas organizaciones: la Corte Suprema de este Estado había demostrado ser receptiva ante estas demandas, la población tenía actitudes más tolerantes ante gays y lesbianas y el mecanismo para incorporar enmiendas constitucionales que intentaran limitar derechos civiles a miembros de este colectivo era más dificultoso que en la mayoría de los otros Estados. Todo esto permitió que la judicialización sea exitosa y en mayo del 2004 se convirtiera en el primer estado en reconocer este tipo de uniones.</p>
	<p>Tal como se advirtió en el primer capítulo, las áreas del derecho</p>

<p>¿Qué?</p>	<p>donde se va a litigar muchas veces no son planificadas, sino que surgen naturalmente, debido a cambios jurisprudenciales. Este fue lo que sucedió con la campaña de matrimonio. Hasta 1993, las discusiones en torno al matrimonio no eran prioritarias en el seno de las organizaciones de la diversidad sexual que judicializaban demandas del colectivo LGBT, y sólo cuando la Corte Suprema de Hawái resolvió el caso <i>Baehr</i>, poniendo en cuestión la constitucionalidad del matrimonio sólo para parejas heterosexuales, la cuestión de la judicialización del matrimonio adquirió centralidad.</p> <p>Con relación a la elección de los casos, y tal como se describió en el apartado precedente, la misma se concentró primeramente en la presentación judicial de casos en aquellos Estados con mayores posibilidades de éxito, para luego extenderlo a lo largo de todo el país.</p>
<p>¿Quiénes litigan?</p>	<p>Al igual que en la campaña analizada precedentemente, se adoptó un modelo mixto, con abogados permanentes y cooperantes. Las distintas organizaciones contaban con un importante número de abogados dispuestos a cooperar, o brindaban ayuda legal y técnica a aquellos abogados que, fuera del marco de la campaña, llevaban este tipo de casos a partir de las experiencias judiciales exitosas.</p>
<p>¿Para quién?</p>	<p>A diferencia de los casos de sodomía, en los cuales era difícil obtener clientes dispuestos a judicializar sus casos, hubo un gran número de casos judiciales vinculados a la ampliación del matrimonio. Las sentencias favorables alentaban a muchas parejas a desafiar judicialmente las limitaciones que existían en sus propios estados, y muchas de ellas ni siquiera participaban activamente en agrupaciones LGBT.</p>

	<p>Como consecuencia se produjo una judicialización dentro y otra fuera de la campaña, produciéndose importantes diferencias entre las relaciones que se generaban con clientes y abogados, ya que en algunos casos simplemente se replicaban las relaciones tradicionales entre abogado/cliente, y en otras – aquellas que se daban en el marco de la campaña- los intereses de la causa podrían estar por encima de la de los clientes. En la mayoría de estos casos las relaciones se han descrito como armoniosas y donde no ha habido importantes diferencias debido a que perseguían el mismo fin: que el derecho al matrimonio se les reconozca judicialmente (Andersen, 2004).</p>
¿Con quién?	<p>Durante esta campaña, se produjo una mayor cooperación y se redujo el número de disputas en torno a la obtención de recursos. En general, cuando alguna de estas organizaciones judicializaba un caso, fue muy frecuente la coordinación conjunta, el intercambio de recursos humanos y la presentación de escritos judiciales en calidad de <i>amicus</i> (Vaid, 1995).</p>
¿Cómo?	<p>A pesar de verse envueltas en contexto poco favorables, las distintas organizaciones que judicializaron la cuestión del matrimonio homosexual fueron eficientes en la planificación del litigio: desafiaron judicialmente las iniciativas “anti-gays” y paralelamente hicieron un cuidadoso análisis del contexto político, jurisprudencial y social de cada estado antes de presentar sus demandas judiciales. En este sentido tuvieron un importante control de la campaña, siendo consistentes y generando un cuerpo jurisprudencial favorable durante los más de veinte años que duró esta campaña.</p>
	<p>De las diversas contingencias a las que debieron enfrentarse estas organizaciones la más importante tiene que ver con la</p>

<p>¿Cuándo no?</p>	<p>importante reacción que trajo la primer sentencia favorable a este pedido. Como consecuencia de <i>Baehr</i>, diversos estados y el gobierno federal aprobaron una serie de modificaciones legales a fin de dificultar e impedir el reconocimiento de derechos a los miembros de la comunidad LGBT, y como consecuencia, durante la primer década estas organizaciones debieron concentrarse más en revertir estas normativas que en generar nuevos antecedentes jurisprudenciales a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo.</p> <p>Por otra parte, la campaña se vio fuertemente respaldada con la asunción de Barack Obama a la presidencia, quien se mostró a favor de la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo, y decidió no apoyar judicialmente la defensa de la ley DOMA (Ley en defensa el matrimonio) y designar a ministros de la CSEU más receptivos a estas demandas.</p>
---------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

2.3.1. Análisis de la campaña

La sorpresiva decisión de la Corte Suprema del Estado de Hawái en 1993 (*Baehr v. Lewin*) que cuestionaba la constitucionalidad del matrimonio civil por limitarse sólo a ciertas parejas (las heterosexuales) fue la que desencadenó una campaña de litigio estratégico que duraría hasta el año 2015, y que estaría plagada de marchas y contramarchas. Y lo que a principios de la década de 1990 ni siquiera se discutía en estas organizaciones, una década después se convirtió en prioritario. El fallo de la CSEU de *Lawrence*, que invalidaba las leyes que penalizaban las relaciones sexuales homosexuales y el primer fallo que culminaría con la aprobación del matrimonio en el Estado de Massachussetts (ambos en el 2003) intensificó la campaña, y generó la sensación que el camino judicial era el correcto.

Al igual que durante la campaña anterior, parece haber una importante correlación entre el contexto en el que era desarrollada y el éxito de la misma, y la CSEU sólo decidió resolver este caso cuando existía el apoyo del poder ejecutivo federal, la opinión pública estaba mayoritariamente a favor de la legalización de este tipo de matrimonio y ya era legal en treinta y siete de los cincuenta estados del país²³². Y a pesar de que la CSEU venía evitando resolver sobre esta cuestión en el fallo de *Obergefell* sentenció que “cualquier persona pueda invocar la protección de un derecho constitucional cuando este ha sido violado, incluso si la mayoría de la población no está de acuerdo y si las legislaturas se niegan a actuar” ya que “los derechos fundamentales no deben ser sometidos a ninguna votación” (p. 24), lo que no deja de ser llamativo, y abona la teoría de Barry Friedman (2009), para quien ha sido la opinión pública quien tiene un rol fundamental en las sentencias de la CSEU:

“Es a través del proceso de respuesta judicial a la opinión pública que el significado de la Constitución toma forma. La Corte regula. El público responde. Con el tiempo, a veces por largos períodos, la opinión pública se consolida y la Corte entra en consonancia con las opiniones del público estadounidense” (2009: p. 383)

Es destacable aquí que tanto la sentencia de *Lawrence* como la de *Obergefell* se dictaron en momentos de importante apoyo tanto por la opinión pública como de medios masivos de comunicación. En este sentido, la cuestión contextual (política y socialmente) parece haber cumplido un rol central en las campañas de litigio, mucho más que la existencia de precedentes favorables o la posesión de recursos humanos y financieros.

²³² Incluyendo el último en legalizarse, Alabama, aunque la situación era bastante compleja, ya que con fecha 03/03/15 la Corte Suprema del Estado había ordenado que las autoridades se abstengan de emitir permisos matrimoniales contrariando las decisiones del fuero federal. Véase “Alabama Court Orders a Halt to Same-Sex Marriage Licenses” disponible en http://www.nytimes.com/2015/03/04/us/alabama-court-orders-halt-to-same-sex-marriage-licenses.html?_r=1 (último acceso: 23/02/16).

La segunda cuestión a debatir es si el litigio tuvo algo que ver en el éxito de la campaña, o fueron cambios actitudinales de los estadounidenses los que permitieron la legalización del matrimonio en dicho país.

Para Gerarld Rosemberg (2008), lejos de ser exitosa, la campaña de litigio estratégico fue un verdadero desacierto de estas organizaciones, y como resultado se produjo una verdadera reacción conservadora que limitó aún más los derechos del colectivo LGBT, la opinión pública no experimentó importantes modificaciones a partir de la judicialización y en los hechos significó un retroceso para la causa: "el problema es que activistas por el matrimonio homosexual fueron a las cortes demasiado pronto". Para él, la estrategia correcta habría sido presionar legislativamente, ya que las posibilidades de retrocesos serían menores (p. 416-417).

Por nuestra parte, creemos que es importante ver un poco más allá. Al margen de que dicho autor opinaba sobre el fracaso de la campaña varios años antes de que la misma haya culminado exitosamente, lo cierto es que incluso la reacción conservadora puede leerse en términos de victoria. A partir de Hawái la institución matrimonial dejaba de asumirse heterosexual. Si bien en el corto plazo los sectores conservadores fueron muy eficientes en reaccionar, las enmiendas constitucionales dejaban en claro que los Estados adoptarían un matrimonio entre hombres y mujeres, reconociendo implícitamente que otros matrimonios eran posibles, y cuestionando la esencia misma de la institución.

Asimismo, las campañas de litigio también destinaron parte de sus recursos a la educación pública y al dictado de talleres sobre la necesidad de aprobar el matrimonio de parejas del mismo sexo, a enviar informes y otorgar entrevistas a medios masivos de comunicación y contrataron a cabilderos (*lobbyist*) con el fin de instalar la cuestión en las legislaturas locales, ya que consideraban que "las reformas legales no comenzaban ni terminaban en los estrados judiciales" (Andersen, 2004: p. 215). Y a largo plazo, la judicialización demostró ser una estrategia acertada, ya que hasta el dictado de *Obergefell* por la CSEU, la mayoría de los Estados que habían legalizado el matrimonio lo habían hecho como consecuencia de desafíos judiciales.

En este sentido, y difiriendo con Rosemberg (2008) el litigio parece haber contribuido de manera importante al cambio de actitudes de los estadounidenses en relación al matrimonio, lo que redundaría en el reconocimiento de la CSEU.

2.4. Campaña de litigio por la ampliación del matrimonio en Argentina

El 14 de febrero del 2007 bajo el lema “el mismo amor, los mismos derechos con los mismos nombres” se lanzó una ambiciosa campaña político-discursiva con la finalidad de extender la institución matrimonial a las parejas homosexuales. Esta campaña se centró principalmente en la presentación de acciones judiciales (con el fin principal de llegar ante la Corte Suprema de la Nación y se expida sobre la inconstitucionalidad de la regulación matrimonial para entonces existente) y presión legislativa. Si bien la campaña se resolvió legislativamente el 15 de julio en el Senado de la Nación, la experiencia de judicialización fue una de las más controversiales de nuestro país. Si bien esta experiencia fue detalladamente descripta en el capítulo 5 punto 2, aquí nos centraremos en esquematizarla para luego analizar algunos de sus puntos más sobresalientes.

<p>¿Por qué?</p>	<p>La existencia de un contexto internacional y otro interno favorable, de una Corte Suprema receptiva a las acciones colectivas y protección de derechos humanos y de profesionales del derecho dispuestos a colaborar en causas vinculadas al reconocimiento de derechos, hizo que la Federación Argentina LGBT vea en los tribunales un espacio fértil para instalar sus demandas de reconocimiento de derechos para el colectivo de la diversidad sexual. En este sentido, existía una “estructura de sostén” (Epp, 2013) necesaria para que las demandas sean acogidas en el seno del poder judicial. Es por ello que aquellas teorías que intentan explicar que la judicialización es</p>
-------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	consecuencia de la existencia de recursos para llevarlas a cabo parece mejor adecuarse a esta campaña.
¿Quiénes judicializan?	La campaña fue lanzada por la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (la Federación o la FALGBT). Se trata de un conjunto de agrupaciones LGBT, cuyos miembros fundadores fueron ATTTA (Asociación de Travestis, Transexuales y Transgéneros de Argentina), La Fulana, Nexo, Fundación Buenos Aires Sida y VOX.
¿Con qué fin?	El objetivo central de la campaña consistía en ampliar el matrimonio civil a parejas del mismo sexo. Los escritos judiciales solicitaban la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código Civil por entonces vigente, ya que violarían los principios de igualdad ante la ley, no discriminación, libertad individual y reserva de los actos privados. La campaña judicial estaba siendo pensada para ser llevada a cabo en un mediano plazo: la idea era llegar ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), quien se mostraba receptiva ante demandas vinculadas a la ampliación y protección de derechos, incluyendo los de miembros de la diversidad sexual, siendo el caso "ALITT" el más significativo ²³³ . La declaración de inconstitucionalidad por parte de la CSJN obligaría al Congreso de la Nación a readecuar el Código Civil

²³³ En este caso, donde se discutía si una organización de transexuales podía constituirse legalmente como una asociación civil, la CSJN consideró "que resulta prácticamente imposible negar propósitos de bien común a una asociación que procura rescatar de la marginalidad social a un grupo de personas y fomentar la elevación de su calidad de vida, de sus niveles de salud física y mental, evitar la difusión de dolencias infecciosas, prolongarles la vida, abrir proyectos para que la única opción de vida deje de hallarse en los bordes de la legalidad o en el campo de arbitrariedad controladora y, en definitiva, evitar muertes, violencia y enfermedad" (Considerando 18, caso "ALITT c/IGJ"). Para la CSJN el Estado no sólo había actuado arbitrariamente, sino que lo hizo como consecuencia de prejuicios injustificados, puesto que para la CSJN "la orientación sexual del grupo social al que pertenecen los integrantes de la asociación ha tenido un peso decisivo en el rechazo de la personería jurídica solicitada" (Considerando 23).

	para que cumpla con los estándares constitucionales fijados por la Corte.
¿Cuándo?	<p>La decisión del lanzamiento de la campaña de judicialización se dio en un contexto relativamente favorable a las demandas de la Federación. Para el momento en que la misma era lanzada (febrero de 2007), según una encuesta realizada en Capital y Gran Buenos Aires, el acuerdo al matrimonio entre parejas del mismo sexo trepaba al 73,1%²³⁴. Una encuesta realizada un año y medio después, y que incluía además a las ciudades de Córdoba, Mendoza, Tucumán y Rosario mostraba un acuerdo del 66,3% a favor de estas uniones²³⁵. Estos niveles de aprobación se mantuvieron al momento de que la ley de "matrimonio igualitario" se aprobó en el 2010²³⁶.</p> <p>Asimismo, contaba con el apoyo de varios diputados y senadores de diversas agrupaciones políticas, del Jefe de Gabinetes de la Nación y el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (ambos dependientes del Poder Ejecutivo Nacional).</p> <p>Durante los casi cuatro años de la campaña, la Federación fue eficiente en obtener un mayor apoyo político, lo que redundaría en la aprobación del proyecto de ley de "matrimonio igualitario".</p>
¿Con qué?	Si bien la Federación no contaba con un importante nivel de recursos, la mayoría de ellos venían de financiamiento de organismos financiadores trasnacionales, organizaciones

²³⁴ La encuesta puede consultarse en "Dar el sí". Página 12 (18/02/2007). Versión online <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-80563-2007-02-18.html> (último acceso 24/02/16).

²³⁵ Encuesta publicada por Bimbi (2010: p. 131).

²³⁶ Véase "Encuesta: el 46% de los argentinos rechazan el matrimonio gay" Versión online <http://www.lapoliticaonline.com/nota/45608/> (último acceso 24/02/16).

	<p>internacionales (como la Organización Internacional del Trabajo) y organismos dependientes del Estado. Algunos de ellos debían ser destinados para esta campaña, aunque la mayoría eran acordados a las organizaciones que luego aportaban a la campaña. Asimismo, la mayor parte de los abogados trabajaban en calidad <i>pro bono</i>, no cobrando por sus servicios profesionales.</p>
<p>¿Dónde?</p>	<p>La elección del fuero cumplió un rol importante en esta campaña. Los primeros dos amparos (2007) fueron presentado ante el fuero federal – justicia civil de la ciudad de Buenos Aires. Todos estos pedidos fueron rechazados y llegaron hasta la CSJN. Las presentaciones que se hicieron en las provincias de Buenos Aires, Córdoba y Santa Fe fueron a sus respectivas justicias provinciales: por tratarse de una cuestión civil y/o administrativas, la justicia federal era incompetente.</p> <p>La estrategia en la ciudad de Buenos Aires se modificó luego de una charla informal entre un juez del contencioso-administrativo de la ciudad de Buenos Aires y un abogado de la Federación. Desde ese momento, las demandas de la capital se presentaron en el fuero local (contencioso-administrativo), quien recibió todas las demandas ahí interpuestas.</p>
<p>¿Qué?</p>	<p>En este apartado se describen y analizan la elección tanto del área de derecho que se va a litigar como la elección de los casos.</p> <p>En relación a lo primero, la Federación había decidido que, pese a ser de mayor urgencia la ley de identidad de género debido a la exclusión y estigmatización social sufrido por el colectivo trans, la mejor estrategia era instalar el debate por el matrimonio, y luego de aprobado, ir por una ley de identidad de</p>

	<p>género.</p> <p>Los casos que se eligieron en realidad tenían más que ver con la disponibilidad de personas dispuestas a exponerse públicamente ante estos casos. Tanto el primer caso presentado en la justicia federal de Buenos Aires, como en la contencioso administrativa (al igual que en Rosario y Córdoba) era de parejas vinculadas al activismo LGBT.</p> <p>Luego del primer fallo favorable, la campaña se “masificó”, presentándose varios casos, la mayoría en los tribunales contencioso administrativos de la Capital del país.</p>
¿Quiénes litigan?	<p>Los casos judiciales presentados fueron llevados a cabo en su mayoría por profesionales del derecho que brindaban sus servicios sin contraprestación monetaria (trabajo <i>pro bono</i>). También trabajaron con el esquema estadounidense de “abogados cooperantes” en otras provincias, donde diferentes profesionales, vinculados a organizaciones sociales, feministas o de agrupaciones LGBT locales cooperaron para la expansión de la campaña más allá de la capital. Por su parte, existía el envío de documentos y un mínimo de dinero para costear gastos propios del juicio.</p>
¿Para quién?	<p>Las relaciones entre abogados y clientes se caracterizaron por ser armoniosas, principalmente por que en la mayoría de los primeros casos, eran militantes del colectivo LGBT. Ambos perseguían lo mismo, y las relaciones que se presentaron tendían a ser horizontales.</p>
¿Con quién?	<p>Las relaciones interorganizacionales se caracterizaron por ser básicamente de cooperación y confrontación.</p> <p>La Federación consiguió ampliar sus redes de cooperación hacia organizaciones feministas (como La Fulana y Católicas por el</p>

	<p>Derecho a Decidir), de derechos humanos (como el CELS y el ADC), organismos e instituciones internacionales y entidades estatales, tanto a nivel federal (caso INADI o Universidades nacionales), provincial (Gobernación de Tierra del Fuego) y locales.</p> <p>Por otra lado, existió una importante confrontación con la Comunidad Homosexual Argentina (CHA), una organización de gran trayectoria en el país y que impulsaba la creación de una institución de unión civil, oponiéndose abiertamente a la estrategia de la Federación (posición que cambió sólo unos meses antes de la aprobación del “matrimonio igualitario”).</p>
<p>¿Cómo?</p>	<p>La campaña de litigio estratégico por el “matrimonio igualitario” consistió en un importante esfuerzo judicial llevado a cabo por la Federación, quien controló de manera eficiente al mismo.</p> <p>Las demandas lograron instalarse en aquellos fueros que podrían ser más receptivos a las mismas (Corte Suprema y Tribunales Contencioso Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), y ante la reacción conservadora, cambiaron la estrategia, comenzando a ser sigilosos en la presentación de las demandas, demostrando tener una gran capacidad de adaptación y flexibilidad.</p> <p>En ese sentido cumplieron con los objetivos que se habían planteado: llegar ante la CSJN y obtener fallos que pusieran en duda la constitucionalidad del matrimonio heterosexual.</p>
<p>¿Cuándo no?</p>	<p>La campaña se resolvió en poco más de cuatro años, por lo que debió enfrentarse a pocas contingencias.</p> <p>Sin dudas la más relevante se vincula con la reacción conservadora, y el dictado de medidas cautelares que suspendían los efectos de las sentencias favorables. Ante estas</p>

	<p>situaciones insólitas, los abogados de la Federación comenzaron a no dar a conocer los casos hasta que estos eran resueltos favorablemente, y públicamente declaraban que las decisiones que invalidaban estos fallos no tenían validez, mientras que denunciaban al Consejo de la Magistratura estas conductas por considerarlas ilegales.</p> <p>De todos estos casos que tenían al mismo tiempo sentencias favorables y desfavorables, el primero en resolverse fue el más complejo. Sin embargo, los abogados de la Federación encontraron los defectos jurídicos del fallo que anulaba la sentencia favorable, y con el apoyo político de la gobernadora del Tierra del Fuego, lograron sortear el impedimento. Este primer matrimonio fue nuevamente anulado unos meses después, aunque la situación jurídica de fallos favorables y anulaciones posteriores era confusa.</p>
--	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

2.4.1. Análisis de la campaña

Tal como fue descrito tanto en el capítulo 5 como en el apartado anterior, la campaña de litigio llevada a cabo por la Federación LGBT constituyó una de las experiencias jurídico-políticas más interesantes en nuestro país, e instaló el debate de los alcances que el matrimonio debía tener en nuestro país.

Con relación a la campaña estadounidense, hay varias diferencias que surgen claramente. En relación a la planificación inicial, la campaña de Estados Unidos surgió como reacción al dictado de un fallo favorable que discutía los alcances del matrimonio civil en Hawái. Además, se inspiró en el modelo de litigio de *Brown*, y en el convencimiento de que el cambio a través de los tribunales judiciales era posible. En Argentina, por el contrario, se fijó como un eje prioritario en la agenda de ciertas

organizaciones LGBT, quienes se nuclearon en torno a una Federación, y desde ahí comenzaron con la planificación de la campaña. La inspiración parece encontrarse en la experiencia de politización que se dio en España unos años antes, y que no hacía tanto hincapié en la parte judicial como en el *lobby* legislativo. Sin embargo, los cambios que se venían experimentando en el campo jurídico también cumplieron un papel importante durante esta etapa inicial de planificación. En cuanto al desarrollo también hay una diferencia importante: mientras la campaña estadounidense llevó veintidós años de disputas judiciales, la experiencia argentina fue resuelta en menos de cuatro años. Por último, y en relación a la finalización de la campaña, en Estados Unidos llegó de la mano de la Corte Suprema quien uniformó la legislación, declarando inconstitucionales aquellas normas civiles de los estados que limiten el matrimonio sólo a personas del mismo sexo, mientras que en Argentina la cuestión fue resuelta legislativamente. Si bien esta diferencia se justifica por los regímenes federales diferenciados (es decir, mientras que en Argentina las cuestiones civiles deben ser reguladas por el Congreso Nacional, en los Estados Unidos esa función queda en manos de las legislaturas estatales) lo cierto es que la judicialización en los Estados Unidos parece haber sido más importante que en Argentina.

Por otro lado, entre las principales semejanzas que podemos vislumbrar se encuentran por un lado que ambas campañas no sólo se centraron en aspectos judiciales, sino que también decidieron presionar a líderes políticos y legisladores, dieron una gran publicidad de sus acciones en los medios de comunicación e impartieron talleres, dando visibilidad a su demanda e instalando el debate en sus respectivas sociedades, y por el otro la importante reacción conservadora que surgió en torno a esta cuestión, tanto judicial (En el caso argentino: anulaciones de sentencias, declaraciones de matrimonios inexistentes, denuncias penales y antes los consejos de magistraturas a los jueces, opiniones doctrinarias que cuestionaban la constitucionalidad de estas sentencias, entre otras, en Estados Unidos se dio algo similar) como extrajudicialmente (en distintas partes del país se llevaron a cabo importantes manifestaciones públicas en torno al "matrimonio igualitario",

declaraciones de dirigentes políticos y religiosos en contra, etc., mientras que en Estados Unidos además se lograron aprobar normas y enmiendas para las constituciones locales que limitaban los derechos de las personas LGBT).

Centrándonos ahora en la campaña argentina, hay varias cuestiones que pueden destacarse. La primera es sobre la importancia del contexto. La campaña fue lanzada con el apoyo de organismos del Estado, legisladores provinciales y nacionales, organizaciones de derechos humanos locales e internacionales, e importantes niveles de acuerdo a nivel social en relación a sus demandas. Así mismo (y tal como fue descrito en el capítulo 5), el campo jurídico argentino venía sufriendo una serie de cambios que lo convertían en un espacio receptivo a demandas de sectores considerados desventajados. Es por ello que creemos que más allá de la eficacia en el control de las demandas y la capacidad de reacción ante las contingencias imprevistas, ha sido el contexto favorable quien ha cumplido un rol central durante esta campaña, facilitando el éxito de la misma. La cuestión de los recursos no parece haber sido tan relevante, ya que la mayoría de los abogados trabajaron gratuitamente y los amparos judiciales están exentos del pago de ciertas tasas judiciales. Tampoco fue el caso de sentirse "políticamente desventajados", ya que, como se acaba de mencionar, la campaña contaba con un importante apoyo de varios sectores.

En esta campaña además adquirieron gran importancia los abogados, tanto aquellos vinculados a las organizaciones LGBT como a los vinculados con sectores conservadores. Los primeros, además de llevar a cabo tareas propias del ámbito legal (presentación de demandas y demás escritos judiciales) llevaron a cabo una serie de actividades extrajurídicas, tales como participación en reuniones, manifestaciones públicas, entrevistas a medios de comunicación, participación en las reuniones con legisladores para la redacción de normas, entre otras, con el fin de dar una mayor visibilidad a la campaña. En este sentido, Manzo (2014: p. 245) ha expresado que estos abogados han cumplido

“un rol central al denunciar públicamente a Estado, a la Iglesia, al Poder Judicial y las demás instituciones como reproductoras de un modelo binario que parte de una lógica de exclusión, definiendo y estigmatizando como pecaminosas, antinaturales, peligrosas y desviadas aquellos comportamientos y prácticas que no se adecuan al modelo dominante”

En relación a los abogados conservadores, estos estaban vinculados a ciertos sectores del catolicismo militante, y tuvieron una participación muy activa también en la campaña. No sólo publicaban opiniones jurídicas defendiendo al matrimonio heterosexual, sino que se presentaron judicialmente en la tramitación de las causas (como fue el caso del Portal de Belén en el caso de matrimonio igualitario en Córdoba), o solicitaban las anulaciones de matrimonios celebrados (lo que se dio tanto en Buenos Aires como en Tierra del Fuego). De todos, los más activos fueron profesionales pertenecientes a la Corporación de Abogados Católicos, quienes ante el dictado de fallos favorables, se presentaban en los tribunales civiles de la ciudad de Buenos Aires y pedían la anulación de los mismos²³⁷. La intromisión de abogados conservadores sirven de ejemplo para ilustrar de qué modo distintos sectores vinculados al ala más conservadora de la iglesia católica suelen presentar en el debate de derechos y adoptar la figura de un actor de la sociedad civil, sirviendo también para la articulación y canalización del activismo religioso. Es lo que Vaggione denomina “secularismo estratégico” (2009) un proceso caracterizado por el surgimiento de organizaciones vinculadas a sectores conservadores religiosos que,

²³⁷ De hecho, Días antes de que saliera el fallo, esta corporación ya se había manifestado públicamente recordando que “el requisito que exige nuestra ley civil de acuerdo al cual el matrimonio debe ser celebrado entre un hombre y una mujer, no puede ser modificado por legislador alguno, puesto que el matrimonio es una institución del orden natural –que existe grabada en la mente y en el corazón de los hombres-, o sea, que es propia de la naturaleza humana, basada en la naturaleza sexuada del hombre, que está encauzada a la fecundación, y la diferenciación sexual a la complementariedad (...) La misma naturaleza impele a que se establezca cierta sociedad entre el varón y la mujer, y en eso consiste el matrimonio, existiendo una abismal diferencia con la unión de dos personas del mismo sexo, en que queda excluida la generación en forma natural” Véase declaración de la Corporación de Abogados Católicos del 2 de noviembre de 2009 sobre los proyectos de matrimonio homosexual en http://www.abogadoscaticos.org.ar/index.php?option=com_content&task=view&id=247&Itemid=50 (último acceso: 25/02/16)

utilizando discursos seculares (como el discurso de derechos) participan activamente en diversas instancias políticas a nivel nacional y transnacional (incluyendo las judiciales) para defender doctrinas religiosas, todo esto con el fin de evitar la sanción o la instrumentación de derechos sexuales y/o reproductivos. Varios de estos escritos judiciales fundaban sus peticiones no en cuestiones religiosas o morales, sino estrictamente jurídicas, utilizando incluso el discurso de los derechos humanos.

Pero este tipo de activismo por el matrimonio también se dio en el interior del poder judicial. Tal como se mencionó, la campaña generó situaciones insólitas que dejaban en evidencia los posicionamientos políticos e ideológicos de los magistrados, y que la cuestión no se trataba de una discusión meramente “de puro derecho”. Se produjeron fuertes intromisiones de diversos fueros, hasta el punto que se llegó al absurdo de que jueces de distintas jurisdicciones y con diferente competencia se anulaban mutuamente sentencias y resoluciones. También mostró que en realidad, el poder judicial está lejos de ser un espacio “progresista” y receptivo a las demandas del colectivo LGBT. Fuera del fuero contencioso administrativo de la ciudad de Buenos Aires, no hubo ninguna sentencia que acogiera estas demandas²³⁸.

Lo cierto es que más allá de la judicialización, la cuestión se resolvió legislativamente, mientras existía un pronunciamiento pendiente por parte de la CSJN y una serie de sentencias contradictorias que autorizaban la celebración de matrimonios o bien los anulaban. La judicialización fue compleja, estuvo repleta de avances y retrocesos e incluso generó más dudas que certezas, por lo que cabe preguntarnos si la campaña de litigio estratégico por el matrimonio igualitario sirvió para la causa, o en realidad se trataba de una cuestión política que se resolvería favorablemente a partir de negociaciones del poder legislativo y ejecutivo, independientemente de la movilización judicial.

Por nuestra parte, entendemos que la campaña de litigio estratégico fue importante (si no fundamental) para la aprobación de la ley de “matrimonio igualitario”, por varios motivos. El primero se puede encontrar en el peso que las

²³⁸ Salvo por un caso resuelto en la Provincia de Buenos Aires.

resoluciones judiciales tuvieron al momento de debatirse en el congreso de la Nación. De la lectura de las versiones taquigráficas surge que diversos legisladores se pronunciaron sobre la necesidad de regular una institución que judicialmente comenzó a ser controvertida. En esta dirección, la senadora Lucía Corpacci (Frente para la Victoria - Catamarca) expresó que “desde hace algún tiempo, algunos jueces están autorizando los matrimonios que son una realidad en nuestro país, y estamos delegando de esa manera una facultad que es del Poder Legislativo en el Poder Judicial”. El matrimonio ya no era necesariamente el monopolio de las parejas heterosexuales, y legislativamente se apelaba a la necesidad de regular esta situación, a fin de dar seguridad y coherencia a la institución matrimonial. De varias de las intervenciones que se hicieron en este sentido, se destaca la del senador Oscar Castillo (Frente Cívico y Social – Catamarca), quien expresó que

“más allá del 50 por ciento de un lado o del otro de la biblioteca, hoy, en la República Argentina, las personas del mismo sexo se pueden casar, y lo que estamos decidiendo esta noche es cómo lo pueden hacer. Ahora, ¿cómo se casan? Mediante el amparo, resolución judicial. Todas estas interpretaciones que nosotros hemos hecho, ya las hicieron los jueces. Están en los expedientes, hay sentencias firmes. Entonces, lo que nosotros estamos decidiendo esta noche es si vamos a dar la posibilidad de que se casen cuando ellos quieran, en una fecha determinada, que puedan tener los padrinos o los testigos e invitar a la fiesta y que no hayan tenido que esperar la notificación del amparo”.

Otro motivo se vincula a que la campaña de judicialización fue al mismo tiempo una campaña comunicacional. De hecho, no fue casual que la misma haya sido lanzada el 14 de febrero del año 2007. Por ser el día de San Valentín “Todos los diarios y noticieros incluyen cada 14 de febrero una nota sobre casamientos. Era, además, una manera de resaltar que, más allá de la controversia jurídica, había dos

personas que se amaban y se querían casar” (Bimbi, 2010: p. 16). Tanto las presentaciones de amparos como las sentencias resultantes culminaban con una conferencia de prensa por parte de la Federación, sumado a que tanto las parejas como sus abogados participaron activamente en programas de radio, televisión, conferencias y actividades tendientes a dar visibilidad a su demanda, y la consecuencia fue la instalación del debate sobre cuáles deberían ser los alcances del matrimonio civil en el país. Sin judicialización este debate hubiese sido más limitado, ya que parecían discutirse cuestiones religiosas, morales, sociales, culturales, políticas. Pero la judicialización transformó la demanda política en una demanda por reconocimiento de derechos. No importaba si uno estaba a favor o en contra, sino si la regulación actual era coherente con el principio de igualdad consagrado por la Constitución. Y los fallos favorables intensificaron este debate, ya que no todo el poder judicial parecía estar de acuerdo con la regulación vigente, generándose nuevos marcos normativos y discursivos que sirvieron de base no sólo para justificar jurídicamente el matrimonio, sino también para convencer a legisladores de votar a favor de la reforma.

Por último, podemos mencionar que el dictado de la primer sentencia favorable además produjo una reacción importante: un gran número de parejas decidió presentarse ante la justicia, sabiendo que existía un precedente favorable y una posibilidad real de contraer matrimonio: “Cuando Alex y José se casaron, cientos de parejas comenzaron a mandar e-mails o llamar a la Federación para pedir asesoramiento para presentar un amparo, cuando unos meses atrás nos costaba conseguir parejas dispuestas a hacerlo, incluso entre los propios activistas” (Bimbi, 2010: p. 188). Las sentencias judiciales no sólo generaron la sensación de empoderamiento de ciertas parejas, que de pronto se sentían como sujetos de derechos iguales a sus pares heterosexuales, sino que ayudó a dar mayor visibilidad a las demandas por matrimonio igualitario, poniendo en evidencia para el resto de la sociedad que la demanda podía ir más allá de las reivindicaciones políticas de ciertos

agrupamientos políticos, y que existían muchas parejas que deseaban casarse, pero no podían.

La campaña de litigio estratégico por el matrimonio igualitario finalizó sin un fallo de la CSJN, pero a favor de las demandas por la ampliación de derechos. Y para la Federación esto era el comienzo. Debía comenzar a demandarse política y judicialmente por el reconocimiento al derecho de identidad de género del colectivo trans.

2.5. Campaña por el reconocimiento de la Ley de Identidad de Género en Argentina

La victoria política y judicial que se dio a partir de la campaña para la ampliación del matrimonio civil a parejas del mismo sexo dio un importante impulso a la siguiente: a las tres semanas de sancionada la nueva ley, se lanzaba la campaña “derecho a la Identidad, derecho a tener derecho”. La campaña tenía por finalidad la de reconocer la identidad autopercebida de las personas trans, y la posibilidad de que estas personas puedan acceder a prestaciones sanitarias a fin de readecuar sus cuerpos a su identidad. Al igual que la campaña anterior, ésta también se resolvió legislativamente. Hemos reconstruido esta experiencia judicializadora en el capítulo 5 punto 3, centrándonos aquí en esquematizarla y analizarla.

<p>¿Por qué?</p>	<p>Tanto la obtención de sentencias favorables como la aprobación de la denominada ley de matrimonio igualitario mostraban que el campo jurídico y político argentino se presentaban como espacios receptivos a las demandas del colectivo LGBT local. En este caso, además de la “estructura de sostén” (Epp, 2013) que ya existía, se le sumaban nuevos recursos financieros y la creencia de que el poder judicial podía nuevamente cumplir un rol clave en el reconocimiento de derechos. En este sentido, son</p>
-------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>las teorías que se basan en la posesión de recursos y la creencia en la justicia como niveladora de situaciones sociales injustas las que mejor servirían para explicar la decisión de judicializar.</p>
<p>¿Quiénes judicializan?</p>	<p>La campaña por el reconocimiento del derecho a la identidad de género fue emprendida por la Federación Argentina LGBT (siendo ATTTA – Asociación de Travestis, Transexuales y Transgéneros de Argentina- la organización más activa de las pertenecientes a la Federación durante esta campaña) y, paralelamente, por el Frente Nacional por la Ley de Identidad de Género.</p>
<p>¿Con qué fin?</p>	<p>El objetivo principal era obtener el reconocimiento judicial y legislativo de al derecho a la identidad de género de las personas trans en el país. La idea era despatologizar la cuestión trans: para ese momento, las personas trans eran consideradas como portadoras de una enfermedad mental (disforia de género) y la legislación vigente exigía una sentencia judicial para autorizar tanto rectificaciones para la emisión de documentos de identidad como acceso a intervenciones quirúrgicas u hormonales. Los jueces solían otorgarlas sólo luego de que las personas trans probaran estar psicológicamente perturbadas, para lo cual debían someterse a una serie de pericias médicas, psiquiátricas y socioambientales. Con esta campaña se esperaba que el Estado reconozca la identidad de género autopercebida de hombres y mujeres trans, sin dar intervención a médicos o jueces.</p>
<p>¿Cuándo?</p>	<p>La campaña fue lanzada en medio de un contexto político favorable. Diversas reparticiones nacionales, provinciales, municipales y universidades habían dictado resoluciones internas que reconocían la identidad de género autopercebida de las personas trans (Campana, 2001). Así mismo la campaña contaba</p>

	<p>con el apoyo político del Estado Nacional y diversos partidos, además de organizaciones sociales (incluyendo el CELS y el ADC) y parte importante de la prensa. Así mismo, el debate y reciente aprobación del “matrimonio igualitario” había demostrado que las demandas LGBT tenían apoyo por parte de la opinión pública. De hecho, para el año 2012, cuando la ley de identidad de género era aprobada, la misma contaba con el apoyo del 55% de los argentinos²³⁹.</p>
¿Con qué?	<p>La campaña por el reconocimiento al matrimonio igualitario dotó de importantes recursos financieros a la Federación Argentina LGBT, quien comenzó a contar con ayuda tanto de organismos internacionales (como la OIT) como de ayuda por parte del Estado Nacional. Esto facilitó enormemente la planificación y el desarrollo de la campaña de litigio llevada a cabo. Así mismo, siguió contando con una serie de profesionales del derecho quienes aportaron su trabajo, mayoritariamente en calidad <i>pro bono</i>.</p>
¿Dónde?	<p>La campaña de litigio que se produjo en torno al “matrimonio igualitario” había dejado en claro que el fuero contencioso-administrativo de la ciudad de Buenos Aires sería el más receptivo a las demandas del reconocimiento de la identidad de género autopercibida de las personas trans. Entre el año 2010 y 2012 se promovieron más de ochenta acciones judiciales, que se caracterizaban por solicitar el reconocimiento de la identidad de género de los demandantes, sin patologizar su condición y sin someterse a ningún tipo de pericias. Los fallos resueltos en el</p>

²³⁹ Sobre esta encuesta véase “Los argentinos aceptan el matrimonio igualitario pero cuestionan la adopción”. Versión online en <http://www.lanacion.com.ar/1493606-los-argentinos-aceptan-el-matrimonio-igualitario-pero-cuestionan-la-adopcion> (último acceso: 26/02/16).

	<p>fueo porteño fueron favorables a las demandas de los peticionantes. Sin embargo, aquellos que se dictaron en otras provincias (o el fueo federal de la ciudad de Buenos Aires) no obtuvieron una recepción favorable.</p>
<p>¿Qué?</p>	<p>En relación al área para litigar, la demanda por el reconocimiento a la identidad de género aparecía como uno de los temas prioritarios en la agenda de la Federación LGBT. Sin embargo, por cuestiones estratégicas, se decidió comenzar lanzando la campaña por el “matrimonio igualitario” (PNUD, 2014). Concluida dicha campaña, se lanzó inmediatamente ésta, constituyéndose en la campaña prioritaria del colectivo LGBT.</p> <p>Con respecto a la elección de los casos a judicializar, en Buenos Aires se decidió comenzar con casos que tendrían importante impacto mediático, como fue el de la Señora Florencia de la V (nombre artístico), y al Señor Alejandro Iglesias (un hombre trans que había adquirido popularidad por su exposición pública en el programa <i>Gran Hermano</i>, en la Televisión Argentina) (PNUD: 2014). Cuando dichas resoluciones salieron favorables, la campaña se intensificó, haciendo presentaciones tanto la capital como en el interior del país.</p>
<p>¿Quiénes litigan?</p>	<p>Al igual que durante la campaña de matrimonio, los diversos casos judiciales presentados fueron llevados a cabo en su mayoría por profesionales del derecho que brindaban sus servicios sin contraprestación monetaria (trabajo <i>pro bono</i>). También trabajaron con el esquema estadounidense de “abogados cooperantes” en otras provincias, donde diferentes profesionales, vinculados a organizaciones sociales, feministas o de agrupaciones LGBT locales cooperaron para la expansión de la campaña más allá de la capital.</p>

	<p>Para Manzo (2014: p. 235) estos abogados activaron “contradiscursos alternativos [...] basados en un lenguaje que incorporaba contenido de derechos sexuales, desde teorías deconstructivistas de género y sexo que le permitían justificar y solicitar al Poder Judicial el pleno reconocimiento de la identidad, a través del nombre autopercebido del/de la peticionante, restándole, de esta manera, al discurso jurídico la potestad de control sobre los cuerpos y la intimidad de la persona que estaba transitando la instancia judicial”.</p>
<p>¿Para quién?</p>	<p>Las relaciones entre abogados y clientes fueron armoniosas, y se caracterizaron por ser horizontales, con objetivos coincidentes (Manzo, 2014). Si bien muchos de los pedidos se hicieron a favor de activistas trans, vinculados a las agrupaciones que desarrollaron la campaña, también hubo un número importante de demandantes que no participaban activamente de estas agrupaciones.</p>
<p>¿Con quién?</p>	<p>A diferencia de la campaña por “el matrimonio igualitario”, aquí las relaciones interorganizacionales se caracterizaron por ser de cooperación.</p> <p>La Federación y el Frente obtuvieron un importante apoyo de distintos sectores estatales, partidos políticos, organizaciones sociales y organismos internacionales. Así mismo no existieron confrontaciones directas con ningún sector.</p>
<p>¿Cómo?</p>	<p>La campaña se lanzó apenas fue aprobada la ley de matrimonio igualitario, y se mantuvo hasta la aprobación de la ley 26.743 en mayo del año 2012. La campaña, centrada principalmente en la ciudad de Buenos Aires tuvo una recepción favorable por parte del poder judicial (fuero contencioso administrativo). Las organizaciones fueron eficientes en el control de la misma,</p>

	particularmente gracias a la experiencia ganada luego de la campaña de litigio por el matrimonio igualitario.
¿Cuándo no?	<p>A diferencia de la campaña anterior, la reacción conservadora en el plano judicial fue casi inexistente. En general se trató de una campaña que contó con importante apoyo del ejecutivo y donde casi no hubo resistencias o reacciones (si la comparamos con la campaña de "matrimonio igualitario").</p> <p>Quizás el mayor desafío fue intentar hacer penetrar las demandas a tribunales distintos a los de la ciudad de Buenos Aires, aunque sin éxito.</p>

2.5.1. Análisis de la campaña

La campaña finaliza con la sanción de la ley 26.743 de "identidad de género", la cual es definida en el art. 2 como una "vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento". Con esta ley, Argentina se convirtió en el primer país del mundo donde el sexo no es un atributo dado por los profesionales de la salud, los padres o el Estado, sino por la propia voluntad de cada persona. La consecuencia es que desde la entrada en vigencia de dicha ley hombres y mujeres trans pudieron obtener nuevos documentos de identidad según su sexo autopercebido, solicitar rectificaciones registrales a sus partidas de nacimiento y acceder al sistema de salud, ya sea para comenzar con tratamientos hormonales o bien para someterse a cirugías de reasignación sexual. Antes de esta ley, muchas mujeres y hombres trans lo habían obtenido bajo los estándares de los principios de Yogyakarta, aplicado por jueces y juezas del fuero contencioso-administrativo de la ciudad de Buenos Aires. Nos preguntamos nuevamente si la judicialización sirvió como un catalizador, acelerando

la aprobación de la ley de identidad de género, o si por el contrario, la misma no tuvo demasiado efecto.

De la lectura de las versiones taquigráficas de ambas Cámaras (diputados y senadores) surge que la judicialización de la cuestión estuvo presente. Distintos legisladores se refirieron a los casos judiciales sobre reconocimiento de la identidad de género para justificar su apoyo al proyecto legislativo. Así, por ejemplo, el Senador Rubén Giustiniani (representando de Santa Fe – Partido Socialista), con el fin de justificar la necesidad de apoyar esta normativa dijo que:

“En el ámbito judicial, [...] en diciembre del 2010 hubo un fallo histórico de la jueza en lo contencioso administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, Elena Liberatori, que reconoció el derecho a la identidad sexual de una persona trans sin ningún tipo de condicionamiento”

En igual sentido se expresa la senadora Sonia Escudero (Salta – Partido Justicialista) al expresar que

“Quiero destacar que el fallo de la doctora Elena Liberatori en el caso en el cual la peticionante era Florencia de la V establece que la cuestión sexual y el género son cuestiones extramORALES, que no hay un marco normativo que permita establecer género normales y patológicos. Se trata de admitir que la libertad y el reconocimiento son muy importantes para la dignidad humana. Otro fallo de 2010 determina que no resultan pertinentes pericias o exámenes, en tanto su realización no sólo es innecesaria sino que también constituye una instancia indebida de escrutinio estatal de aspectos privados de la personalidad.”

En igual sentido se expresaron varios legisladores de ambas cámaras, donde reconocían el valor de las sentencias judiciales, y la necesidad de dar un marco

regulatorio ante los estándares establecidos por principios internacionales y sentencias judiciales.

Del mismo modo, en el plano extra-político, la judicialización tuvo un importante impacto, dando mayor visibilización a la demanda por la ley de identidad de género. La primera sentencia favorable siguiendo los principios de Yogyakarta (que serían los mismos lineamientos de la ley de identidad de género) fue en favor de Florencia Trinidad, una actriz y conductora muy conocida en el ambiente artístico y de la televisión argentina, lo que tuvo una importante repercusión, ya que el por entonces ministro del interior, Florencio Randazzo y el Jefe de Gabinete, Aníbal Fernández le entregaron su nuevo Documento de Identidad, con los datos rectificadas²⁴⁰. Este suceso acaecido a fines del año 2010 tuvo un importante efecto simbólico en diferentes miembros de la comunidad trans, que veían en el poder judicial un espacio receptivo a sus demandas, profundizando y masificando la campaña de litigio estratégico.

Finalmente, los casos que se litigaron y salieron favorables dotaron de energía y argumentos a los activistas de la diversidad sexual, algo que fue importante no sólo para convencer a legisladores nacionales, sino durante la campaña que se dio a nivel comunicacional y de divulgación para informar sobre sus demandas y sobre la necesidad de obtener reconocimiento estatal sin tener que pasar por los estrados judiciales.

De este modo, y al igual que la campaña de "matrimonio igualitario", la judicialización cumplió un importante papel en el reconocimiento del derecho a la identidad de género autopercibida en nuestro país, a partir de diversas sentencias que ponían en evidencia que existía una violación de derechos y la necesidad de poner fin a la misma. Y el movimiento LGBT se posicionó como un actor efectivo al momento de instalar demandas y exigir derechos, a partir del diseño de sus campañas que incluían litigio, presión legislativa y acciones comunicacionales.

²⁴⁰ Véase "Randazzo le dio a Flor de la V su nuevo DNI femenino. Versión online en <http://www.diariopopular.com.ar/notas/56319-randazzo-le-dio-flor-la-v-su-nuevo-dni-femenino> (último acceso: 01/03/16).

3. Conclusión

A lo largo de este capítulo aplicamos el modelo teórico propuesto en el capítulo uno, a fin de ver de qué manera podíamos analizar las campañas de litigio que fueron descritas en este trabajo.

En aquel primer capítulo vimos que estas campañas tenían una lógica y una dinámica propia, muy diferente a la de la judicialización tradicional: eran llevadas a cabo por organizaciones, se fijaban objetivos jurídicos y extrajurídicos, se planificaban a largo plazo, las relaciones entre clientes y abogados tenían características propias, necesitaban importantes recursos para financiarse, y solían ser lanzadas a gran escala donde el control de la misma y la capacidad de reacción efectiva ante situaciones adversas o imprevisibles (por sólo mencionar algunas). Todas estas características fueron percibidas, descritas y analizadas por distintos autores a partir de que la Corte Suprema de los Estados Unidos fallara a favor de la desegregación racial de las escuelas estadounidenses en el caso *Brown v Board of Education*, lo que acabó generando una guía de acción para que organizaciones comiencen a lanzar sus propias campañas de litigio estratégico a fin de obtener respuestas a sus demandas políticas.

De esta manera, la sentencia de *Brown* generó importantes discusiones teóricas en torno a la posibilidad de provocar cambios sociales significativos judicializando las demandas, lo que desembocaría en el "modelo *Brown*", es decir, un modelo específico de litigio, modelo que serviría para instalar demandas políticas en el campo judicial, y que se caracterizaría por tener tanto reglas de juegos como elementos propios y diferenciados del modelo de litigio tradicional. Distintos autores se centraron en algunos aspectos de este nuevo modelo alternativo, que comenzó a presentarse como "revolucionario" (Epp, 2013), por ser capaz de promover el cambio social.

Lo cierto es que en este capítulo nos interesaba ver de qué manera estos elementos se presentaban en todas las campañas analizadas, y si el modelo podría ser aplicado al caso argentino, o si, por el contrario, se trataba de un modelo que era incapaz de dar cuenta de campañas de litigio llevadas a cabo en nuestro país, por tratarse de un campo judicial diferente al estadounidense.

Si bien es cierto que el campo judicial argentino difiere enormemente del estadounidense, las distintas mutaciones que el primero ha sufrido en los últimos años, y que fueron analizadas oportunamente en el cuarto capítulo, ha permitido que distintas campañas de litigio estratégico se puedan llevar a cabo en nuestro país, y que el modelo presentado pueda constituir una herramienta útil para analizarla.

Al mismo tiempo, de la lectura de estos apartados podemos sacar varias conclusiones en términos comparativos. Así, por ejemplo, la cuestión de los recursos financieros parece tener menos importancia en el campo jurídico argentino que en el estadounidense. En general, en materia de litigio estratégico se vio que la posesión y capacidad de movilización de recursos financieros se erige como un factor fundamental en estas campañas, y la inexistencia de ellos imposibilita a las organizaciones a embarcarse en las mismas (o a lo sumo, limitar su participación en calidad de *amicus*). En este sistema, la inexistencia de recursos redundaba en la imposibilidad de acceder a esta estrategia jurídico-política. En Argentina sin embargo las campañas fueron exitosas, a pesar de la limitada cantidad de recursos destinados a las mismas. Esta diferencia podría estar justificada por varias cuestiones, tales como la presentación de acciones judiciales que están exentas del pago de tasas judiciales en materia de acciones colectivas (como es el caso de los amparos), el trabajo voluntario realizado por la mayoría de los abogados que participaron en estas contiendas, la existencia de medios legales para eximirse del pago de costas, tales como "beneficios de litigar sin gastos", el relativamente corto tiempo en que estas campañas consumieron, y la escala de la campaña, comparadas con las de Estados Unidos. De este modo, la cuestión financiera no se presentaría aquí como una cuestión determinante en el momento de escoger esta alternativa.

Otra diferencia importante se vincula a lo que se ha denominado la existencia del “mito de los derechos” (Scheingold, 1974), una suposición generalizada de toda la población quien cree que las sentencias que reconocen derechos serán implementadas trayendo cambios sociales significativos. Este mito, que estaría presente en las mentes de los estadounidenses y justificaría la activación del poder judicial, no parece estar tan presente en la cultura argentina. En este sentido, los casos judicializados en torno a la ampliación del matrimonio se lanzaron con gran escepticismo en el poder judicial. Si existían posibilidades, sería ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pero el resto del poder judicial era considerado demasiado “conservador” para entender la importancia de la demanda y apartarse de la regulación civil. La Corte se presentaba como un potencial aliado político, y no como un mero garante de la constitución nacional. Este mito de “los derechos” no parecía entonces estar presente en la mente de activistas y abogados LGBT de Argentina, sino más bien vislumbraron la posibilidad de activar la justicia para obtener mayor repercusión en los medios de comunicación y presionar así a legisladores y funcionarios.

Un tercer aspecto se vincula al rol de las Cortes Supremas. En Estados Unidos, y luego de un período de auge en materia de reconocimiento y protección de derechos civiles durante las décadas de 1960 y 1970, la Corte Suprema se caracterizó por ser conservadora y evitar resolver estas cuestiones. En lo referido a la campaña contra las leyes de sodomía, primeramente falló en contra y luego se negó a resolver hasta la llegada del caso *Lawrence* (Kloppenber, 2001). Algo similar sucedió en lo referido al matrimonio, desestimando todos los casos que llegaban hasta el año 2015, que la situación se había tornado insostenible, donde la mayoría de los estados ya habían reconocido el matrimonio homosexual y donde incluso sectores conservadores, como el partido republicano, se presentaron ante la Corte solicitando el reconocimiento de estas parejas a fin de uniformar la legislación existente en el país. De cualquier manera, y a pesar de este rol conservador, fue la CSEU quien finalmente resolvió y puso fin a las campañas tanto con *Lawrence* como con *Obergefell*. La Corte Suprema

de Justicia de la Nación Argentina, por su parte, parecía mostrarse receptiva a las demandas del movimiento LGBT local, pero sin embargo prefirió no resolver la cuestión del matrimonio y esperar que se resuelva legislativamente, sólo resolviendo a favor en caso de que la votación saliera contraria a la demanda de ampliación del matrimonio (Bimbi, 2010). En la segunda campaña analizada, la cuestión también se resolvió legislativamente y ningún caso llegó ante la CSJN. En este sentido, la actuación de la Corte pareció haber sido muy limitada.

De igual modo son evidentes las importantes diferencias que existían en los contextos políticos, sociales y judiciales en que estas campañas se lanzaron y se desarrollaron. En los Estados Unidos, por ejemplo, el desafío a las leyes de sodomía durante el surgimiento de la epidemia de SIDA le significó un importante golpe. Tanto a nivel social, como político y jurídico se comenzó a ver a la epidemia como una "amenaza homosexual" que no merecía ningún tipo de protección. La consecuencia fue el dictado de *Bowers* y la criminalización de estos actos hasta el año 2003, cuando este contexto había sufrido importantes mutaciones. Lo mismo sucedió en materia de matrimonio. La campaña fue lanzada en 1993, careciendo de apoyo popular o político, y no obtuvo un fallo favorable hasta diez años después de que fuera lanzada. Por el contrario, la primera sentencia favorable en Hawái generó una importante reacción conservadora que comenzó a restringir derechos a miembros del colectivo LGBT, algo que sólo logró ser revertido en los últimos años, en medio de un contexto sociopolítico más receptivo. Las campañas lanzadas en Argentina se hicieron en un contexto favorable, con importante apoyo de la opinión pública, de varios sectores del gobierno nacional, provincial y municipal y en un contexto internacional propicio para estas demandas. De esta forma, la judicialización no se presentaba como un fin en sí mismo, sino también como un medio para dar mayor publicidad a la campaña, obtener apoyos de distintos sectores e instalar sus reclamos en los medios de comunicación.

Por último, se puede notar que los juzgados de los diferentes estados en los Estados Unidos demostraron ser más propensos a aceptar las demandas de grupos

LGBT que los del ámbito federal. De esta manera, y sobre todo a partir del fallo de *Bowers*, los juzgados locales comenzaron a cumplir un rol fundamental, ampliando derechos tanto en materia de sodomía como de matrimonio, mientras que a nivel federal (incluyendo la Corte) dicha receptividad era más limitada (Bonauto, 2005). En Argentina, por su parte, la receptividad de estas demandas se limitó casi exclusivamente al fuero contencioso administrativo de la ciudad de Buenos Aires. Las distintas acciones judiciales presentadas en otras jurisdicciones no corrieron igual suerte, y salvo por una sentencia favorable en un juzgado de la Provincia de Buenos Aires, todas fueron rechazadas con distintos motivos. Así, por ejemplo, en la Provincia de Córdoba, uno de los amparos solicitando la ampliación del matrimonio fue desestimado por cuestiones meramente formales, a pesar de obtener un dictamen favorable de la fiscalía. Algo similar sucedió en materia de identidad de género, al entender la jueza de Córdoba que no se cumplían los requisitos necesarios para que una acción de amparo sea procedente (Campana, 2011). Este tipo de acciones fueron desestimadas en la mayoría de los juzgados, incluso en aquellos civiles (federales) de la ciudad de Buenos Aires. Esto dejó en evidencia una enorme polarización en relación al rol de la justicia en diversos ámbitos del país.

Para concluir, entonces, consideramos que el modelo de litigio de "*Brown*" es aplicable al caso argentino, y desde una perspectiva comparada, nos permite evidenciar las diferencias que existen entre las experiencias de judicialización entre Estados Unidos y Argentina ante demandas del colectivo LGBT. Nos quedaría entonces sólo una pregunta por resolver: ¿Sirven las campañas de litigio estratégico?

Conclusión

¿Sirven de algo las campañas de litigio estratégico?

A lo largo de este trabajo hemos presentado algunas aproximaciones teóricas que intentan abordar, describir y analizar un tipo de estrategia o movilización política, y a la que denominamos “campaña de litigio estratégico.” Así mismo hemos rescatado sus orígenes históricos y los diversas propuestas teóricas que pretender abordarla, para finalmente describir y analizar diversas campañas lanzadas tanto en Estados Unidos como en Argentina, evidenciando sus semejanzas y diferencias.

Tal como lo propusimos en la introducción, varias preguntas guiaron este recorrido. La primera consistía en definir estas campañas. Con esto en mente, en el primer capítulo las definimos como un conjunto coordinado y sostenido de acciones judiciales (y en menor medida también acciones extrajudiciales, las que coadyuvan o refuerzan las judiciales) llevadas a cabo por grupos que se nuclean en torno a determinados grupos o colectivos y que tienen por finalidad generar cambios que beneficien jurídica y políticamente a esos colectivos que representan. Esta definición surgió a partir de la descripción y el análisis de las diversas campañas de litigio que se llevaron a cabo a lo largo de este trabajo. Estas experiencias demostraron que la judicialización ocupó un lugar central en el diseño e implementación de las campañas, pero que no fueron las únicas acciones llevadas a cabo por estos grupos: conferencias de prensa, presión a funcionarios públicos y legisladores, establecimiento, ampliación y fortalecimiento de relaciones con otras organizaciones y movimientos sociales, difusión de sus acciones a través de diversos medios de comunicación, entre tantas otras actividades también fueron centrales en estas campañas. Así mismo, quedaron evidenciados otros aspectos. El primero de ellos es que se trata de estrategias políticas muy complejas y que insumen una cantidad considerable de recursos humanos y financieros. El segundo que dichas campañas dependen de la existencia de campos jurídicos/judiciales relativamente receptivos a

las mismas (sobre esto nos referiremos más adelante). Y por último, que constituye una maniobra política altamente contingente, dependiendo en gran medida de la existencia de un contexto social y político favorable.

La segunda pregunta que nos hacíamos (¿cuál es la dinámica propia y los rasgos distintivos que caracterizan las campañas de litigio estratégico?), por su parte, pretendía identificar y describir los diversos elementos que componen estas campañas, y ver de qué manera interactuaban. Tanto a partir de las distintas experiencias de judicialización que se analizaron (capítulo 2, 3, 5 y 6), como de aportes teóricos de varios autores (entre los que se destacan Stephen Wasby) pudimos dejar en evidencia (capítulo 1 y 6) que este modelo de litigio difería enormemente del modelo de litigio tradicional, en donde ciertas cuestiones tales como el contexto sociopolítico, la posesión de recursos económicos y humanos y la planificación a largo plazo se tornaban centrales. Así mismo que generaba relaciones particulares entre los grupos que llevaban a cabo estas campañas con sus propios abogados (quienes se erigían como “abogados de interés público”), con sus clientes (quienes representaban a un colectivo y no a sus intereses individuales) y con otros grupos, organizaciones o movimientos (relaciones que oscilaban entre la cooperación y el conflicto). Con esto en mente, diseñamos un esquema que nos permitió analizar, comparar y contrastar las distintas campañas que describimos a lo largo del trabajo, y que nos ayudaría a contestar la tercer pregunta y que se vincula con saber si las campañas de litigio estratégico pueden ser una herramienta útil para aquellas organizaciones que decidan visibilizar demandas y avanzar en el reconocimiento de derechos. O en otras palabras, responder a la pregunta de si las campañas de litigio estratégico tienen utilidad en nuestro país.

Desde nuestra perspectiva, y a partir del análisis que realizamos en este trabajo, debemos inclinarnos por la opción afirmativa: las campañas de litigio estratégico se presentan en general como una alternativa de acción colectiva que benefician a los grupos que las ponen en funcionamiento, en particular si se dan ciertas condiciones.

En el capítulo cuatro, se describió y analizó detenidamente las distintas mutaciones que sufrió el campo jurídico argentino en el último siglo, mutaciones que permitieron el surgimiento de abogados de interés público –o abogados activistas– vinculados a organizaciones sociales, organizaciones que comenzaron a judicializar sus demandas, proyectos y aspiraciones políticas, fundaciones dispuestas a financiar dichas organizaciones (y consecuentemente, dichas campañas de litigio), herramientas procesales tendientes a reconocer o proteger derechos colectivos y ciertos espacios en el seno del poder judicial particularmente receptivos a las demandas de estos grupos. Todo esto, que ha sido descrito por Charles Epp (2013) como “estructura de sostén”, es lo que permitiría el desarrollo de campañas de litigio en un determinado país. Por lo tanto, sin una estructura de sostén adecuada, la mera ejecución de este tipo de campañas no sólo sería dificultosa, sino posiblemente inútil. Esta cuestión cobra verdadera importancia si tenemos en cuenta que fuera de los países que abrazan el sistema jurídico inglés o del *common law*, a nivel de derecho constitucional comparado, hay pocos países donde existan “estructuras de sostén” adecuadas y conforme David Landau (2012, p. 246) Argentina “es uno de los pocos países que ha intentado implementar verdaderos remedios estructurales”, y quizás por este motivo diversas campañas de litigio que se llevaron a cabo en otros países latinoamericanos tuvieron un éxito más limitado (o nulo) (Díez, 2015).

Pero además de la existencia de un contexto jurídico receptivo a este tipo de acciones, se necesita la existencia de un contexto sociopolítico favorable. De los diversos casos analizados, tanto en Estados Unidos como Argentina, surge claramente que tanto el apoyo de la ciudadanía como de la élite política cumplieron un rol fundamental en el éxito de la campaña. Las campañas estadounidenses lanzadas por grupos LGBT demoraron tanto tiempo en resolverse debido a que las mismas fueron lanzadas en contextos claramente desfavorables, y cuyas demandas no contaban con el apoyo de la ciudadanía ni de sectores del gobierno. En Argentina, por el contrario, las campañas fueron lanzadas en contextos completamente diferentes, con importantes sectores de la población y el gobierno nacional que apoyaban los

reclamos del colectivo LGBT local, y que redundaron en el reconocimiento del derecho, primero judicial y luego legislativamente. Así, la decisión de lanzar este tipo de campaña debería estar ligada a tomar dos cuestiones en consideración, la primera, a la existencia de un campo jurídico/judicial que sea receptivo a demandas colectivas, y segundo al contexto sociopolítico en que las demandas van a establecerse judicialmente. Si bien a lo largo de todo este estudio nos hemos centrado sólo en las campañas del movimiento de la diversidad sexual de Argentina, campañas de otros sectores, como las de judicialización de sectores pro-vida²⁴¹ en la década de 1990 (Campana, 2015) o de organismos de derechos humanos en relación a las desapariciones forzadas durante la última dictadura en la década del 2000 (CELS, 2008) servirían también de ejemplo, reforzando estas afirmaciones.

Pero nos quedaría por preguntar si, existiendo un contexto sociopolítico poco favorable o donde no está claro el posicionamiento de la ciudadanía ni de sectores del gobierno ante ciertos reclamos, aún se torna conveniente la judicialización estratégica, y la respuesta nuevamente ha de ser positiva, por las siguientes razones.

La primera es que la judicialización suele dar una enorme visibilidad a las demandas y reclamos de estos grupos, que de otro modo no los tendrían. Las campañas lanzadas por la Federación Argentina LGBT son un claro ejemplo de ello: el debate sobre la ampliación del matrimonio y del reconocimiento a la identidad de género de las personas trans se instaló en nuestro país gracias a las diversas presentaciones y posteriormente sentencias favorables. Cuestionar la constitucionalidad de la normativa vigente, dentro del marco de los derechos humanos, generó un debate político y social sobre la regulación de la intimidad y la posible desprotección y desigualdad en la que se encontrarían todos los ciudadanos que no se identificaban como "heterosexuales". La visibilización creada gracias a la presentación de acciones judiciales nacionalizó la cuestión, generando nuevos espacios de discusión y negociación que hasta entonces eran inexistentes. En sentido similar se manifiesta Jules Lobel (2003: p. 3), para quien la mera judicialización tiene

²⁴¹ En relación a los grupos pro-vida, veáse nota nro. 10.

la capacidad de inspirar la acción política, y eso puede ser incluso más importante que las victorias judiciales. Para este autor, la judicialización tiene la capacidad de educar a la ciudadanía, al permitir la discusión sobre los verdaderos alcances de la constitución nacional y de las instituciones que ella establece. Para este autor entonces, estas campañas no sólo les hablan a los jueces, sino a la ciudadanía, ampliando el impacto de las mismas.

Un segundo motivo para judicializar es que el sistema jurídico de un Estado de derecho está obligado a dar una respuesta a cualquier demanda ciudadana, algo que no está garantizado en otros espacios políticos. La lógica del campo jurídico hace que, realizada una petición o establecida una disputa, ésta deba ser resuelta por los jueces. De este modo, la judicialización se puede constituir en una herramienta eficaz para la obtención de respuestas en situaciones que puedan ser consideradas social o políticamente sensibles, y en las cuales, las autoridades políticas hubiesen preferido evitar inmiscuirse o dar una respuesta certera ante dichas demandas. Además de esto, la inminencia de una resolución que podría ser favorable a las organizaciones acotaría la capacidad de negociación de las autoridades, mejorando consecuentemente la capacidad de negociación de estas organizaciones, lo que podría redundar en una resolución extrajudicial de las demandas planteadas. Al mismo tiempo, ante la existencia de varias organizaciones que persigan fines similares, aquellas que judicialicen sus demandas obtendrían nuevos canales de acceso a las decisiones del estado, evidenciando que como grupo están presentes, promocionando así sus actividades y visibilizando sus objetivos, lo que podría posicionarlas en un lugar privilegiado ante el Estado y la opinión pública.

Un tercer motivo es que aún en aquellos contextos que pueden no presentarse como claramente favorables, siempre existe la posibilidad de que los jueces decidan apoyar las demandas de estos grupos. Las experiencias analizadas, vinculadas al reconocimiento de derechos, muestran cómo aún en contextos políticos o jurídicos poco favorables, ciertos jueces han resuelto de un modo divergente. En nuestro país, en particular, estas ideas cobran especial relevancia en un contexto jurídico

fuertemente permeado por el discurso de los derechos humanos, discurso centrado en la necesidad de reconocer, proteger y ampliar demandas tales como la de igualdad y no discriminación. La incorporación de los derechos humanos en el texto constitucional permite extender este discurso a aquellos derechos colectivos o en favor de ciertas minorías, facilitando la transformación de demandas políticas y sociales a jurídicas y judiciales, y como consecuencia, todas las demandas que afectan a un colectivo o grupo determinado suelen estar construidas desde una perspectiva de derechos humanos.

Pero también es posible que las sentencias sean desfavorables a estos reclamos, y a partir de estas sentencias se generen nuevos argumentos y espacios de denuncia y resistencia. Las experiencias analizadas mostraron de qué manera sentencias en contra significaron la profundización de las campañas, el surgimiento de nuevos argumentos legales y extralegales y una mayor visibilización de sus demandas, y como consecuencia de ello los argumentos y las bases legales preexistentes se fueron discutiendo, erosionando, negociando y finalmente revirtiendo en favor de estas organizaciones. Es decir que muchas veces fallos desfavorables pueden evidenciar la desigualdad, la discriminación, la inequidad o la vulnerabilidad en la que ciertos grupos están inmersos, lo que sirve de punto de partida para cuestionar y modificar esas perspectivas, constituyendo muchas veces el puntapie inicial de estas campañas. En esta línea se encuentran las ideas de McCann (1994), para quien con la judicialización además se obtiene legitimación simbólica, reconocimiento estatal e influencia política y social, lo que podría resultar muy beneficioso, aun cuando sentencias desfavorables sean dictadas.

Por último, estas campañas de litigio estratégico generan la posibilidad de debatir democráticamente cuestiones vinculadas al reconocimiento, protección o aplicación de derechos de incidencia colectiva. Es decir que no sólo visibiliza demandas, sino que permite un debate más amplio, que excede al campo jurídico. Coincidente con estas ideas Catalina Smulovitz (2008: p. 290), quien viene analizando el aumento sostenido en la litigiosidad en Argentina, concluye que la judicialización se

erige como “parte de un proceso de negociación política más amplio; y la arena judicial, un espacio adicional para dirimir disputas políticas”. De este modo, el fin buscado con la utilización de los tribunales en nuestro país no se limita a la obtención de sentencias favorables, sino que se extiende a la apertura de nuevos espacios para disputar derechos, discursos y sentidos. Y aquí hay una diferencia importante con la judicialización que se viene dando en los Estados Unidos: en Argentina no existiría el “mito de los derechos” (concepto acuñado por Stuart Scheingold en 1974 y que se refiere a la idea generalizada por parte de la ciudadanía estadounidense de que el litigio constituiría como el principal mecanismo para proteger la vigencia de las instituciones, en el cual los jueces ocupan un rol central con el dictado de sus sentencias, las que a largo plazo producirían cambios sociales²⁴²), ya que apenas el 41% de la población confía en el sistema judicial²⁴³. De este modo, mientras que en Estados Unidos la idea de visibilizar y debatir las demandas no se presenta como un fin prioritario en estas campañas²⁴⁴, en Argentina esta cuestión adquiere preminencia, debido a que la judicialización generaría nuevos espacios en los que pueden instalar y negociar sus demandas jurídicas, políticas y sociales. Es decir, no se judicializa sólo para obtener sentencias favorables en el convencimiento de que los jueces son los últimos garantes de la vigencia de la Constitución Nacional (debido a los altos niveles de desconfianza al poder judicial), sino como una manera de generar nuevos espacios para debatir, presionar, denunciar y negociar²⁴⁵ (Smulovitz, 2008).

Como venimos mencionando, la utilización de campañas de litigio estratégico se plantea como una alternativa promisoriosa y ventajosa en varios aspectos. Sin

²⁴² Dichas ideas ya fueron expuestas y desarrolladas en los capítulos precedentes.

²⁴³ De acuerdo a los datos del año 2015. Véase “Los diez países de América en que menos se confía en la justicia”. Versión online <http://www.infobae.com/2015/01/31/1624039-los-10-paises-america-los-que-menos-se-confia-la-justicia> (último acceso: 08/03/16).

²⁴⁴ En este sentido, Stephen Wasby (1995: p. 116) decidió analizar distintas respuestas que diferentes abogados de la ciudad de Washington (que habían participado en campañas de litigio estratégico) daban a la siguiente pregunta: ¿Qué objetivos deberían ser perseguidos por medio del litigio? Sus datos muestran que “dar una respuesta inmediata a los reclamos de los grupos oprimidos” se posicionaba en primer lugar, y “obtener publicidad o cobertura mediática” se posicionaba al final.

²⁴⁵ Smulovitz considera que “el significativo incremento de la inactividad de las causas parece confirmar el uso de la arena judicial como herramienta estratégica de presión antes que como un instrumento de reparación de daños específicos” (2008: p. 296).

embargo, la transformación de las demandas políticas y sociales en demandas judiciales trae consigo varios inconvenientes. El primero de ellos se vincula con la transformación de reclamos sociales en demandas judiciales puede llegar a inhibir el diálogo, convirtiendo la negociación en una contienda. Y eso es otra característica del lenguaje jurídico, que es esencialmente adversarial, promoviendo o acentuando el conflicto de intereses (y eventualmente, el conflicto social). Esta es la perspectiva sostenida por Mary Ann Glendon (1991: p. 15), quien considera que el lenguaje jurídico

“en su totalidad, promueve expectativas irreales, aumenta el conflicto social, e inhibe el diálogo que podría llevar al consenso, a acuerdos o al menos al descubrimiento de puntos en común. En su silencio con relación a las responsabilidades, parece tolerar la aceptación de los beneficios de vivir en un estado de bienestar social, sin aceptar las correspondientes obligaciones personales y civiles. En su implacable individualismo, fomenta un clima en el cual no son bienvenidos los perdedores de la sociedad, y que sistemáticamente desfavorece a quienes cuidan y quienes son cuidados, jóvenes y viejos. En su abandono de la sociedad civil, socava los principales semilleros de virtud cívica e individual. En su aislamiento, impide las ayudas potencialmente importantes para los procesos de auto-aprendizaje. Todos estos rasgos promueven la mera afirmación por encima de la vocación de entrega”

Desde esta perspectiva, la judicialización acaba fomentando el individualismo e impidiendo el diálogo, algo que se produce como consecuencia de transformar reclamos sociales y políticos en meras demandas judiciales.

Por otra parte, la judicialización tiene un enorme efecto “despolitizador”, al “des-radicalizar” y neutralizar reclamos sociales para que estos puedan ser convertidos en demandas judiciales. Las reglas del campo jurídico están previamente establecidas, y carecen de la flexibilidad o amplitud de otros campos, como el político

o social (Bourdieu, 2000). En consecuencia, una demanda social y política queda neutralizada en un discurso de derecho, y en el campo jurídico ya no es más posible discutir cuestiones "extralegales". Principios tales como de igualdad o no discriminación, se presentan como neutrales, vaciados de significados sociales o culturales, y los movimientos sociales pierden la capacidad de discutir más allá de lo que el lenguaje jurídico les permite. Por ejemplo, en el caso de la ampliación del matrimonio, no había lugar para discutir las bases culturales (consideradas patriarcales y capitalistas por el movimiento LGBT local) del matrimonio en los amparos presentados, sino simplemente limitarse a discutir sobre cuestiones jurídicas, tales como la violación al principio constitucional de igualdad. Es por ello que se trata de un espacio marcadamente conservador, generando pocas posibilidades de discutir más allá de temas meramente legales, limitando muchas veces la discusión a los agentes que actúan en el campo judicial (jueces, abogados y demás técnicos del área jurídica) como también reduciendo el número de posibles soluciones a dichas demandas, es decir a aquellas que sean jurídicamente posibles. En palabras de Smulovitz (2008: p 304) "cuando la ley se convierte en el lenguaje de la política y los procedimientos en su gramática, la forma en que los conflictos son resueltos enfrenta restricciones que afectan los resultados de las disputas".

Pero la despolitización no sólo se da al momento de transformar discursivamente un reclamo social o político en una demanda judicial: también es posible que se produzca la despolitización del debate, al desplazarlo desde ámbitos típicamente políticos (poder ejecutivo y legislativo) al ámbito judicial, lo que produciría que estos poderes decidan evitar pronunciarse sobre estas cuestiones, mientras exista litispendencia. Esta transferencia de responsabilidades por un lado puede desligar a los sectores políticos de tomar aquellas decisiones que pueden ser "políticamente costosas", y por el otro hace que sectores del Estado que no han sido democráticamente electos monopolicen las decisiones en temas socialmente sensibles. Es decir que, si bien la judicialización puede generar nuevos espacios de discusión y negociación, en algunos casos también tendría la capacidad de aniquilar

otros espacios, despolitizando y vaciando de contenido las demandas planteadas por estas organizaciones sociales.

De este modo, la ejecución o instrumentación de este tipo de campañas parecería producir un efecto contradictorio, la de politizar y despolitizar al mismo tiempo. Lo cierto es que trasladar demandas sociales o políticas al campo jurídico provoca cierta despolitización de esos discursos, actores y espacios, y simultáneamente politiza un campo que en teoría se presenta idealmente como "despolitizado" (como es el campo jurídico/judicial). Y esto se debe a que durante ese traslado se produce una "juridificación" de demandas sociopolíticas (y en consecuencia éstas pierden componentes críticos o radicalidad y comienzan a ser transformadas en discursos jurídicos), y al mismo tiempo una politización de sus demandas jurídicas, al comenzar a disputarse judicialmente alcances y contenidos de ciertos derechos humanos o de incidencia colectiva. En otras palabras, estas campañas politizan el campo jurídico despolitizando consecuentemente el campo sociopolítico, alterando así el contenido y los alcances de las demandas de estos grupos. Esta consecuencia de la judicialización no es menor, y debería ser tenida en cuenta por activistas o abogados que decidan embarcarse en este tipo de estrategias jurídico-políticas.

Las campañas de litigio estratégico se presentan entonces como un modelo novedoso y atractivo de acción colectiva para ser utilizado en nuestro país, pero que no están exentas de dificultades o contradicciones propias. Así, quien decida utilizarla deberá ponderar los efectos positivos y negativos que la propia judicialización produce. Lo cierto es que la judicialización de demandas y reclamos sociopolíticos están cada vez más presentes en nuestro país, reconfigurando el modelo clásico de la división de poderes, judicializando ámbitos políticos y politizando ámbitos judiciales.

Las experiencias históricas analizadas en nuestro trabajo nos llevan a concluir que las campañas de litigio estratégico se erigieron como una herramienta útil para aquellas organizaciones que decidieron visibilizar sus demandas y avanzar en el reconocimiento de derechos del colectivo que representaban. En otras palabras,

obtuvieron lo que se proponían con las mismas: presentarse ante la justicia para que se reconozca su derecho a tener derechos.

Bibliografía

- Abel, R. *American Lawyers*. Nueva York: Oxford University Press., 1989.
- Adam, Barry. *The Rise of the Gay and Lesbian Movement*. Nueva York: Twayne, 1995.
- Alumbaugh, Steven, y C Rowland. «"The Links between Platform-Based Appointment Criteria and Trial Judges' Abortion Judgments." .» *Judicature* 74, 1990: 153–62.
- Andersen, Ellen Ann. *Out of the Closets & into the Courts: Legal Opportunity Structure and Gay Rights Litigation*. Michigan: The University of Michigan Press, 2004.
- Archibald, Catherine Jean. «Two Wrongs Don't Make a Right: Implications of the Sex Discrimination Present in Same-Sex Marriage Exclusions for Supreme Court Cases *Hollingsworth v. Perry* and *United States v. Windsor*.» *Northern Illinois University Law* , 2013: 1-37.
- Auerbach, Jerold. *Unequal Justice. Lawyers and Social Change in America*. . Nueva York: Oxford University Press., 1976.
- Bator, Paul. «The State Courts and Federal Constitutional Litigation.» *22 Wm. & Mary L. Rev.*, 1981: 605 - 637.
- Bazán, Osvaldo. *Historia de la Homosexualidad en Argentina*. Buenos Aires: Marea, 2010.
- Behuniak-Long, Susan. «Friendly Fire: Amici Curiae and Webster v. Reproductive Health Services.» *Judicature* 74, 1991: 267-29.
- Belluci, Mabel. *Orgullo. Carlos Jáuregui, una biografía política*. Buenos Aires: Emecé, 2010.
- Belton, Robert. «Comparative Review of Public and Private Enforcement of Title VII of the Civil Rights Act of 1964.» *31 Vand. L. Rev.* , 1978: 905.
- Belucci, Mabel. *Orgullo: Carlos Jáuregui, una biografía política*. Buenos Aires: Emecé, 2010.

- Ben, Pablo. «Male Same-sex sexuality and the Argentine State 1880-1930.» En *The Politics of Sexuality in Latin America: A Reader of Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Rights*, de Javier Corrales y Mario (Eds) Pecheny, 33-43. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2010.
- Bergallo, Paola. «Justicia y Experimentalismo: La Función Remedial del Poder Judicial en el Litigio de Derecho Público en Argentina.» *Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional*, 2005: Disponible en <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/justicia-y-experimentalismo-la-funcion-remedial-del-poder-judicial-en-el-litigio-de-derecho-publico-en-argentina-paola-begallo.pdf>.
- Bianchi, Alberto. *Dinámica del Estado de Derecho*. Buenos Aires: Ed. Ábaco., 1996.
- Bimbi, Bruno. *Matrimonio Igualitario: intrigas, tensiones y secretos en el camino hacia la ley*. Buenos Aires: Planeta, 2010.
- Black, Donald. «The Mobilization of Law .» *The Journal of Legal Studies Vol. 2, No. 1*, 1973: 125-149.
- Böhmer, Martín. «Corte Suprema: ¿deferencia mayoritaria o activismo constitucional?» *www.chegueado.com*. 11 de 12 de 2012. <http://chequeado.com/el-explicador/corte-suprema-ideferencia-mayoritaria-o-activismo-constitucional/> (último acceso: 05 de 08 de 2015).
- Böhmer, Martin. «Introducción.» En *Las acciones colectivas: Análisis conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial y comparado*, de Gustavo Maurino, Ezequiel Nino y Martín Sigal, 1-10. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.
- Bonauto, Mary. «Goodridge in Context.» *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review Nro. 40*, 2005: 01 - 69.
- Boudry, M., S. Blancke, y B. Johan. «Irreducible incoherence and intelligent design: a look into the conceptual toolbox of a pseudoscience.» *Quarterly Review of Biology*, 2010: 473 - 482.
- Bourdieu, Pierre, y Gunther Teubner. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo de Hombre Editores, 2000.

- Brígido, Ana María. «Los alumnos y la reproducción del orden: la eficacia de la ideología profesional.» En *La socialización de los estudiantes de abogacía. Crónica de una metamorfosis*, de Ana María et al. Brígido. Córdoba: Hispania, 2006.
- Brown, S. P. *Trumping Religion. The New Christian Right, the Free Speech Clause and the Courts*. Tuscaloosa, Alabama: The University of Alabama Press., 2002.
- Brown, Stephen. «"Con discriminación y represión no hay democracia": The lesbian and gay movement in Argentina.» *Latin American Perspectives* 29, 2002: 119-138.
- Bruer, Patrick. «Washington Interest Group Organizations and modes of Legal Advocacy.» *American Political Science*. 88, 1988: 1.
- Butler, Judith. *Deshacer el género*. Buenos Aires: Paidós, 2006.
- Cabral, Mauro. «Comparecer. Un comentario .» *Publicación online*. http://www.derechos-sexuales.org/publica/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?inford=4957&sid=106&tpl=view_BR_0125 (último acceso 11 de agosto de 2015), 2008.
- Cain, Patricia. «Litigating for Lesbian and Gay Rights: A Legal History.» *Virginia Law Review* 79, 1993: 1551-1641.
- Caldeira, Gregory, y John Wright. «Amici Curiae before the Supreme Court: Who Participate, When and How much?» *Journal of Politics* 52, 1990: 792-795.
- Campana, Maximiliano. «¿Será Justicia? La cuestión del matrimonio igualitario en los tribunales cordobeses.» En *El debate sobre matrimonio igualitario en Córdoba. Actores, estrategias y discursos.*, de Candelaria et al Sgró Ruata. Córdoba: Ferreyra Editores, 2011.
- Campana, Maximiliano. «Avances y retrocesos en torno al reconocimiento de la identidad de género en la Justicia Argentina.» *Actas del XII Congreso Nacional y II Latinoamericano de Sociología Jurídica "Problemas Sociales de Latinoamérica"*, 2011: En CD-Rom.

- Campana, Maximiliano. «Hacia una nueva conceptualización del litigio estratégico. La judicialización de los derechos sexuales y reproductivos por parte de los sectores pro vida.» En *Permeabilidades Activas: Religión, política y sociedad en la Argentina democrática*, de Juan Cruz Esquivel y Juan Marco Vaggione, en prensa. Buenos Aires: Biblos, 2015.
- Campana, Maximiliano. «La utilización del amicus curiae en materia de derechos sexuales y reproductivos .» *Actas del X Congreso Argentino de Sociología Jurídica*, 2009: Versión en CD-Rom.
- Campana, Maximiliano. «Ley de identidad de Género: Su debate legislativo.» *Actas del XIV CONGRESO NACIONAL Y IV LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA. "Conflictos sociales y confrontaciones de Derechos en América Latina."*, 2013: en CD-Rom.
- Carbajal, Mariana. «Los clientes deben ser encarcelados.» *Página 12*, 4 de Julio de 2010.
- Cardinaux, Nancy, Laura Clérigo, Martín Aldao, y Liliana Ronconi. «Perfil del juez/a de la Ciudad de Buenos Aires: Permeabilidad a las demandas de identidad de género.» En *Derecho a la Identidad de Género. Ley N° 26.743*, de Carolina (Coordinadora) Von Opiela, 137-156. Buenos Aires: La Ley, 2012.
- Carter, David. *Stonewall: The Riots that Sparked the Gay Revolution*. Nueva York: St. Martin's Press, 2004.
- Casper, Jonathan. *Lawyers before the Warren Court: Civil Liberties and Civil Rights, 1957-66*. Chicago: University of Illinois Press, 1972.
- Cathcart, Kevin. *Landmark Supreme Court Victory effectively strikes down all remaining sodomy laws*". Web: www.lambdalegal.org, 2003.
- CELS. *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2010*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2010.
- . *Derechos Humanos en Argentina: Informe 2013*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2013.

- . *Litigio estratégico y Derechos Humanos: la lucha por el derecho*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2008.
- Chacham, Alessandra S., Simone Diniz, Monica Maia, Ana Galati, y Liz Mirim. «Sexual and Reproductive Health Needs of Sex Workers: Two Feminist Projects in Brazil.» *Reproductive Health Matters* 15 (29), 2007: 108-118.
- Chesler, M, J Sanders, y D and Kalmuss. *Social Science in Court: Mobilizing Experts in the School Desegregation Cases*. Madison: University of Wisconsin, 1988.
- Clarkson, Kevin, David Coolidge, y William Duncan. «The Alaska Marriage Amendment: The People's Choice on the Last Frontier.» *Alaska Law Review*, 1999: 213-268.
- Constain, Ann, y Steven Majstorovic. «Congress, Social Movements and Public Opinion: Multiple Origins of Women Rights Legislation.» *Political Research Quarterly* 47, 1994: 111-135.
- Cortner, R. *The Iron Horse and the Constitution: The Railroads and the Transformation of the Fourteenth Amendment*. Westport: Greenwood Press, 1993.
- Cortner, Richard. «Strategies and tactics of Litigants in Constitutional Law .» *Journal of Public Law*. 17. , 1968: 287-307.
- Courtis, Christian. «"El desarrollo del derecho de interés público en la Argentina : avances, obstáculos, desafíos". En .» En *Clínicas de interés público y enseñanza del derecho* , de Martín y Gozález M., Felipe (Ed.) Böhmer. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2003.
- Cover, R. *Justice Accused: Antislavery and the Judicial Process*. Yale: Yale University Press, 1984.
- Cueto Rúa, Julio. «Acerca del Amicus Curiae.» *La Ley*, 1988: 712.
- Cutolo, Vicente. *La Facultad de Derecho después de Caseros*. Buenos Aires: Elche, 1951.

- Daich, Deborah. «¿Abolicionismo o reglamentarismo?: Aportes de la antropología feminista para el debate local sobre la prostitución.» *Runa. Vol 33 nro. 1*, 2012: 71-84.
- de Andrés Castellanos, Soledad. «Sexismo y Lenguaje: el estado de la cuestión.» *Espéculo: Revista de Estudios Literarios*, 2000-2001: soporte digital.
- D'Emilio, John. *Sexual Politics, Sexual Communities*. Chicago: University of Chicago Press, 1983.
- Den Dulk, K., y J. Krishnan. «So Help Me God: Explaining the Recent Rise in Religious Group Litigation in the U.S. and Beyond .» *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2001: 30.
- Diez, Jordi. *The Politics of Gay Marriage in Latin America: Argentina, Chile and Mexico*. Nueva York: Cambridge University Press, 2015.
- Díez, Jordi. *The Politics of Gay Marriage in Latin America: Argentina, Chile and Mexico*. Nueva York: Cambridge University Press, 2015.
- Dinerstein, R. «Client-centered counseling: Reappraisal and Refinement.» En *Lawyers Ethics' and the pursuit of social justice*, de Susan Carle (Ed), 151-156. Nueva York: New York University, 2005.
- Duberman, Martin. *Stonewall*. Nueva York: Penguin Books, 1993.
- Dudziak, M. «Desagregation as a Cold War Imperative.» *Stanford Law Review* 41, 1988: 50-62.
- Encarnación, Omar. «International Influence, domestic activism and Gay Rights in Argentina.» *Political Science Quarterly*, 2013: 687-716.
- Epp, C. R. *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2013.
- Epstein, Lee. *Conservatives in Court*. Knoxville: University of Tennessee Press, 1985.
- Eskridge, William N. *Gaylaw: Challenging the Apartheid of the Closet*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- Faderman, Lillian. *Odd Girls and Twilight Lovers: A History of Lesbian Life in Twentieth-Century America*. . New York: Penguin Books., 1991.

- Falcón, Enrique M. (2005. *Manual de Derecho Procesal Tomo I*. Buenos Aires: Ed. Astrea-Depalma, 2005 .
- Fassi, Marisa. «Dealing with the Margins of Law: Adult Sex Workers' Resistance in Everyday Life.» *Oñati Socio-Legal Series 1* , 2011: 4-36.
- Fassi, Marisa. «Legal Ambiguity as a Site of Power and Resistance. Sex Work and the Police in Cordoba-Argentina.» *Журнал Исследований Социальной Политики 12* (2), 2014: http://jsps.hse.ru/data/2014/07/01/1309596789/JISP_12_2_Fassi.pdf.
- Fernandez, Silvia. «Transexualismo y derecho al nombre. Una sentencia a la medida de la persona y al servicio de sus derechos.» *La Ley Buenos Aires*, 2010: Febrero 2010.
- Fiss, Owen. «Foreword.» En *Courts and social transformation in new democracies: An institutional voice for the poor?*, de Roberto Gargarella, Pilar Domingo y Theunis Roux, xi - xiv. Hampshire - Inglaterra: Ashgate, 2006.
- Ford, Tom. «Federal Rule 23: A Device for Aiding the Small Claimant.» *Boston College Law Review*, 1969: 501 - 514.
- Franco, Marina. «Testimoniar e informar: Exiliados argentinos en París (1976-1983).» *Cahiers. ALM. Nro. 8. Université de Paris 8. París*, 2004.
- Friedman, Barry. *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*. Nueva York: D&M Publishers, 2009.
- Frühling, Hugo. «From Dictatorship to Democracy: Law and Social Change in the Andean Region and the Southern Cone of South America.» En *Many Roads to Justice: The law related work of Ford Foundation Grantess around the world*, de Mary McClymont y Stephen Golub, 55- 87. Nueva York: Ford Foundation, 2000.
- Gamble, Barbara. «Putting Civil Rights to a Popular Vote.» *American Journal of Political Science 41*, 1997: 245-269.

- Garrow, D. «Give Brown v. Board of Education its due.» *Human Rights (ABA)* 31, 2004: 2-3.
- Gerstmann, Evan. *The Constitutional Underclass; Gays, Lesbians, and the Failure of Class-Based Equal Protection*. Chicago: The University of Chicago Press, 1999.
- Gill, Emily. *An argument for same sex marriage*. Washington : Georgetown University Press, 2012.
- Gillman, H. *The Constitution Besieged: The Rise and Demise of Lochner Era Police Powers Jurisprudence*. Durham, Carolina del Norte: Duke University Press, 1993.
- Ginger, A. F., y E. Tobin. *The National Lawyers Guild: From Roosevelt Through Reagan*. Filadelfia: Temple University Press., 1998.
- Glendon, Mary Ann. *Right talk: the impoverishment of political discourse*. Nueva York: Free Press, 1991.
- Gómez, C., y M. Salomón. «La Constitución Nacional y las acciones colectivas: Reflexiones en torno al caso Halabi.» *La Ley*, 2009: 343.
- Gonzalez Tocci, Maria Lorena. «Algunas reflexiones sobre la obligatoriedad de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.» *Revista Jurídica UCES*, 2014: 139-155.
- Greenberg, Jack. *Litigation for social change: methods, limits, and role in democracy*. Nueva York: Association of the Bar of the City of New York, 1974.
- Grossman, J, y A Sarat. «Litigation in the Federal Courts: A Comparative Perspective.» *Law & Society Review*. Vol 9 Nro. 2, 1975: 321-346.
- Halley, Janet, Prabha Kotiswaran, Hila Shamir, y Chantal Thomas. «From the international to the local in feminist legal responses to rape, prostitution/sex work, and sex trafficking: four studies in contemporary governance feminism.» *Harvard Journal of Law and Gender* Vol 29, 2006: 335-423.
- Halpern, Charles R. «The Right to Habilitation: Litigation as a Strategy for Social ChangeEd.» En *The Right to Treatment for Mental Patients*, de Stuart Golann y Fremouw William J., 73-98. Nueva York: Irvington, 1976.

- Handler, Joel. *Social Movement and the Legal System: A theory of Law Reform and Social Change*. Nueva York: Institute for Research of Poverty Center Monograph Series, 1979.
- Handler, Joel, Ellen Hollingsworth, y Howard Erlanger. *Lawyers and the Pursuit of Legal Rights*. Nueva York: Academic Press, 1978.
- Hart, S. «The Cultural Dimension of Social Movements.» *Sociology of Religion* 57, 1996: 82–99.
- Heinz, J. P. *Chicago Lawyers: the social structure of the Bar*. Nueva York: Russell Sage Found, 1982.
- Heller, F. H. «A Turning point for Religious Liberty.» *Virginia Law Review*, 1943: 440-459.
- Hiller, Renata. «Lazos en torno a la unión civil: notas sobre el discurso opositor.» En *Todo sexo es político: estudios sobre sexualidades en Argentina*, de M Pecheny, C. Figari y D (Editores) Jones, 149-167. Buenos Aires: Libros del Zorzal, 2008.
- Horowitz, M. *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*. Nueva York: Oxford University Press, 1992.
- Hull, N. & Hoffer, Peter Charles. *Roe v. Wade: The abortion rights controversy in American History 2nd Ed*. Lawrence: University Press of Kansas, 2010.
- Illouz, Eva. *El consumo de la utopía romántica: el amor y las contradicciones culturales del capitalismo*. Buenos Aires: Katz Editores, 2009.
- Imaz, José. *Los que mandan*. Buenos Aires: Eudeba, 1964.
- Institute, American Law. *Model Penal Code*. Filadelfia: American Law Institute, 1962.
- Jackson, Peter. «Capitalism and Global Queering National Markets. Parallels among Sexual Cultures, and Multiple Queer Modernities. .» *GLQ: A Journal of Lesbian and Gays Studies*, 2009: 357-395.
- Jonas, G. *Freedom's sword. The NAACP and the Struggle against Racism in America, 1909 - 1919*. Nueva York: Routledge, 2005.

- Jones, Emma Coleman. «Litigation without Representation: The Need for Intervention to Affirm Affirmative Action.» *14 Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 31, 1979.
- Katz, Jonathan. *Gay/Lesbian Almanac*. Nueva York: Carroll and Graf, 1983.
- Keck, M., y K. Sikkink. «Transnational advocacy networks in international and regional politics.» *International Social Science Journal*, 1999: 89-101.
- Klarman, M. *Brown v. Board of Education and the Civil Rights Movement*. Nueva York: Oxford Press, 2007.
- Kloppenber, L. A. *Playing it Safe. How the Supreme Court Sidesteps Hard Cases and Stunts the development of the Law*. Nueva York: New York University Press, 2001.
- Kluger, R. *Simple Justice*. Nueva York: Alfred A. Knopf, 1975.
- Kmiec, Keenan D. «The Origin and Current Meaning of Judicial Activism .» *Berkeley California Law Review.*, 2004.
- Landau, David. «The reality of social right enforcement.» *53 Harvard International Law Journal*, 2012: 253.
- Lee Badgett, L. V. *When Gay People Get Married: What Happens When Societies Legalize Same-Sex Marriage*. Nueva York: New York University Press, 2010.
- Leiva, Alberto. *Historia del Foro de Buenos Aires. La tarea de pedir justicia durante los siglos XVIII a XX*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2005.
- Litardo, Emiliano. «Tensiones y conflictos entre los principales agrupamientos políticos GLTTTBI: Antecedentes y desarrollo.» En *Derecho a la sexualidad*, de Mario (coord.) Gerlero. Buenos Aires. : David Grimberg Libros Jurídicos., 2009.
- Lobel, Jules. *Success without victory: Lost legal battles and the long road to justice in America*. Nueva York: New York University Press, 2003.
- Mack, Kenneth. *Representing the Race. The creation of the civil right lawyers*. Boston: Harvard University Press, 2012.
- Mack, Kenneth. «Rethinking Civil Rights Lawyering asnd Politics in the Era Before Brown.» *The Yale Law Journal*, 2005: 115-256.

- Manilli, Pablo. «El activismo (bueno y malo) en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Buenos Aires.» *La Ley D:1845*, 2006: 1845.
- Manzo, Mariana. *Abogados de Movimientos Sociales y Organizaciones No Gubernamentales: usos estratégicos del derecho*. Córdoba: Tesis Doctoral - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba (no publicado), 2014.
- Maraniello, Patricio A. «El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional.» *Pensar en Derecho.. Ed. De la Facultad de Derecho de la UBA.*, 2012.
- Marcus, Eric. *Making History: The Struggle for Gay and Lesbian Equal Rights 1945-1990*. Nueva York: HarperPerennial, 1992.
- Mattelart, Tristan. «Sobre la deconstrucción de la diversidad cultural.» *Criterios Nro 44*, 2013: 755-774.
- Maurino, Gustavo, Ezequiel Nino, y Martín Sigal. *Las acciones colectivas. Análisis conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial y comparado*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2005.
- McCann, Michael. *Rights at Work: Pay equity and the politics of legal mobilization*. Chicago: Chicago Series in Law and Society, 1994.
- Meili, S. «A voice crying out in the wilderness: the client in clinical education.» *Wisconsin Law Review*, 2000: 617.
- Meili, Stephen. «Cause Lawyers and social movements: a comparative perspective on democratic change in Argentina and Brazil.» En *Cause lawyering: Political commitments and Professional responsibilities*, de Austin Sarat y Stuart Scheingold, 487-522. Nueva York: Oxford University Press, 1998.
- Mill, John Stuart. *A System of Logic, Ratiocinative and Inductive: Being a connected view of the principles of evidence and the Methods os Scientific Investigation*. Toronto: University of Toronto Press, 1974.
- Miskolci, Richard, y Maximiliano Campana. «Direito e mudança social: A formação jurídica e as recentes demandas de reconhecimento no Brasil e na Argentina.»

- En *Sociologia e mudanca social no Brasil e na Argentina*, de Maria da Gloria Bonelli y Matha (Org) Diaz Villegas de Landa, 135-159. Sao Carlos: Compacta Editora, 2013.
- Miskolci, Richard, y Maximiliano Campana. «Direito e mudanca social: A formacao jurídica e as recentes demandas de reconhecimento no Brasil e na Argentina.» En *Sociologia e mudanca social no Brasil e na Argentina*, de Maria da Gloria Bonelli y Martha Díaz Villegas de Landa, 135-160. Sao Carlos: Compacta, 2013.
- Morrison, Matthew. «Currents in the Stream: The Evolving Legal Status of Gay and Lesbian Persons in Kentucky.» *Kentucky Law Journal* 89 (Morrison, Matthew (2001). "Currents in the Stream: The Evolving Legal Status of Gay and Lesbian Persons in Kentucky". *Kentucky Law Journal* 89 (4)), 2001: 1159.
- Mujica, Jaris. «La tradición y la vida. Sobre los grupos conservadores y la democracia contemporánea.» En *El activismo religioso conservador en América Latina.*, de Juan Marco (Comp.) Vaggione. Córdoba: Ferreyra Editor, 2010.
- Murdoch, Joyce, y Deb Price. *Courting Justice: Gay Men and Lesbians v. the Supreme Court*. Nueva York: Basic Books. , 2001.
- Nash, Mary. «Diversidad, multiculturalismos e identidades: perspectivas de género.» En *Multiculturalismos y género: perspectivas interdisciplinarias*, de Mary Nash y Diana (Eds.) Marre. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2001.
- Neier, Aryeh. *Only Judgment: The Limits of Litigation in Social Change*. Middletown: Wesleyan University Press, 1982.
- Neuborne, Burt. «The Myth of Parity.» *Harvard Law Review* Vol. 90, No. 6 , 1977: 1105-1131.
- O'Flaherty, Michael, y John Fisher. « Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles.» *Human Rights Law Review*, 8:2. Oxford University Press, 2008: 207-248.
- O'Connor, Karen. *Women's Organizations' Use of the Courts*. Lexington Massachusettss: Lexington Books, 1980.

- O'Connor, Karen, y Lee Epstein. «Beyond Legislative Lobbying: Women's Right Groups and the Supreme Court.» *Southern University Law Review* 6, 1980: 248.
- Ogletree, C. *All deliberate speed: Reflections on the First Half Century of Brown v. Board of Education.* . New York: W. W. Norton & Company, 2004.
- Olson, S. «Interest Group Litigation in Federal District Courts: Beyond the Political Disadvantage Theory .» *Journal of Politics* 52, 1990: 854–82.
- Olson, Susan. *Clients and Lawyers: securing the rights of disable persons.* Santa Bárbara, California: Praeger, 1984.
- Orfield, Gary. *The Reconstruction of Southern Education.* Nueva York: Wiley, 1969.
- . *Must We Bus?: Segregation and National Policy Hardcover* . Nueva York: Brookings Inst Pr, 1978.
- Ortiz, Tulio. *Historia de la Facultad de Derecho.* Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2004.
- Oyhanarte, Martín. «Public Law Litigation in the U.S. and in Argentina: Lessons form a comparative study.» *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2015: 02-61.
- Pelúcio, Larisa, y Richard Miskolci. «A prevenção do desvio: o dispositivo da aidse a repatologização das sexualidades dissidentes .» *Sexualidad, Salud y Sociedad Revista Latinoamericana*, 2009: 125-157.
- Petracci, Monica, y Mario Pecheny. *Argentina, Derechos Humanos y Sexualidad.* Buenos Aires: CEDES, 2007.
- . *Argentina: Derechos Humanos y Sexualidad.* Buenos Aires: CEDES, 2007.
- Peyrano, Jorge W. «El proceso civil que viene.» *Libro de Ponencias del Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho*, 1998.
- Pigna, Felipe. *Los mitos de la historia argentina 3: de la ley Sáenz Peña a los albores del peronismo.* Buenos Aires: Planeta, 2006.
- Pinello, Daniel. *Gay Rights and American Law.* Nueva York: Cambridge University Press, 2003.

- PNUD, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Sistematización del Proceso para la aprobación de la ley de identidad de género en Argentina*. Buenos Aires: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2014.
- Rabban, D. «The Free Speech League, the ACLU, and Changing Conceptions of Free Speech in American History.» *Stanford Law Review*, 1992: 47-117.
- Rabin, R. «A Sociolegal History of the Tobacco Tort Litigation.» *Stanford Law Review Vol. 44, No. 4*, 1992: 853-878.
- Rabin, R. «Lawyers for social change: Perspective in Public Interest Law.» *Stanford Law Review V 28 Nro. 2*, 1976: 207-261.
- Reboursin, Olivier. «Derribando algunos mitos: acerca de la Liga Argentina por los Derechos del Hombre en el nacimiento y desarrollo del "movimiento de Derechos Humanos".» *La Revista del CCC*, 2008: 2.
- Rekosh, Edwin, K. Buchko, y V Terzieva. *Pursuing the Public Interest: A Handbook for legal professionals and activists*. Nueva York: Columbia Law School, 2001.
- Rekosh, Edwin, Kyra Buchko, y Vessela Terzieva. *Pursuing the Public Interest. A Handbook for Legal Professionals and Activist*. Nueva York: Columbia Law School., 2001.
- Rhode, Deborah. «Class conflicts in class actions.» *Stanford Law Review*, 1982: 1211 - 1222.
- Robyn, Dorothy. *Breaking the special interest: Trucking deregulation ad the Politics of Policy Reform*. Chicago: University of Chicago, 1987.
- Roclaw, Patricio Andrés. «"¡Alto está detenido!, discúlpeme oficial, estoy detenida". Análisis sociojurídicos de los códigos de faltas vigentes en la República Argentina, que criminalizan a las Travestis y Homosexuales, y su relación con las teorías de desviación social.» *Actas de X Congreso Nacional de Sociología Jurídica: Legalidad y legitimidad: confrontaciones sociales en torno al Derecho*, 2009: Version CD-Rom.
- Rosemberg, G. *The Hollow Hope: Can Courts bring about social change?* Chicago: University of Chicago Press., 2008.

- Rosenthal, Douglas. *Lawyer and Client: Who's in Charge Hardcover*. Nueva York: Russell Sage Foundation, 1974.
- Ryan, Eduardo. *Democratic Governance and the Courts: The political sources of the judicialization of public policy in Argentina*. Austin: Tesis Doctoral - University of Texas at Austin, 2011.
- Salomone, Rosemary. «Judicial Oversight of Agency Enforcement: The Adams and WEAL litigation.» En *Justice and Schools systems*, de Barbara Flicker (ed.), 111-181. Filadelfia: Temple University Press, 1990.
- Santo Tomás de Aquino, . *Suma de teología (4ta Edición)*. Madrid: Biblioteca de autores cristianos, 2001.
- Sarat, Austin, y Stuart Scheingold. *Cause Lawyers and Social Movements*. Stanford, California4: Stanford Law and Politics., 2006.
- Scheingold, Stuart A. *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy, and Political Change*. New Haven: Yale University Press., 1974.
- Schjolden, Line. *Suing for justice: Labors and Courts in Argentina. 1900-1943*. Berkeley: Tesis Doctoral - Berkeley. University of California, 2005.
- Schulemberg, Shawn. «The construction and enactment of Same-Sex Marriage in Argentina.» *Journal of Human Rights*, 2012: 106-125.
- Scioscioli, Sebastián. «Acceso a la justicia para todos.» *Encrucijadas - Nro 39*, 2005: 64-66.
- Simon, William. «Ethical discretion in lawyering.» *Harvard Law Review*, 1988: 1083-1145.
- Sklar, M. *The corporate Reconstruction of American Capitalism, 1890-1916: The market, the law and politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
- Smulovitz, Catalina. «Judicialization in Argentina: Legal Culture or Opportunities and support structures?» En *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*, de Javier Couso, Alexandra Huneus y Rachel (editores) Sieder, 234-253. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

- Smulovitz, Catalina. «La política por otros medios. Judicialización y movilización legal en la Argentina.» *Desarrollo Económico*, Vol. 48, No. 190/191, 2008: 287-305.
- Smulovitz, Catalina. «Petitioning and Creating Rights: Judicialization in Argentina.» En *The Judicialization of politics in Latin America*, de Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell, 161-185. Nueva York: Palgrave McMillan, 2005.
- Smulovitz, Catalina, y Daniela Urribarri. *Organizaciones sociales e incidencia en políticas públicas: actores y contexto en el caso argentino*. <http://www.plataformademocratica.org/Projetos/Argentina.pdf>, 2006.
- Songer, Donald, y Reginald Sheenan. «Interest Group Success in the Courts: Amicus Participation in the Supreme Court .» *Political Research Quarterly*, Vol. 46, No. 2, 1993: 339-354.
- Sorauf, Frank. *The Wall of Separation: The Constitutional Politics of Church and State*. Princeton: Princeton University Press, 2015.
- Sutherland, A. *The Law at Harvard: a history of ideas and men, 1817-1967*. Cambridge: Cambridge Press, 1967.
- Teles, Steven. *The Rise of the Conservative Legal Movement: The Battle of the control of the Law*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2009.
- Thome, Joseph. «Heading south but looking north: Globalization and law reform in Latin America.» *Wis. L. Rev.* , 2000: 697.
- Timpanaro, Adrián. «Acciones de clase. Consideraciones respecto a su régimen procesal ante la ausencia de una ley que lo reglamente.» En *Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativp*, de Marcelo (Director) Bruno dos Santos, 286-304. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2012.
- Tocqueville, Alexis de. *La Democracia en América*. : . Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1963.
- Tushnet, M. *The NAACP's legal strategy against Segregates education. 1925-*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1987.

- Tushnet, Mark. «Some legacies of Brown v. Board of Education, 90.» *Va. L. Rev.*, 2004: 1693.
- Vaggione, Juan Marco. «La sexualidad en un mundo post secular. El activismo religioso y los derechos sexuales y reproductivos .» En *Derecho a la sexualidad*, de Mario (Ed) Gerlero. Buenos Aires: David Grimberg Libros Jurídico, 2009.
- Vaid, Urbashi. *Virtual Equality: the Mainstreaming of Gay and Lesbian Liberation*. Nueva York: Anchor Books, 1995.
- Vasilachis, Irene. *Estrategias de Investigación Cualitativa*. Buenos Aires: Gedisa, 2006.
- Vecchioli, Virginia. *"A luta pelo direito: engajamento militante e profissionalizacao dos advogados na causa pelos direitos humanos na Argentina*. Rio de Janeiro: Tesis Doctoral - Museu Nacional. Programa de posgrado en antropología social. UFRJ, 2006.
- Veiga, Raul. *Las organizaciones de Derechos Humanos*. Buenos Aires: CEAL, 1985.
- Vergara, N. «Legitimación en las acciones colectivas.» *Infojus*. 2011. http://www.infojus.gob.ar/doctrina/dacf110160-vergara-legitimacion_en_las_acciones.htm (último acceso: 4 de Agosto de 2015).
- Walker, Jack. «The Origins and the Maintenance of Interest Group in America.» *American Political Science Review* 77, 1983: 404.
- Walker, Samuel. *In defense of American Liberties. A history of the ACLU* . Carbondale, IL: Southern Illinois University Press, 1999.
- Wasby, S. *Race Relations litigation in an ago of complexity*. Charlottesville: University Press of Virginia., 1995.
- Wayne, Tiffany. *Women's Rights in the United States: A Comprehensive Encyclopedia of Issues, Events and People*. Santa Bárbara CA: ABS Clio, 2015.
- Weisbrod, Burton. *Conceptual Perspective on the Public Interest: An Economic Analysis*. Berkeley: University of California Press, 1978.

- Wilcox, Melissa. *Coming out in christianity: Religion, identity and community*. Indianapolis: Indiana University Press, 2003.
- Wilkins, D. «Social Engineers or Corporate Tools? Brown v. Board of Education and the Conscience of the Black Corporate Bare.» En *Race, Law and Culture: Reflections on Brown v. Board of Education*, de Austin Sarat, 137. Oxford: Oxford University, 1997.
- Wilkinson, J. H. *From Brown to Bakke: The Supreme Court and School Integration: 1954-1978*. Nueva York: Oxford University Press, 1979.
- Wolfe, Christopher. *Judicial Activism*. Lanham (Maryland): Roman and Littlefield Publishers, 1997.
- Zayat, Demián. *Between Merit and Politics. The selection of Federal Judges in Argentina*. Standford: Tesis doctoral, 2009.