

DERECHOS DE DESESTABILIZACIÓN: EL TRIUNFO DEL LITIGIO DE INTERÉS PÚBLICO

Charles F. SABEL,
William H. SIMON ^{1a1}

Traducción al español de *María Emilia MAMBERTI* ²

El “litigio de interés público” -las acciones de incidencia originadas en el movimiento de los derechos civiles³ que buscan reestructurar organismos públicos- ha cambiado a lo largo de las últimas tres décadas. Ha pasado de enfocarse en una intervención para la remediación basada en un modelo de “comando y control”, a una que puede llamarse “experimentalista”. En vez de recurrir a un régimen de reglas fijas y verticalistas, el enfoque experimentalista pone el énfasis en la negociación permanente entre las partes interesadas, la revisión continua de las medidas de desempeño, y la transparencia. El experimentalismo es patente en todas las áreas principales de intervención del derecho de interés público: escuelas, instituciones de salud mental, prisiones, fuerzas de policía, y vivienda social. En buena medida, este desarrollo no fue anticipado ni advertido por los defensores del litigio de interés público ni por sus críticos. En este artículo, describimos la aparición del modelo experimentalista y alegamos que éste torna abstractas varias de las críticas clásicas al litigio de interés público. Además, sugerimos que el desarrollo de dicho modelo provee respuestas a algunos problemas doctrinales muy conocidos, incluido el de los límites de la discrecionalidad judicial para dar operatividad a los derechos de interés público y el de las restricciones que trae aparejadas el principio de división de poderes. Nuestra interpretación entiende a los casos de interés público como instancias esenciales de los “derechos de desestabilización”: derechos a “desenmascarar” instituciones que de manera sistemática han omitido cumplir con sus obligaciones, pero que son inmunes a las fuerzas tradicionales de

^{1a 1} Profesores Maurice T. Moore y Arthur Levitt de derecho, respectivamente, de la Universidad de Columbia. Estamos agradecidos con la Fundación Hewlett; con los participantes de talleres en Columbia, Pennsylvania, Stanford y Yale; y con Jim Liebman, Mike Dorf, Brad Karkkainen, Archon Fung, Dara O'Rourke, Margo Schlanger, Michael Rebell, Gillian Metzger, Judith Resnik, Mark Tushnet, Susan Sturm, John Boston, Jonathan Chasin, y los profesionales citados en las notas al pie que discutieron su trabajo con nosotros. Nuestra deuda más grande es con Laura Faer, por sus discusiones iluminadoras y su enorme asistencia de investigación.

² Título original: Charles F. Sabel, William H. Simon, Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds, 117 Harvard Law Review 1015, 1016 (2004).

³ [Nota de traducción] El movimiento de los derechos civiles refiere a la lucha por la igualdad racial entre personas negras y blancas que tuvo lugar a partir de 1960 en los Estados Unidos; el movimiento se concentró principalmente en combatir la segregación racial existente en los estados del sur de los Estados Unidos, y derivó en la sanción de un paquete de leyes federales orientadas a terminar la discriminación en distintas áreas, aprobadas desde mediados de 1960.

corrección política de esa disfuncionalidad. Dicha interpretación provee razones de por qué el reconocimiento e implementación judicial de esos derechos puede inducir a un mejor cumplimiento de las obligaciones legales y a la vez ser consistente con nuestra estructura de gobierno.

I. Introducción

A pesar de haber sido duramente criticado, y quizás hasta olvidado, el litigio de interés público se ha transformado a través de sus luchas y se está convirtiendo -otra vez- en un instrumento influyente y prometedor de rendición de cuentas democrática.

En 1976, Abram Chayes argumentó que los esfuerzos por aplicar principios del Estado de Derecho a las instituciones del Estado de Bienestar moderno habían generado una nueva clase de litigio⁴. Las demandas judiciales “tradicionales” involucraban a dos partes privadas y se enfocaban en alegaciones de un daño concreto y pasado que requería un remedio específico (en general, el pago de una suma de dinero por parte del demandado al actor). Chayes mostró que una buena parte del litigio del movimiento de los derechos civiles no seguía este modelo. Estos casos “de interés público” involucraban partes amorfas y cambiantes; alegaciones generales que se relacionaban con el funcionamiento de grandes instituciones públicas como los sistemas escolares, las prisiones, las instituciones de salud mental, los departamentos de policía, y las autoridades de vivienda; y remedios que exigían la restructuración a largo plazo de dichas instituciones y su monitoreo.

Chayes alegó que este nuevo litigio enriquecía el repertorio institucional de nuestra democracia. Desde su punto de vista, la independencia, flexibilidad, y accesibilidad de los tribunales les daban herramientas para asumir la tarea de hacer responsables frente los estándares legales a las instituciones que omitían crónicamente cumplir con sus misiones. Los tribunales eran menos susceptibles que los organismos administrativos de control a ser cooptados por intereses individuales, y estaban mejor posicionados para inducir discusiones fructíferas entre las partes interesadas.

Aunque la descripción analítica de Chayes sobre el litigio de interés público se canonizó, su defensa de dicho litigio siguió siendo controversial. Los primeros críticos dudaban de que los tribunales tuvieran la información necesaria para supervisar restructuraciones institucionales de manera eficaz. Y, aun si los tribunales tuvieran información suficiente, las críticas agregaban que el poder de aquéllos era muy acotado y superficial para esta nueva tarea. Era muy acotado porque los problemas de los organismos públicos se conectaban con muchas otras instituciones y prácticas sociales, mientras que el poder del tribunal se limitaba a las partes del proceso; y muy superficial, porque las operaciones de los organismos administrativos dependían de la conducta en el día a día

⁴ Ver Abram Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation* [El rol del juez en el litigio de interés público], 89 *Harvard Law Review*, 1281, 1284, 1288-89 (1976).

de muchos agentes que los tribunales no podrían alcanzar, pues su autoridad remedial se limitaba esencialmente a algunos oficiales de mayor jerarquía (e, incluso en esos casos, tenía limitaciones sustanciales)⁵.

Desde el inicio, la legitimidad del litigio de interés público fue discutida al igual que su eficacia. Para Chayes, ese litigio se legitimaba a sí mismo al resolver problemas que otras instituciones del Estado Administrativo⁶ no podían resolver. Pero muchas críticas señalaban que incluso cuando la intervención judicial en estos casos fuera eficaz, no sería siempre legítima. Estas críticas hacían hincapié en el hecho de que, como Chayes reconocía, los casos de interés público no encuadraban fácilmente en la noción tradicional sobre el rol de los jueces o la división de poderes. Dudaban de que las fuentes de poder y las técnicas de análisis tradicionales pudieran entenderse de un modo directo o determinado a la hora de crear remedios que reestructuraran completamente a un organismo. Argumentaban que los tribunales no podrían involucrarse en la reestructuración de organismos administrativos sin traspasar a la esfera de los poderes ejecutivo y legislativo, y que los tribunales federales no podían supervisar la reestructuración de organismos estatales y municipales sin comprometer principios del federalismo y la autonomía local⁷.

La Corte Suprema de los Estados Unidos y otros tribunales de apelación también expresaron su desaprobación en una serie de decisiones diseñadas para limitar la discrecionalidad de los tribunales de primera instancia en los casos de interés público⁸. Las legislaturas aprobaron leyes -la más relevante, la Ley Federal de Litigio de Reforma Penitenciaria de 1996⁹- que limitaban el rol de los tribunales en estos casos. Los jueces de primera instancia que se involucraban en remedios estructurales en casos de perfil muy alto parecían cansarse o desesperarse, dejando sin efecto en la práctica decisiones porque, teóricamente, todas las pretensiones posibles de los actores ya habían sido satisfechas (esto sucedía incluso en casos en los que el progreso verificable era escaso)¹⁰.

⁵ Ver, por ejemplo, Gerald N. Rosenberg, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* [La falsa esperanza: ¿pueden los tribunales generar cambio social?] 11 (1991); Colin S. Diver, *The Judge as Political Powerbroker: Superintending Structural Change in Public Institutions* [El juez como un agente de poder: supervisión del cambio estructural en las instituciones públicas], 65 *Virginia Law Review* 43, 46 (1979); Donald L. Horowitz, *Decreeing Organizational Change: Judicial Supervision of Public Institutions* [Decidiendo el cambio organizacional: supervisión judicial de las Instituciones Públicas], 1983 *Duke Law Journal*, 1265.

⁶ . [N. de T.] El término "Estado Administrativo" (*administrative state*) alude al crecimiento de las burocracias que tuvo lugar luego de la década de 1930 en respuesta a la Gran Depresión, bajo la presidencia de Roosevelt, a raíz de la cual aumentaron los programas y regulaciones federales y se robustecieron las agencias administrativas, que concentraron a su vez funciones jurisdiccionales y regulatorias además de ejecutivas.

⁷ Ver, por ejemplo, Paul J. Mishkin, *Federal Courts as State Reformers* [Los tribunales federales como reformadores de los estados], 35 *Washington & Lee Law Review* 949, 950-51 (1978); Robert F. Nagel, *Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies* [Separación de poderes y el alcance de los remedios de equidad federales], 30 *Stanford Law Review* 661, 664 (1978); John Choon Yoo, *Who Measures the Chancellor's Foot? The Inherent Remedial Authority of the Federal Courts* [¿Quién mide "el pie del canciller"? El poder remedial inherente de los tribunales federales], 84 *California Law Review*, 1121 (1996).

⁸ Ver los casos citados *infra*, nota 11; ver también *infra*, Sección IV.

⁹ Pub. L. No. 104-34, 110 Stat. 1321 (codificada con su reforma en el título 11 del Código de los Estados Unidos (U.S.C.), §523(a) (2000); en 18 U.S.C. §§3624(a), 3626 (2000); y en secciones sueltas de los títulos 28 y 42 U.S.C.).

¹⁰ Ver, por ejemplo, *Morgan v. Nucci*, 831 F.2d 313, 326 (Primer Circuito, 1987) (que deja sin efecto la decisión de desegregación escolar de Boston); Malcolm M. Feeley y Edward L. Rubin, *Judicial Policy Making and the Modern State: How the Courts Reformed America's Prisons* [Las políticas del Poder Judicial y el Estado Moderno: cómo los tribunales reformaron las prisiones estadounidenses] 115 (1998) (que reporta que en el curso del caso de la cárcel del condado de Santa Clara, "varios jueces se agotaron por el litigio y fueron retirados del caso").

La defensa progresista del modelo de Chayes también afrontó problemas¹¹. Sus defensores tenían que confrontar la incómoda realidad jurídica de los derechos que no venían con remedios prefabricados. Les preocupaba cómo limitar la discrecionalidad de los tribunales manteniendo a la vez su prestigio. Hubo también una inquietud creciente sobre la rendición de cuentas de los abogados frente a sus clientes (los supuestos titulares de los derechos), quienes muchas veces tenían bajos recursos y niveles educativos¹².

Pero a pesar de décadas de críticas y teorías restrictivas, los tribunales de primera instancia continuaron jugando un rol crucial en un creciente movimiento de reforma institucional en las áreas clave que Chayes había identificado: escuelas, prisiones, instituciones de salud mental, policías y autoridades de vivienda.

Y aunque se habían opuesto a algunas intervenciones judiciales, las legislaturas también toleraron -e incluso incentivaron- otras¹³. Aunque no hay indicios de una reducción en el volumen o la importancia de la actividad judicial descrita por Chayes, las formas específicas de esta actividad evolucionaron. Los remedios de los últimos años son diferentes en varios aspectos de aquellos en los que se enfocaron Chayes y sus críticos. La evolución de los remedios estructurales en las últimas décadas se puede modelizar como un cambio de la regulación basada en órdenes de comando y control hacia una intervención experimentalista. La regulación de comando y control es la actividad típica de las burocracias. En los hechos toma la forma de un régimen omnicompreensivo de reglas fijas y específicas determinadas por una autoridad central. Estas reglas prescriben los insumos y los procedimientos de las instituciones que regulan.

En contraste, la regulación experimentalista combina reglas más flexibles y provisorias con procedimientos permanentes de participación de las partes interesadas y de medición de su responsabilidad. En los casos más distintivos, las normas aplicables son estándares generales que expresan objetivos que las partes tienen que cumplir; es decir, resultados en vez de insumos. Este régimen deja, típicamente, a las partes con discrecionalidad sustancial para alcanzar esos objetivos. Al mismo tiempo, especifica tanto los estándares como los procedimientos para medir el desempeño institucional, que se evalúa en relación con los compromisos iniciales de las partes y en base al desempeño de instituciones comparables.

¹¹ Ver, por ejemplo, William A. Fletcher, *The Discretionary Constitution: Institutional Remedies and Judicial Legitimacy* [La constitución discrecional: los remedios institucionales y la legitimidad judicial], 91 *Yale Law Journal* 635, 636 (1982); Paul Gewirtz, *Remedies and Resistance* [Remedios y resistencia], 92 *Yale Law Journal* 585, 589, 674-79 (1983).

¹² Ver Ross Sandler y David Schoenbrod, *Democracy by Decree: What Happens When Courts Run Government* [Democracia por órdenes judiciales: qué pasa cuando los tribunales manejan el gobierno] 139-82 (2003).

¹³ Ejemplos de esto incluyen la Ley de Derechos Civiles de las Personas Institucionalizadas de 1980, Pub. L. No. 96-247, 94 Stat. 349 (codificada con su reforma en 42 U.S.C. §§1997-1997j (2000)), que autoriza al Procurador General a promover demandas para remediar las condiciones "flagrantes y atroces" en las prisiones e instituciones de salud mental; las reformas de 1990 a la legislación federal de vivienda que autorizaron al Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano a solicitar intervenciones judiciales contra las autoridades de vivienda sostenidamente "problemáticas", ver 42 U.S.C. §1437d(j) (2000); la legislación estatal en Texas y en otras jurisdicciones que responde a las decisiones judiciales sobre la inconstitucionalidad de las condiciones de las escuelas, ver *infra* Sección II.A; y la legislación estatal en Nueva Jersey y en otros estados que respondió a las declaraciones de inconstitucionalidad sobre regulaciones locales del uso de la tierra, ver *infra* Sección II.E.

Este proceso de comparación disciplinada se realiza para facilitar el aprendizaje, al poner atención en las prácticas de las instituciones semejantes más exitosas. Tanto la declaración de objetivos como las normas de desempeño son consideradas provisionales y sujetas a revisión continua con participación de los interesados. De hecho, este remedio institucionaliza un proceso de aprendizaje y reconstrucción incesante. La regulación experimentalista es característica de la gobernanza en red y en múltiples niveles que está proliferando en Estados Unidos y en la Unión Europea. Implica procesos de toma de decisión que no son ni jerárquicos ni cerrados, y que permiten que personas con diferentes rangos, diferentes unidades e incluso organizaciones colaboren de acuerdo con lo que las circunstancias exija¹⁴.

En los casos que toman un enfoque experimentalista, los tribunales están más y a la vez menos involucrados en reconstruir las instituciones públicas de lo que lo estaban cuando Chayes escribió. Están más involucrados porque los remedios experimentalistas contemplan un proceso permanente de autoevaluación participativa y con ramificaciones, en vez de ajustes puntuales con criterios fijos. Pero, a la vez, los tribunales están menos involucrados porque las normas que definen el cumplimiento no son el producto del poder judicial, sino de los actores que se rigen por aquéllas. Al menos en perspectiva, las exigencias sobre las capacidades directivas de un tribunal y el riesgo relacionado con su legitimidad política son menores en este proceso colaborativo continuo que en una reforma “de arriba hacia abajo” bajo la dirección de un tribunal.

En cierta medida, la tendencia experimentalista ha sido receptiva a las limitaciones establecidas por la Corte Suprema¹⁵. Aunque las decisiones claves de la Corte de Rehnquist¹⁶ a veces parecen innecesariamente hostiles al litigio de interés público, son positivas dado que les exigen a los tribunales de primera instancia demostrar conexiones más fuertes entre los principios en los que basan sus declaraciones de responsabilidad y los mecanismos concretos que establecen como remedios. Aun así, más allá de esta exigencia general, las pautas de la Corte han sido ambiguas e incoherentes¹⁷. De hecho, las prácticas experimentalistas de los tribunales inferiores fueron mucho más allá de cualquier sugerencia de los tribunales superiores (o de lo que ellos

¹⁴ Ver, en general, Michael C. Dorf y Charles F. Sabel, *A Constitution of Democratic Experimentalism* [Una constitución de experimentalismo democrático], 98 *Columbia Law Review* 267 (1998); Joanne Scott y David M. Trubek, *Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union* [Cuidado con el hueco: el derecho y los nuevos enfoques a la gobernanza en la Unión Europea], 8 *European Law Journal* (2002). En su estudio sobre casos de discriminación en el empleo privado, Susan Sturm identificó un cambio en la práctica remedial de un enfoque verticalista en la “primera generación” de casos hacia uno experimentalista en la “segunda generación”, que es análogo al que identificamos en el litigio de interés público. Ver Susan Sturm, *Second Generation Employment Discrimination: A Structural Approach* [Segunda generación de discriminación en el empleo: un enfoque estructural], 101 *Columbia Law Review* 458, 465-75 (2001).

¹⁵ Ver, por ejemplo, *Lewis v. Casey*, 518 U.S. 343, 362 (1996) (que revoca una decisión sobre prisiones por ser “intrusiva de manera desmedida, de hecho, salvaje”); *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520, 562 (1979) (que rechaza órdenes que “implicaban a los tribunales inferiores en las minucias de las operaciones carcelarias”); *Bounds v. Smith*, 430 U.S. 817, 832 (1977) (que establece que hay muchas maneras aceptables de corregir una violación, y de incentivar la “experimentación local”); cfr. con *Ruiz v. Estelle*, 679 F.2d 1115, 1148 (Quinto Circuito, 1982) (“ordenarle a los funcionarios estatales que alcancen resultados específicos debería bastar; cómo van a alcanzar esos resultados debe ser librado a ellos, a menos y hasta que se demuestre que la intervención judicial es necesaria”).

¹⁶ [N. de T.] Se suele referir a la “Corte de Rehnquist” en alusión a la Suprema Corte Federal durante los años 1986 a 2005, en los que William Rehnquist fue el presidente del tribunal. En general, se considera a ésta como una corte conservadora, que se ocupó de reforzar la autonomía estadual y limitar la capacidad del estado federal de emitir normas que afectarían dicha autonomía.

¹⁷ Ver *infra*, sección IV.A

anticiparon). En este artículo ofrecemos una interpretación de la evolución del enfoque de la intervención de interés público como una expresión de lo que llamamos “derechos de desestabilización”¹⁸.

Los derechos de desestabilización son pretensiones de movilizar y abrir instituciones públicas que han fallado crónicamente en cumplir con sus obligaciones, y que están sustancialmente al margen de los procesos políticos normales de rendición de cuentas. El término pone la atención en un elemento común crucial de las pretensiones en las diferentes áreas del litigio de interés público, y en una dimensión de los remedios que es crítica para explicar la perspectiva de éxito de una intervención. El efecto de la intervención inicial de un tribunal es desestabilizar las expectativas de las partes previas al litigio, mediante efectos políticos, cognitivos y psicológicos que amplían la posibilidad de una colaboración experimentalista. Los sistemas de estándares y monitoreo que comúnmente surgen de la negociación sobre remedios permiten esta desestabilización y el aprendizaje que ella genera, para luego continuar por carriles más estrechos.

En la sección II de este artículo repasamos las áreas principales del litigio de interés público para ilustrar la tendencia a abandonar los enfoques de comando y control, y dar paso a los experimentalistas. En la sección III elaboramos la idea de derechos de desestabilización y argumentamos, en contra de Chayes, que dicha idea muestra una continuidad entre el litigio de interés público y la resolución de controversias tradicional del *common law*¹⁹. La sección IV muestra cómo la idea de derechos de desestabilización se relaciona con una serie de problemas que han preocupado a los tribunales superiores, incluida la relación entre derechos y remedios, la división de poderes, la responsabilidad del principal, y el problema de la representación de intereses. En cada caso, argumentamos que el experimentalismo provee una solución.

A fin de cuentas, nuestros argumentos sobre lo prometedor que es este nuevo enfoque son tan inciertos como los de Chayes. Concluimos con el mismo optimismo cauteloso que él expresó en 1976, basado al igual que en su caso en la simple observación. Sin embargo, ofrecemos algunas ideas sobre por qué este nuevo enfoque puede responder a las preocupaciones en las que se enfocó la doctrina legal desde que él escribió. Si nuestras convicciones tienen una base más firme que las de Chayes, eso se debe solamente a que el derecho de interés público, en su desarrollo reciente, ha pasado un examen vital: ha

¹⁸ El término y la idea vienen de Roberto Mangabeira Unger, *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy* [Falsa necesidad: teoría social anti-necesidades al servicio de la democracia radical], 530 (1987).

¹⁹ [N. de T.] En el contexto de este artículo, *common law* o derecho común se refiere en general al sistema jurídico desarrollado a partir de las costumbres inglesas medievales que aun hoy se aplica en los países de tradición anglosajona. El derecho común es un derecho tradicionalmente no escrito y centrado en la observación de los precedentes judiciales.

podido dar respuestas a cuestiones que sus defensores tratan de evitar, y que sus opositores piensan que no tienen solución²⁰.

II. La persistencia cambiante del litigio de interés público

En esta sección repasamos las cinco áreas principales de litigio estructural relacionado con funciones públicas: educación, salud mental, prisiones, policía y vivienda. En cada caso encontramos indicios de un cambio creciente y prometedor de intervenciones de comando y control hacia intervenciones experimentalistas.

El modelo de comando y control tiene tres características. Primero, intenta anticipar y expresar todas las directivas básicas de cumplimiento en una orden única, omnicomprendiva, y difícil de modificar. En segundo lugar, propone una evaluación del cumplimiento en términos de seguimiento por parte del demandado de prescripciones de conducta detalladas contenidas en aquella decisión. Estas prescripciones tienden a ser normas de proceso que ordenan conductas como medios para alcanzar objetivos, y no normas de desempeño que directamente ordenan objetivos y miden su cumplimiento. Y, por último, la tercera característica es el rol directivo del tribunal -o de un *special master*²¹- en la formulación de las normas remediales.

Ha habido un abandono relativamente claro y deliberado de las dos primeras características. La situación de la tercera característica -discrecionalidad judicial- es un poco más ambigua. Los tribunales han incentivado los remedios negociados desde el principio, pero los jueces y los *special masters* parecen estar más directivos que en el pasado²².

El cambio no ha sido completamente lineal. Las dudas sobre el modelo de comando y control aparecieron de manera temprana, y algunos remedios actuales siguen teniendo características de ese modelo. Pero la dirección general y natural de la tendencia parece clara.

²⁰ En su último trabajo sobre derecho internacional público, Chayes describió una tendencia en ese campo hacia los arreglos del tipo que nosotros llamamos experimentalistas. Ver Abram Chayes y Antonia Handler Chayes, *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements* [La nueva soberanía: cumplimiento con los acuerdos regulatorios internacionales], 25-26 (1995). El libro argumenta que la soberanía en el plano internacional ha terminado significando menos el poder de comando desde arriba, y más el poder de involucrarse con otros en discusiones sobre qué debe hacerse. Describe numerosos regímenes internacionales de fijación de estándares colaborativos, monitoreo, y revisión continua basada en parte en comparaciones con las experiencias de otros. Nuestro proyecto, por ende, puede ser visto como una revisión de los esfuerzos tempranos de Chayes por entender los cambios relacionados en el poder judicial y en el estado administrativo, en vista de su intuición posterior sobre la transformación más comprensiva del carácter de la soberanía democrática. Ver Harold Hongju Koh, *Book Review, Why Do Nations Obey International Law?* [Reseña de libro, ¿por qué las Naciones obedecen al derecho internacional?], 106 *Yale Law Journal* 2599, 2638-39 (1997) (que discute la relación del trabajo de Chayes sobre el litigio de interés público con su trabajo en derecho internacional).

²¹ [N. de T.] Los *special masters* son agentes que los jueces pueden nombrar para cumplir una función específica en un caso determinado, como por ejemplo encargarse del desarrollo e implementación de remedios en casos complejos.

²² Ver, por ejemplo, Susan P. Sturm, *A Normative Theory of Public Law Remedies* [Una teoría normativa de los remedios de interés público], 79 *Georgetown Law Journal* 1355, 1365-76 (1991). Al repasar casos de los 1970s y el comienzo de los 1980s, Sturm identifica e ilustra cinco enfoques judiciales de la formulación de remedios, cuatro de los cuales involucran una dirección fuerte por el juez o el *special master*. La discusión de Sturm sobre el quinto enfoque, la "deliberación consensual", anticipa proféticamente los desarrollos que nosotros discutimos aquí. Ver también Curtis J. Berger, *Away from the Court House and into the Field: The Odyssey of a Special Master* [Por fuera del tribunal y en el campo: la odisea de un *special master*], 78 *Columbia Law Review* 707, 708 (1978) (que reporta la experiencia de un *special master* muy directivo).

A. Escuelas²³

Ha habido tres olas sucesivas de litigio de interés público en relación con las escuelas²⁴. La primera consistió en las demandas federales de desegregación. La segunda involucró cuestionamientos en los tribunales estatales de la equidad de los sistemas de financiamiento educativo. La tercera mantiene las acciones en los tribunales estatales, pero cambia el foco normativo de la "equidad" a la "adecuación". El cambio de remedios verticalistas basados en reglas por intervenciones descentralizadas basadas en estándares es un hilo conductor relevante en esta evolución. El cuerpo más conocido de litigio de interés público es el esfuerzo monumental de los tribunales federales por desegregar las escuelas públicas del país. Estos esfuerzos tuvieron inicialmente algo de éxito en algunos estados, pero una resistencia masiva en sur del país los paralizó hasta que el Congreso aprobó la Ley de Derechos Civiles de 1964. Desde entonces, en especial entre 1968 y 1972, los tribunales federales supervisaron el dismantelamiento exitoso de la segregación en escuelas a las que asistían millones de niños y niñas, mediante demandas promovidas por actores privados y por el gobierno federal. La mayoría de estas escuelas se encontraban en condados de zonas rurales de los estados del sur²⁵.

Por fuera de esta zona, sin embargo, la desegregación fue impedida por una mezcla de control de las escuelas locales y movilidad residencial. Para establecer la responsabilidad de los demandados, los actores tenían que probar que la segregación había resultado de una conducta gubernamental y no de una segregación residencial causada por decisiones de individuos particulares. Los problemas de intención y causalidad eran complejos, los estándares vagos e inconsistentes, y el rango de la prueba potencialmente pertinente era enorme. Una política que tenía la intención patente de segregar, y que era exitosa en lograrlo, fácilmente generaría responsabilidad. Sin embargo, la situación era más difícil en los casos más comunes, en lo que los agentes públicos no expresaban abiertamente intenciones racistas, las políticas eran aparentemente neutras, y sus consecuencias ambiguas. Aun en los casos en los que se determinaba que había responsabilidad estatal, la doctrina en general limitaba el poder remedial de los tribunales a la conducta del estado dentro de un distrito. Cuando el distrito estaba segregado en términos residenciales, o cuando las personas blancas reaccionaban ante un remedio judicial mudándose, las opciones estaban seriamente limitadas. Desde el final de los 1970, los esfuerzos de desegregación a gran escala ya generaban una sensación de fatiga e inutilidad²⁶.

²³ Esta sección se basa en el trabajo de James S. Liebman y Charles F. Sabel, *A Public Laboratory Dewey Barely Imagined: The Emerging Model of School Governance and Legal Reform* [Un laboratorio público que imaginó Dewey Barely: el modelo emergente de gobernanza escolar y la reforma legal], 28 *New York University Review of Law & Social Change* 183 (2003).

²⁴ Ver Michael Heise, *State Constitutions, School Finance Litigation, and the "Third Wave": From Equity to Adequacy* [Constituciones estatales, litigio de financiamiento educativo, y la "tercera ola": de la equidad a la adecuación], 68 *Temple Law Review* 1151, 1153 (1995).

²⁵ Ver Rosenberg, *supra* nota 2, 94-105; Liebman y Sabel, *supra* nota 16, 195-201. Después de dos décadas de estabilidad, algunos de estos logros se han erosionado en los últimos años. Ver, en general, Sean F. Reardon y John T. Yun, *Integrating Neighborhoods, Segregating Schools: The Retreat from School Desegregation in the South* [Integrando barrios, segregando escuelas: el retiro de la desegregación en el Sur], 1990-2000, 81 *North Carolina Law Review* 1563 (2003).

²⁶ Ver, por ejemplo, *Missouri v. Jenkins*, 515 U.S. 70, 83-90 (1995) (desafortunadamente, dejando sin efecto por estar más allá de los poderes remediales del tribunal de primera instancia la orden de aquél de realizar esfuerzos elaborados y costosos para integrar las escuelas de Kansas City introduciendo el traslado voluntario de los estudiantes blancos suburbanos); *Morgan v. Nucci*, 831 F.2d 313, 315-17, 321 (Primer Circuito, 1987) (que confirma el abandono de los esfuerzos por parte del tribunal de primera instancia para lograr un equilibrio racial en las escuelas de Boston, sobre la base de que la segregación estaba basada en "obstáculos demográficos irresolubles").

Una segunda línea de casos sobre educación se enfocó en la equidad fiscal. Aunque la Corte Suprema rechazó la alegación de que la Cláusula de Protección Igualitaria²⁷ federal pusiera límites a la desigualdad en la financiación estadual de la educación²⁸, varias cortes estatales anularon sistemas de financiamiento escolar sobre la base de provisiones constitucionales locales. En total, las cortes de cerca de la mitad de los estados han considerado inconstitucionales los sistemas de financiamiento escolar²⁹. Aunque la igualdad en el financiamiento es una tarea remedial menos intimidante que des-segregar un área residencialmente segregada, la implementación de los remedios de equidad sobre financiamiento escolar también enfrentó dificultades y decepciones. Algunos estados, especialmente California, parecen haber alcanzado la igualdad nivelando hacia abajo: aumentado las contribuciones relativas de los distritos más pobres, pero limitando el apoyo general al sistema educativo³⁰. En otros casos, el aumento en el financiamiento no generó una diferencia perceptible en el desempeño de los distritos más pobres³¹.

Tanto en los casos de desegregación como de equidad fiscal, los tribunales se sintieron compelidos a abordar cuestiones de calidad educativa. La premisa de *Brown v. Board of Education*³² era que la segregación era mala, no solo en sí misma, sino también porque generaba educación de mala calidad³³. Por el contrario, la desegregación generaría mejor educación. Cuando la desegregación parecía inalcanzable, el mejoramiento educacional directo apareció como un remedio alternativo apropiado. Más aun, en la medida en que la desegregación requería incentivos para las personas blancas para que se quedaran voluntariamente en escuelas públicas urbanas, los mejoramientos directos de la calidad educativa podrían generar dichos incentivos, por lo que la conexión lógica entre desegregación y calidad se daba en ambos sentidos.

La práctica remedial evolucionó con estos avances sustantivos. La implementación de la desegregación impulsó a los tribunales a realizar

²⁷ Esta cláusula (Equal Protection Clause) fue incorporada a la Constitución Federal en 1868 en la Enmienda 14 y asegura a todas las personas la protección igualitaria de las leyes por parte de los estados. La cláusula se enmarca en los esfuerzos de reconstrucción posteriores a la guerra civil, orientados a asegurar los derechos de las personas negras entonces liberadas de la esclavitud. La cláusula fue más tarde usada por el gobierno y los tribunales federales para asegurar el tratamiento igualitario por parte de los estados locales en muchas otras áreas más allá de la igualdad racial.

²⁸ Ver *San Antonio Indep. Sch. Dist. v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 54-55 (1973).

²⁹ Ver *Advocacy Ctr. for Children's Educational Success with Standards* [Centro de defensa del éxito educativo de los niños], *Status of School Funding Litigations in the 50 States* [Estado del litigio por financiamiento educativo en los 50 estados] (27 de junio de 2003) (que informa una "victoria de los actores" en casos de financiamiento educativo en veinticinco estados), disponible en <http://www.accessednetwork.org/litigation/TableofLitigationStatusfor50states.pdf>.

³⁰ Ver, por ejemplo, *William A. Fischel, Did Serrano Cause Proposition 13? [¿Serrano causó la propuesta 13?]*, 42 *National Tax Journal*. 465, 466 (1989) (que describe la nivelación hacia abajo en California).

³¹ Ver *Eric A. Hanushek, Conclusions and Controversies About the Effectiveness of School Resources* [Conclusiones y controversias sobre la eficiencia de los recursos educativos], *Federal Reserve Bank N.Y. Econ. Policy Review*, Marzo de 1998, páginas 15-16; cfr. con *Abbott v. Burke*, 575 A.2d 359, 374-75 (New Jersey, 1990) (que ordena un incremento del gasto, a la vez que reconoce que no hay "suma de dinero que pueda borrar el impacto de los factores socio-económicos que definen y causan las desventajas de los estudiantes").

³² *Brown v. Board of Education of Topeka* (347 U.S. 483) es un caso emblemático de 1954 en el que la Corte Suprema Federal declaró inconstitucionales los sistemas de educación pública segregados para personas negras en una serie de estados del sur de los estados unidos. La decisión suele ser considerada como icónica de los esfuerzos del Estado Federal por acabar con la discriminación racial en dichos estados.

³³ Ver 347 U.S. 483, 493 (1954).

una supervisión extensiva de la administración escolar. La preocupación por la asignación de estudiantes a las escuelas se seguía directamente de la preocupación por la integración. Dada la fuerte conexión entre raza y residencia, y la tradición de asistir a escuelas locales, los tribunales no podían ignorar las decisiones de instalación de nuevas escuelas. Los tribunales también tenían que realizar esfuerzos para asegurar que los niños pertenecientes a minorías no fueran maltratados o implícitamente desfavorecidos, por ejemplo, con medidas de disciplina abusivas o al no sancionarse a quienes los acosaban. Además, dado que los estudiantes pertenecientes a minorías posiblemente estarían más cómodos en escuelas con docentes también pertenecientes a minorías, las políticas sobre personal también se volvieron relevantes. Una vez que los tribunales fijaron el mejoramiento de la calidad educativa como una meta remedial, prácticamente todos los aspectos de la política educativa parecían importantes. Cuando los demandados eran recalcitrantes, los tribunales tendían a aumentar tanto el alcance como el detalle de sus órdenes. Por ende, las decisiones parecían códigos regulatorios muy detallados, que comprendían varios aspectos de la administración pública³⁴.

La preocupación por la calidad educativa es más prominente en la tercera ola de casos. Estos son casos estatales recientes, que no se basan (o no se basan solamente) en pautas de equidad, sino en disposiciones comúnmente presentes en las constituciones estatales que exigen una “educación pública adecuada”³⁵, “un sistema comprensivo y eficaz de escuelas gratuitas”³⁶, o “un programa educativo de alta calidad”³⁷. En estos casos, el foco de los reclamos de los actores es la omisión del estado en cumplir normas de calidad y eficacia mínimas³⁸. En las oportunidades en que los tribunales encontraron al estado responsable, las legislaturas han respondido tanto con financiamiento como con apoyo estructural, aunque muchas veces sin satisfacer totalmente a los tribunales o a las partes. Estos esfuerzos judiciales convergieron varias veces con un gran activismo cívico sobre temas de reforma educativa. En Kentucky y Texas, por ejemplo, las demandas se valieron de Comisiones, nombradas políticamente, de personas de negocios, profesionales, y líderes cívicos³⁹. La

³⁴ Ver, por ejemplo, *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Bd. of Educ.*, 402 U.S. 1, 22-31 (1971) (que confirma una decisión que se aboca a las cuotas raciales, la existencia de escuelas con estudiantes de una sola raza, la zonificación de la asistencia escolar, y el transporte de los estudiantes); *United States v. Montgomery County Bd. of Educ.*, 395 U.S. 225, 232-37 (1969) (que confirma una decisión que ordena proporciones de estudiantes pertenecientes a minorías sobre los estudiantes no pertenecientes a minorías); *Singleton v. Jackson Mun. Sch. Dist.*, 419 F.2d 1211, 1217-19 (Quinto Circuito, 1970) (por el tribunal en pleno) (que confirma una decisión que regula la desegregación del personal, los traslados de estudiantes, el transporte, la construcción de nuevas escuelas, y el sistema de asistencia entre escuelas); *Morgan v. Kerrigan*, 401 F. Supp. 216, 265-70 (Distrito de Massachusetts, 1975) (que requiere el desarrollo de comités, la emisión de informes detallados y la propuesta de un esquema temporal detallado); *Carr v. Montgomery County Bd. of Educ.*, 289 F. Supp. 647, 654-56 (M.D. Alabama 1968) (que ordena un plan de desegregación que abarca profesores y personal, construcción de nuevas escuelas, y transporte); ver también la Nota, *Implementation Problems in Institutional Reform Litigation* [Problemas de implementación en el litigio de reforma institucional], 91 *Harvard Law Review*, 428, 457 (1977) (“la orden del tribunal debe ser cuantitativa y precisa, e incluir plazos para alcanzar tareas específicas”). Mirando hacia atrás a los precedentes de desegregación escolar en un caso de vivienda social, la Corte Suprema de Massachusetts escribió: “[d]ado que las órdenes se enfrentan a la indiferencia o incumplimiento por parte del demandado, hay justificación para directivas más detalladas, más limitación de la discrecionalidad. La regla general puede ser que cuanto más duren las violaciones legales y la decisión remedial, más imperativa y controladora será la siguiente orden. *Perez v. Boston Hous. Auth.*, 400 N.E.2d 1231, 1249 (Mass. 1980) (Kaplan, J.) (citas omitidas).

³⁵ Constitución de Georgia, art. VIII, §1, p. 1.

³⁶ Constitución de West Virginia, art. XII, §1.

³⁷ Constitución de Virginia, art. VIII, §1.

³⁸ Ver Heise, supra nota 17, p. 1153; Liebman y Sabel, supra nota 16, págs. 202-07.

³⁹ Ver Liebman y Sabel, supra nota 16, págs. 233-34, 243-44, 251-55.

participación ciudadana en la etapa de remediación en el litigio por reforma educativa no es un fenómeno nuevo, pero parece haberse vuelto más prominente tanto en la teoría como en la práctica en los 1990. Tomando un tema de nuestra colega Susan Sturm, el patrocinante de un caso sobre financiamiento educativo en Nueva York litigado en 1996 argumentó que el involucramiento extensivo de los padres, maestros, empresas y organizaciones de la sociedad civil en la formulación e implementación de los remedios fue esencial para el éxito de dichos casos. Ellos propusieron un modelo “dialógico” de reforma, en el que los remedios surgían de la deliberación entre un rango lo más amplio posible de partes interesadas⁴⁰.

Los regímenes remediales en los casos más ambiciosos de este nuevo litigio de interés público no implican una serie comprensiva de regulaciones del tipo encontrado en muchos casos de desegregación. Por ejemplo, los regímenes nuevos no contemplan una dirección judicial detallada o una centralización administrativa. Helen Hershkoff describió una de estas órdenes, en un caso de Alabama, como el establecimiento de una estructura para una reforma institucional, pero sin fijar el contenido preciso de la reforma⁴¹. En vez de ordenar una acción específica, las decisiones fijan objetivos y métodos para monitorear su cumplimiento.

Estos regímenes más ambiciosos han sido influenciados por el movimiento de la “nueva rendición de cuentas” en la reforma educativa. Ese movimiento resulta de la interacción de tendencias centralizadoras y descentralizadoras a la vez. El patrón centralizador enfatiza la importancia de la medición del desempeño de manera comparativa, y de los incentivos materiales. El elemento descentralizador prescribe la delegación de la autoridad sobre la instrucción en el aula por parte los agentes públicos nacionales y estatales en favor de los distritos, directores de escuelas y maestros (y, en ocasiones, los padres). La combinación de monitoreo basado en estándares y discrecionalidad local busca reconciliar la rendición de cuentas sistemática con las competencias locales⁴².

El régimen de Texas es uno de los que más se desarrolló en base a estos lineamientos. En 1989, la Corte Suprema de Texas declaró que el sistema de escuelas públicas estatales no cumplía con varias disposiciones de la constitución estatal, incluido el requisito de que el estado proveyera un “sistema escolar eficaz” y contribuyera a “la difusión general del conocimiento”. En consecuencia, rechazó dos paquetes legislativos aprobados específicamente para resolver esos problemas. Luego, en 1995, la Corte aceptó provisionalmente un nuevo

⁴⁰ Ver Michael A. Rebell y Robert L. Hughes, *Schools, Communities, and the Courts: A Dialogic Approach to Education Reform* [Escuelas, comunidades y los tribunales: un enfoque dialógico a la reforma educativa], 14 *Yale Law & Policy Review* 99, 114-36 (1996).

⁴¹ Helen Hershkoff, *Positive Rights and State Constitutions: The Limits of Federal Rationality Review* [Derechos positivos y constituciones estatales: los límites a la revisión por racionalidad federal], 112 *Harvard Law Review* 1131, 1190 (1999) (que describe *Harper v. Hunt*, No. CV-91-0117-R [Tribunal de Apelación de Alabama Condado de Montgomery, 1 de abril, 1993]). *Harper v. Hunt* se acumuló con *Alabama Coalition for Equity, Inc. v. Hunt and* y fue reimpresso en *Opinion of the Justices* No. 338, 624 So. 2d 107, 110 (Alabama, 1993).

⁴² El trasfondo del movimiento de la “nueva rendición de cuentas” está descrito en Liebman y Sabel, *supra* nota 16, págs. 214-31.

régimen legal que aumentaba el financiamiento y creaba el Régimen de Rendición de Cuentas del Sistema de Escuelas Públicas de Texas⁴³. La ley ponía a la Comisión de Educación del estado a cargo del sistema. La Comisión está a cargo de diseñar instrumentos de evaluación para comprobar el conocimiento de los estudiantes en áreas y habilidades básicas, y de aplicarlos en determinados puntos de la trayectoria educativa. Las escuelas están obligadas a planificar y a dirigir recursos específicos para mejorar el desempeño de los estudiantes con peores calificaciones, sin tener en cuenta su raza.

Bajo el sistema de Texas, las escuelas y los distritos escolares son evaluados anualmente sobre la base de los resultados de exámenes y otros indicadores, como deserción y tasas de graduación, presentismo, resultados del examen SAT⁴⁴, y promoción de cursos avanzados. El rendimiento relativo es comparado con un grupo de escuelas con características similares, en base a indicadores tales como el rendimiento académico anterior, estatus socioeconómico, etnicidad, y habilidad limitada para el inglés de los estudiantes. Los establecimientos que se desempeñan mejor son identificados y premiados. Los que se desempeñan peor tienen que desarrollar planes específicos de mejoras, con asistencia técnica externa. En el caso de que el mal desempeño continúe, esas escuelas se ponen bajo intervención o en un proceso de reconstitución^{45 46}.

El proceso de Texas es sustancialmente transparente, estando las puntuaciones de las escuelas y distritos escolares y otra información relacionada disponibles en internet. Además, los padres reciben por correo evaluaciones sobre las escuelas de sus hijos. Los casos de la Corte Suprema local generaron una movilización notable de empresas y organizaciones de la sociedad civil; y, al menos en algunas áreas, parece que las reformas generaron también un involucramiento extensivo de los padres en los asuntos escolares⁴⁷. El nuevo enfoque de rendición de cuentas es generalmente visto como el desarrollo reciente más prometedor en materia de reforma de la educación pública. De hecho, algunas jurisdicciones adoptaron iniciativas similares sin una orden judicial previa⁴⁸. Aunque es muy pronto para concluir que los esfuerzos judiciales de esta clase han sido exitosos,

⁴³ Ver *Edgewood Indep. Sch. Dist. v. Meno*, 917 S.W.2d 717, 725-30 (Texas, 1995); ver también el Código Educativo de Texas, Anotado, cap. 39 (Vernon 1996 y Supp. 2004) (que fija los estándares y deberes bajo el programa del Sistema de rendición de cuentas de escuelas públicas. Tanto los esquemas de Texas como de Kentucky, que tienen muchas características comparables, están descritos en Liebman y Sabel, supra nota 16, págs. 231-66.

⁴⁴ [N. de T.] Las pruebas SAT son exámenes estandarizados que hace mucho tiempo se utilizan para la admisión en universidades estadounidenses.

⁴⁵ [N. de T.] Este proceso refiere al reemplazo de todo el personal de una escuela, en casos muy extremos.

⁴⁶ Código Educativo de Texas, Anotado, §§39.023-.028, 39.051-.054, 39.071-.076, 39.093-.095, 39.131 (Vernon 1996 & Supp. 2004).

⁴⁷ Ver Liebman y Sabel, supra nota 16, págs. 233-34, 243-46. No todas las formas de participación pública o "involucramiento" tienen este carácter descentralizado. Algunas veces esos esfuerzos son diseñados, simplemente, para generar información sobre las preferencias de los padres y las prácticas de las escuelas, para el uso de estructuras organizacionales centralizadas, o para generar apoyo de organizaciones de base a programas que ya fueron diseñados por quienes controlan el litigio. El uso de grupos focales basados en prácticas de campañas electorales parece más una movilización verticalista que el desarrollo de una capacidad permanente y local de participación, que contemplan las reformas más ambiciosas.

⁴⁸ La No Child Left Behind Act [Ley para que Ningún niño sea dejado atrás] de 2001, Pub. L. No. 107-110, 115 Stat. 1425 (2002) (codificada en secciones sueltas en 20 U.S.C.), que fue inspirada por el enfoque de Texas, ordena o incentiva la adopción de algunas de las características de aquél pero a nivel nacional. Ver Liebman y Sabel, supra nota 16, págs. 283-300.

hay varias jurisdicciones en las que los tribunales siguen siendo actores claves en los esfuerzos de reforma más ambiciosos. Por último, destacamos que las tendencias análogas a las que se advierten en estas iniciativas sobre educación en general también se advierten en el área de educación especial para personas con discapacidad. La Ley Federal sobre Personas con Discapacidad⁴⁹ y varias leyes estatales crean obligaciones de no discriminar a los estudiantes con discapacidad, de hacer adaptaciones para ellos, y de responder a sus pedidos de servicios de acuerdo con procedimientos determinados. En este caso también los primeros litigios de interés público parecen haber tomado una orientación de comando y control, conteniendo regímenes administrativos elaborados basados en reglas y abocados a cuestiones como el tiempo para procesar las evaluaciones de los estudiantes, la cantidad y formación del personal, y las prácticas para asignar estudiantes a escuelas. Los operadores luego se volvieron insatisfechos con lo que algunos caracterizaron como un enfoque orientado a los insumos, tanto en la supervisión judicial como administrativa⁵⁰. Siguiendo el espíritu del nuevo enfoque de rendición de cuentas en la educación en general, las reformas de 1997 a la Ley Federal de Educación Especial les exigieron a los estados que fijaran metas de cumplimiento y midieran el progreso con evaluaciones estandarizadas⁵¹.

La aparición de una perspectiva orientada a los resultados aparece clara *Vaughn G. v. Mayor and City Council of Baltimore*. En el año 2000, cuando el caso ya tenía casi dos décadas, las partes acordaron en que la complejidad de la orden judicial estaba obstaculizando tanto la implementación como las intenciones de renegociación. El incumplimiento era extendido, y tanto los actores como los demandados estaban trabados en discusiones sobre detalles pequeños que los distraían de sus objetivos centrales. En consecuencia, acordaron reemplazar su detallado “plan de cumplimiento a largo plazo” por una “homologación que aprueba objetivos finales medibles”. La decisión de seis páginas establece dieciséis objetivos y procedimientos específicos para medir el progreso en alcanzarlos. Algunos de estos objetivos se relacionan con la generación de datos y los sistemas de monitoreo para medir el desempeño; otros involucran normas procedimentales, y en ese caso se establecen tasas de cumplimiento (por ejemplo, la orden determina un cumplimiento del 95% con los plazos de procesamiento de postulaciones).

Los otros resultados determinados por *Vaughn G.* se relacionan con objetivos educativos. Por ejemplo, los demandados se comprometieron a aumentar las tasas de egreso escolar de estudiantes con discapacidad de 50% a 57% en tres años, a aumentar la participación de los estudiantes con discapacidad en programas vocacionales en el mismo porcentaje que los estudiantes sin

⁴⁹ 20 U.S.C. §§1400-1487 (2000).

⁵⁰ Ver Thomas Hehir y Sue Gamm, *Special Education: From Legalism to Collaboration*, en *Law and School Reform: Six Strategies for Promoting Educational Equity* [Educación especial: del legalismo a la colaboración, en *Reforma legal y educativa: seis estrategias para promover la equidad educativa*] 205, 234 (Ed. Jay P. Heubert, 1999).

⁵¹ Ver 20 U.S.C. §1412(a)(16)-(17) (2000).

discapacidad, y a proveer al menos al 18% de los estudiantes con discapacidad con servicios requeridos en las escuelas a las que hubieran asistido de no tener una discapacidad. Estas normas fueron derivadas de datos a nivel estadual sobre el desempeño de la educación especial, con algunos ajustes que se negociaron. El desempeño de los demandados bajo este nuevo enfoque ha sido variado, pero parece haber mejorado, y los actores advierten que sus propios esfuerzos de monitoreo están mejor encauzados⁵².

B. Salud Mental

Los casos de salud mental quizás sean la categoría menos controversial del litigio de reforma estructural. Sin dudas, la experiencia judicial típica en esta área ha involucrado las mismas demoras, frustraciones y recalcitrancias que plagaron los esfuerzos en otras áreas. Pero cuanto menos se acepta comúnmente que hubo un nivel moderado de éxito en varios casos que involucran personas con discapacidades del desarrollo. Casualmente o no, la evolución que discute este artículo -de intervenciones de comando y control a intervenciones descentralizadas e indirectas- es especialmente clara y consciente en estos casos.

Los lineamientos del litigio de salud mental fueron establecidos por dos desarrollos convergentes. El primero fue la emergencia de una doctrina legal que reconocía los derechos a un tratamiento y condiciones de vida dignas de las personas que tenían su libertad restringida involuntariamente a raíz de una discapacidad intelectual. A partir de los 1960, los tribunales articularon esos derechos como un asunto de derecho constitucional. Dichos derechos fueron desarrollados en más detalle en la legislación estadual y federal. El Congreso autorizó específicamente al Departamento de Justicia a demandar a las instituciones de salud mental en la Ley de Derechos Civiles de las Personas Institucionalizadas de 1980, y el Departamento lo hizo (con menos celo que lo que los activistas hubieran deseado, pero en mayor medida de lo que sucedió en el caso de las prisiones). Y las barreras procedimentales frecuentemente creadas por los tribunales y las legislaturas en los casos de litigio sobre prisiones en general no estuvieron presentes en el campo de la salud mental⁵³.

El segundo desarrollo fue el del movimiento de desinstitucionalización. Los orígenes intelectuales de este movimiento tuvieron lugar en las profesiones de tratamiento de pacientes. Los reformistas argumentaron que la mayoría de las personas con discapacidad intelectual institucionalizadas en grandes establecimientos públicos estarían mejor de ser externadas, o como residentes

⁵² Ver Sentencia de Homologación que aprueba los últimos resultados medibles, Vaughn G., No. 84-1911 (D. Md., presentado el 4 de mayo de 2000) (en el archivo de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de Harvard); entrevista telefónica con Donna Wulkan, abogada de los actores, Vaughn G. (17 de marzo de 2003); entrevista telefónica con Thomas Hehir, experto designado por el tribunal, Vaughn G. (20 de mayo de 2003). Hehir, un académico con educación de Harvard que influyó fuertemente el cambio en la orientación remedial de Vaughn G., está ayudando a desarrollar un enfoque similar en un caso pendiente de educación especial en Los Angeles, Smith v. Los Angeles Unified School District, CV 93-7044-LEW (GHKx) (C.D. Cal.). En relación con un esfuerzo anterior en esta línea, ver Michael A. Rebell, Allen v. McDonough: Special Education Reform in Boston, en *Justice and the School Systems: The Role of Courts in Education Litigation* [Allen v. McDonough, La reforma a la educación especial en Boston, en La justicia y los sistemas escolares: el rol de los tribunales en el litigio de educación] 70, 74-87 (Ed. Barbara Flicker, 1990).

⁵³ Ver, en general, 2 Michael L. Perlin, *Mental Disability Law: Civil and Criminal* [Derecho sobre la discapacidad intelectual: civil y penal] 3152 (segunda ed., 1999); 3 Perlin, *supra*, págs. 145-281 (segunda ed., 2000).

de instituciones con pequeñas comunidades. La institucionalización limitaba el rango de sus asociaciones personales y sus actividades de un modo que resultaba opresivo y asfixiante, y por ende impedía la rehabilitación; en cambio, una integración mayor en la vida social normal sería ventajosa desde un punto de vista terapéutico. Además, las instituciones pequeñas y comunitarias serían más accesibles al monitoreo formal e informal (tanto por los parientes como por las organizaciones de incidencia) de lo que son las instituciones grandes y aisladas⁵⁴.

La crítica profesional de la institucionalización se mezcló con el impulso libertario de la doctrina legal sobre el encierro. Los abogados progresistas apoyaban un derecho a la intervención eficaz "menos restrictiva". Esto implicaba que la institucionalización no era aceptable cuando una alternativa comunitaria era adecuada, o incluso preferible. Aunque la Corte Suprema nunca aceptó totalmente este principio como parte del derecho constitucional, sí surgió un apoyo a él en leyes y regulaciones⁵⁵.

También hubo grandes incentivos fiscales que apoyaron la desinstitucionalización. Los 1970 fueron un tiempo de presión fiscal, e incluso las peores instituciones de salud mental era caras. La posibilidad de ahorrar dinero al cerrarlas era una opción atractiva tanto para los gobiernos estatales como municipales⁵⁶.

La transición a instituciones comunitarias tenía una afinidad natural con las estructuras administrativas descentralizadas e indirectas. Aunque los organismos públicos algunas veces creaban y administraban sus propias instituciones comunitarias, era más común que buscaran organizaciones no gubernamentales que proveyeran servicios sociales, o incluso empresas, para esos fines. Y hasta los agentes públicos que aceptaban los modelos de comando y control dentro del gobierno no creían que estos fueran aplicables a la subcontratación de servicios públicos.

En palabras de Ronald Wisor:

El movimiento hacia las instituciones comunitarias transforma dramáticamente la función del gobierno de un proveedor del cuidado a un garante del cuidado. En este nuevo rol, la responsabilidad primaria del estado es establecer estándares de control de calidad detallados como la base de los contratos con los proveedores de servicios, y luego monitorear de cerca el desempeño para asegurar que esos estándares son respetados⁵⁷.

⁵⁴ Ver, en general, *Deinstitutionalization: Promise and Problems* [Desinstitucionalización, promesas y problemas] (Richard Lamb y Linda Weinberger, eds., 2003).

⁵⁵ Ver, por ejemplo, *Compilación oficial del Estado de Nueva York de Códigos, Reglas y Regulaciones*, tit. 14, §36.4(c)(2) (2003) (que requiere un plan de asignación para el alta de pacientes con afecciones mentales para intentar "capitalizar las fortalezas para permitir la asignación comunitaria menos restrictiva posible); id., §586.1(b) ("las residencias comunitarias son operadas para implementar el principio de la 'alternativa menos restrictiva'").

⁵⁶ Ver 3 Perlin, *supra* nota 42, págs. 65-74.

⁵⁷ Ronald L. Wisor, Jr., *Community Care, Competition and Coercion: A Legal Perspective on Privatized Mental Health Care* [Cuidado comunitario, competencia y coerción: una perspectiva legal sobre el cuidado a la salud mental privatizado], 19 *American Journal of Law and Medicine*, 145, 154-55 (1993).

Por ende, los casos de salud mental se enfocaron en dos clases de reformas. Primero, en tanto y en cuanto las grandes instituciones públicas siguieran abiertas, los tribunales intentaron hacerlas cumplir con los estándares mínimos de seguridad, sanidad, trato humano y tratamiento médico efectivo. En segundo lugar, los tribunales intentaron remplazar gradualmente estas instituciones por otras comunitarias. El cambio en la tendencia remedial desde el viejo derecho de interés público hacia el nuevo puede verse tanto en los esfuerzos por cambiar las viejas instituciones como en el paso a un modelo de cuidado comunitario.

La orientación de comando y control es clara en las decisiones de dos de los casos más conocidos de salud mental: *Wyatt v. Stickney*⁵⁸, que discutió las instituciones para personas con discapacidades psiquiátricas y del desarrollo en Alabama, y *New York State Ass'n for Retarded Children v. Carey*⁵⁹, relacionado con el instituto Willowbrook para personas con discapacidad del desarrollo en la ciudad de Nueva York. Cada una de las decisiones declaró varios derechos y obligaciones en términos generales, como el derecho de los pacientes a la "privacidad" y la obligación de proveer cuidado médico "adecuado". Cada uno incorporó también, por referencia, estándares aparentemente cambiantes establecidos por organizaciones con conocimiento relevante en el tema. Por ejemplo, la decisión de Alabama requería una dieta que cumpliera con los estándares nutricionales prescritos por la Academia Nacional de Ciencia.

Sin embargo, con relación a una amplia gama de asuntos las órdenes eran directas y específicas. La decisión en *Wyatt*, por ejemplo, ordenó que hubiera al menos un sanitario cada ocho pacientes, no más de seis pacientes por habitación, al menos 80 pies cuadrados de espacio por paciente en cada habitación, al menos diez pies cuadrados de espacio por persona en los comedores, temperaturas en los ambientes de entre 83 y 68 grados Fahrenheit, agua caliente a 110 grados Fahrenheit, y proporciones mínimas de pacientes-empleados para 35 categorías de personal⁶⁰.

Cinco años después de esta decisión, los demandados pidieron una modificación alegando que los procedimientos ordenados por el tribunal eran demasiado rígidos. Adujeron que muchos de los procedimientos de mantenimiento de registros y monitoreo eran "ritualistas e insignificantes". Además, varios de los estándares sobre tratamiento resultaron no tener sentido. Por ejemplo, el requisito de proveer seis horas por día de entrenamiento para cada residente era inapropiado para algunos residentes con discapacidades muy severas (que, de hecho, eran la mayoría de los pacientes dado que aquellos con discapacidades más leves fueron transferidos a instituciones comunitarias). Estos pacientes no habían demostrado ninguna capacidad de beneficiarse de un entrenamiento tan exhaustivo; por el contrario, en ocasiones resultaba una experiencia no placentera y demasiado exigente para ellos. Sin embargo, el tribunal denegó la petición, sosteniendo que las disposiciones en cuestión,

⁵⁸ 344 F. Supp. 373 (M.D. Alabama, 1972).

⁵⁹ 393 F. Supp. 715 (Distrito del Este de Nueva York, 1975).

⁶⁰ Ver *Wyatt*, 344 F. Supp. págs. 379-86; id. págs 395-407.

incluido el requisito de seis horas de entrenamiento, eran esenciales para el “derecho constitucional” de cada residente a un tratamiento efectivo⁶¹.

En el caso de Willowbrook, los demandados cuestionaron con éxito varias obligaciones específicas⁶², pero aceptaron algunas restricciones que eran relevantes para los actores. Una de estas disposiciones resultó ser especialmente discutida. La orden judicial requería que los miembros de la clase actora con discapacidades moderadas fueran transferidos a instituciones comunitarias con no más de quince camas, y que los pacientes con discapacidades más severas fueran transferidos a instituciones con no más de diez camas. Algunos años más tarde, los demandados le pidieron al tribunal que modificara su decisión para permitir transferencias de pacientes a instituciones de hasta cincuenta camas. Argumentaron que las instituciones comunitarias pequeñas eran más difíciles de desarrollar de lo que habían anticipado, y que los beneficios terapéuticos de las instituciones más grandes eran comparables. Como su par de Alabama, el tribunal federal de primera instancia de Nueva York denegó la petición, pero la Cámara de Apelaciones del Segundo Circuito dejó sin efecto esa decisión. La Cámara citó una decisión reciente de la Corte Suprema que sugería que un tratamiento acorde a un “juicio profesional” era suficiente a los fines constitucionales, y rechazó la pretensión a un derecho a la alternativa menos restrictiva⁶³. El tribunal se basó también en el principio de deferencia a los agentes de la administración pública en asuntos que entraban dentro de su discrecionalidad⁶⁴.

De alguna manera, los demandados de Wyatt probablemente tenían el mejor argumento. La negativa del tribunal de Wyatt a modificar su decisión conforme a la experiencia parece haber reflejado más su fuerte desconfianza hacia los demandados que su visión sobre el fondo del asunto. Por el contrario, la insistencia del Segundo Circuito en la deferencia administrativa una década más tarde parece basarse principalmente en la ansiedad que generaba que los tribunales estuvieran siendo involucrados en la “micro-gestión” y resolución de cuestiones de política pública sobre las que no tenían un conocimiento especial. Casos más recientes de interés público en materia de salud mental abandonan esta clase de especificidad en favor de formas de control más indirectas. Las decisiones se enfocan en objetivos más amplios y le dan a los demandados autonomía suficiente para determinar cómo alcanzarlos; ordenan mediciones precisas y obligaciones de informar respecto de su obtención; e institucionalizan mecanismos permanentes de reevaluación, disciplina y participación.

Una decisión reciente en un caso discutido por mucho tiempo que cuestionaba las condiciones de la institución para personas con discapacidad mental en el

⁶¹ El escrito del demandado y la decisión del tribunal fueron reimprimos en 1 Paul R. Friedman, *Legal Rights of Mentally Disabled Persons* [Los derechos de las personas con discapacidad mental] 813-60 (1979). Ver id., págs. 816-17, 822-33, 853-55.

⁶² Ver David J. Rothman y Sheila M. Rothman, *The Willowbrook Wars* [Las guerras de Willowbrook] 114- 19 (1984).

⁶³ *N.Y. State Ass'n for Retarded Children v. Carey*, 706 F.2d 956, 964-65 (Segundo Circuito, 1983) (con citas de *Youngberg v. Romeo*, 457 U.S. 307, 319 (1982)); ver también infra, Sección IV.A.

⁶⁴ Ver *Carey*, 706 F.2d, pág. 965.

Distrito de Columbia es ilustrativa de esta tendencia. El “Plan de Cumplimiento” negociado por las partes y aprobado por el tribunal evitó expresamente “prescripciones detalladas de políticas y procedimientos y capacitación del personal”. En cambio, adoptó un enfoque alternativo, en el que las partes y los expertos que ellas recomendaran tenían una oportunidad significativa de dar sus aportes en las políticas propuestas y en las iniciativas de capacitaciones antes de que se adoptaran, y los demandados podían analizar cuidadosamente esos aportes. En cada sección del plan donde se identificaba la necesidad de una política o procedimiento nuevo o modificado, se requería que el proceso de toma de decisiones conllevara colaboraciones estrechas entre los actores, los intervinientes (el Departamento de Justicia de los Estados Unidos), y los expertos que ellos recomendaran, antes de la adopción de esas políticas y procedimientos. Sin embargo, la decisión final sobre las políticas, procedimientos y programas de capacitación seguiría siendo de los demandados, en el entendimiento de que, si no abordaban los problemas serios presentados por los actores y el tercero, esto podría resultar en problemas de cumplimiento más adelante. En el análisis final, lo que se requiere es el cumplimiento con los criterios de resultados específicos, y las tareas identificadas son solo medios para ese fin⁶⁵. El plan consiste en una serie de metas presentadas de manera genérica (por ejemplo, “rehabilitación individualizada apropiada, y tratamiento en la comunidad en el entorno menos separado, más integrado y menos restrictivo”). Cada meta es acompañada por una serie de “tareas” específicas (por ejemplo, preparar planes individuales de servicio al menos anualmente para cada paciente) y de “criterios de resultado” (por ejemplo, que el paciente reciba los servicios identificados en su plan individual). El plan luego especifica el “método para evaluar el cumplimiento” para cada clase de criterio de resultado. El cumplimiento con la meta de provisión de servicios es evaluado revisando una base de datos computarizada de información sobre planes individuales, documentos sobre quejas, observación directa de muestras al azar del diez por ciento de los pacientes de los programas, y entrevistas con los administradores del caso y defensores.

Esto planes, tal como son elaborados, no siempre cumplen con su compromiso retórico de enfocarse en “resultados”. Un resultado es algo tan deseable en sí mismo como el bienestar físico, la salud, o las habilidades de la vida cotidiana. Sin embargo, es frecuente que los planes no busquen medir estos deseos del mismo modo en que los nuevos regímenes educativos buscan medir la enseñanza. Los “resultados” de los planes de salud mental miden en verdad procedimientos. El Plan del Distrito de Columbia, por ejemplo, mide si los servicios fueron prescritos de manera apropiada y provistos de acuerdo con esa prescripción, no si los servicios han mejorado en los hechos la vida de sus receptores. Si esta indefinición refleja las dificultades de desarrollar verdaderas medidas de resultados en este campo o el fracaso de los operadores para apreciar todo

⁶⁵ Plan de cumplimiento y conclusiones de *Evans v. Williams* de 2001, puntos 6-7 (Civil Action No. 76 293 SSH) (tribunal de primera instancia del Distrito de Columbia, presentado el 23 de enero de 2001) (notas al pie omitidas) (en el archivo de la biblioteca de la Facultad de Derecho de Harvard) [de ahora en más, el plan de D.C.], adoptado en *Evans v. Williams*, 139 F. Supp. 2d 79, 85 (D.D.C. 2001). Un ejemplo comparable es el plan de remediación adoptado en *United States v. Connecticut*, No. N-86-252 (Distrito de Connecticut, decisión del 21 de abril de 1998) (en archivo en la biblioteca de la Facultad de Derecho de Harvard).

el potencial del enfoque que han apoyado sigue siendo una cuestión sujeta a debate⁶⁶. En cualquier caso, incluso en esta forma “salomónica”, la intención y el efecto de esos planes es reducir la dependencia de reglas específicas predeterminadas.

El plan del Distrito de Columbia institucionaliza la participación a corto plazo de la clase actora mediante reuniones periódicas con los demandados realizadas por un special master, o por un “controlador independiente del tribunal”. También crea una institución permanente diseñada para facilitar la rendición de cuentas ante los pacientes y de sus familias. Esta institución es una organización sin fines de lucro independiente, el Fondo de Calidad para las Personas con Discapacidad. El Distrito de Columbia se comprometió a asignar al Fondo de Calidad \$11 millones inicialmente, y a proveer entre 1.5\$ y \$2 millones anuales, por diez años. La Comisión Directiva del Fondo fue designada por el alcalde, de entre una lista generada de modo conjunto por las partes; las vacancias ulteriores se llenarían por el voto de los miembros restantes. El fondo tiene un mandato amplio para monitorear los programas del distrito para las personas con discapacidad del desarrollo y para defender a los pacientes. Esto incluye la capacidad de demandar judicialmente al distrito. Más importante aún, el fondo tiene amplio acceso a la información sobre el desempeño de los programas del distrito para las personas con discapacidad del desarrollo.

Estas intervenciones judiciales parecen haber traído un cambio positivo. Las terribles condiciones de muchas instituciones de custodia fueron mejoradas, y varios pacientes fueron transferidos a instituciones comunitarias que ofrecen mejores condiciones y están sujetas a regímenes de monitoreo muy prometedores⁶⁷. Seguramente ningún caso se ha acercado a cumplir con todas las expectativas de quienes lo promovieron, y el sistema de salud mental sigue plagado de fallas desastrosas. Muchas personas anteriormente institucionalizadas en grandes establecimientos han sido externadas sin un cuidado o protección apropiados. Algunas han sido simplemente abandonadas,

⁶⁶ No hay dudas de que la medición del bienestar físico es difícil y controversial. Sin embargo, el plan de D.C. ignora algunos resultados que son fácilmente medibles, en favor de medidas menos directas. Por ejemplo, el cumplimiento con el objetivo de prevenir el daño físico accidental e intencional se mide solo en término de cumplimiento con las políticas para reportar, e investigar y dar seguimiento a los incidentes que generan lesiones. El “criterio de resultados” no incluye el número o la seriedad de las lesiones, que sin dudas es el “resultado” más pertinente. Plan de D.C., supra nota 54, págs. 31-32.

⁶⁷ Ver Halderman v. Pennhurst State Sch. & Hosp., 995 F. Supp. 534, 548 (Distrito del este de Pensilvania, 1998) (que encuentra una mejora sustancial en favor de los miembros de la clase a partir de cambios ordenados en el litigio de Pensilvania); L. Ralph Jones y Richard R. Parlour, Wyatt v. Stickney: Retrospect and Prospect [Wyatt v. Stickney: retrospectiva y perspectiva], págs. xi-xii (1981) (advirtiendo cambios positivos luego de Wyatt); Rothman y Rothman, supra nota 51, págs. 177-219 (que describe los esfuerzos exitosos por desarrollar asignaciones comunitarias y un sistema de monitoreo de los subcontratistas, bajo la decisión de Willowbrook; Wisor, supra nota 46, págs. 152-53 (que evalúa positivamente el sistema de asignaciones comunitarias y monitoreo de subcontrataciones establecidos bajo una sentencia homologaría en el litigio de Massachussets, pero también advierte que el poder del litigio para generar ese cambio es “bastante limitado”). Una investigación reciente del New York Times sobre las instituciones comunitarias de cuidado de Nueva York para los individuos con discapacidades psiquiátricas (a diferencia de actores con discapacidades del desarrollo, como en “Willowbrook”), descubrió condiciones deplorables. Ver Clifford J. Levy, For Mentally Ill, Death and Misery [Para las personas con afecciones de la salud mental, muerte y miseria], New York Times, 28 de abril de 2002, A1; Clifford J. Levy, Voiceless, Defenseless and a Source of Cash [Los que no tienen voz, los que no tienen defensa, y una fuente de dinero], New York Times, 30 de abril de 2002, A1. Estos descubrimientos ilustran la importancia de un monitoreo vigoroso en cualquier sistema de provisión de servicios a personas vulnerables. Los miembros de la clase de Willowbrook parecen haber estado mucho mejor. La sentencia homologatoria provee dos protecciones que no están disponibles para quienes no son miembros de la clase. Primero, hay una Comisión de Defensa de los Consumidores, cuyos miembros se designan por el estado de listas de candidatos remitidas por los actores, y que tiene un personal de tiempo completo de treinta personas que defiende a los residentes. En segundo lugar, los coordinadores del servicio de Medicaid con responsabilidad por los miembros de la clase solo tienen a cargo casos de veinte personas, la mitad de lo usual. Entrevista telefónica con Beth Haroules, abogado de la New York Civil Liberties Union y patrocinante de la clase de Willowbrook desde 1994 (octubre de 2002); correo electrónico de David J. Rothman, Profesor de Historia, Universidad de Columbia, y consultor de la clase de Willowbrook, dirigido William H. Simon (julio de 2002).

otras libradas a la suerte de subcontratistas mal pagos o mal monitoreados. Sería injusto, sin embargo, culpar al litigio de reforma estructural por estas fallas.

C. Prisiones

Los cuestionamientos al sistema penitenciario de Arkansas en 1969 y de Texas en 1972 dieron inicio a un periodo de intervención judicial enorme en las prisiones y cárceles del país. Las condiciones de las prisiones en cuarenta y un estados fueron declaradas inconstitucionales, como lo fueron también las condiciones de cientos de cárceles en todo el territorio. En diez estados, de acuerdo con lo que informan Malcolm Feely y Edward Rubin, la intervención judicial estuvo “dirigida virtualmente a cada aspecto de todas las instituciones”. Y agregan:

Los tribunales federales terminaron promulgando un código omnicomprendivo de administración de las prisiones, cubriendo asuntos tan variados como áreas de residencia, sistemas sanitarios, comida, vestimenta, cuidado médico, disciplina, contratación de personal, bibliotecas, trabajo y educación, Las decisiones en sí mismas, y muchas veces el cuerpo de normas que resultaba de ellas, determinaban requisitos en lo que puede ser descripto, dependiendo del punto de vista de cada uno, como un detalle meticuloso o insoportable. El voltaje de las bombillas de luz de las celdas, la frecuencia de las duchas, el contenido calórico de las comidas, todo eso era parte de los códigos que promulgaban los tribunales federales⁶⁸. La fase de implementación de muchos de estos casos ha durado décadas.

En general, los casos parecen haber traído mejoras significativas. En especial en los sistemas más complicados de los estados sur, la intervención ha llevado a la eliminación del uso autorizado o de rutina de la tortura; el abandono del trabajo para sujetos privados por parte de los presos, de la utilización de los presos para infligir castigos en las prisiones, y de otras estructuras gerenciales con mucho potencial para el abuso. Ha generado también cambios en el personal, la capacitación y la supervisión que profesionalizaron a los directivos; y ha traído al menos un mejoramiento moderado de la calidad material del encierro. Aunque muchas de las instituciones siguen siendo espacios sobrepoblados y peligrosos, son mejores de lo que eran, en varios aspectos⁶⁹.

Los cambios fueron apoyados en algunos sentidos, y dificultados en otros, por el hecho de que sucedieron en medio de un incremento inducido de la población carcelaria. Por un lado, el desorden creado por esta expansión abrió el sistema a cambios: implicaba la incorporación de nuevo personal y generaba presión, independientemente de las exigencias de los actores, por estructuras de dirección más eficaces. Por otro lado, la expansión y el desorden generaban mayor presión fiscal. Los reformistas tenían que encontrar recursos para pagar las mejoras de los prisioneros actuales al mismo tiempo que el sistema estaba creciendo para incorporar más.

⁶⁸ Feeley y Rubin, *supra* nota 6, págs. 40-41.

⁶⁹ *Id.*, 73, 93-95

En 1990, Susan Sturm advirtió algunos indicios de un cambio desde los modelos de comando y control hacia una regulación experimentalista (o lo que ella llamó “enfoque catalizador”)⁷⁰. Señaló casos en Hawai y Pensilvania en los que los tribunales, en vez de componer categorías omnicomprendivas de reglas específicas, le ordenaban a las partes y a sus expertos que formularan estándares generales de desempeño y luego establecieran cuerpos de monitoreo que tuvieran responsabilidad sustancial frente a los actores⁷¹. Más o menos al mismo tiempo, comenzó un movimiento para privatizar los servicios penitenciarios. Este movimiento implicó subcontratar prácticas análogas a las del campo de la salud mental, aunque en una escala más moderada. En general, esos servicios eran los de baja seguridad, instituciones de servicios intensivos -como casas de medio camino o centros para personas próximas a su liberación-, o servicios médicos en instituciones cerradas. En algunos casos, la subcontratación llevó a la fijación de estándares y de prácticas de monitoreo semejantes a las de las instituciones de salud mental. Liberó a algunos funcionarios ambiciosos de la rigidez asociada con las reglas de la administración pública, las prácticas de los sindicatos, y una fuerza de trabajo cerrada. De acuerdo con J. Michael Keating Jr., algunos funcionarios veían a la subcontratación como “una oportunidad no solo de identificar y clarificar objetivos, sino también de crear estructuras de incentivos designadas para promover el cumplimiento de esas metas”⁷² (aunque, por supuesto, de no haber supervisión por parte de las autoridades públicas la privatización también da lugar a abusos). Algunos esfuerzos aumentaron el apoyo para la creación de procesos con acreditación nacional, especialmente los de la Asociación Correccional Estadounidense y la Comisión Nacional sobre Salud de la Asociación Médica Estadounidense ⁷³.

Un desarrollo adicional fue la formación en varios estados, sea por iniciativa legislativa o administrativa, de cuerpos administrativos para monitorear las prisiones. Comúnmente, estos cuerpos operan tanto respondiendo a las quejas como con un proceso proactivo de auditorías. Los remedios de los juicios en

⁷⁰ Susan Sturm, *Resolving the Remedial Dilemma: Strategies of Judicial Intervention in Prisons* [Resolviendo el dilema remedial: estrategias de intervención judicial en las prisiones], 138 *University of Pennsylvania Law Review*, 805, 856-59 (1990).

⁷¹ Ver *id.*, 859 (discusión sobre *Jackson v. Hendrick*, 321 A.2d 603 (Pensilvania, 1974); y *Spear v. Ariyosha*, No. 84-1104 (Distrito de Hawai, 12 de junio de 1985)).

⁷² J. Michael Keating, Jr., *Public over Private: Monitoring the Performance of Privately Operated Prisons and Jails*, en *Private Prisons and the Public Interest* [Público sobre Privado: el monitoreo del desempeño de las prisiones y cárceles gestionadas de forma privada, en Prisiones privadas y el interés público], 130, 134 (Ed. Douglas C. McDonald, 1990)

⁷³ Una parte importante del proceso de acreditación de la Asociación Correccional Estadounidense (ACE) es una serie de cerca de cien “medidas de resultados”, que incluyen “el número de reclamos por pago a los trabajadores presentados por lesiones que resultaron del entorno físico (divididos por el número de las posiciones de personal); el “número de instancias en las que se usó la fuerza” (dividida por la población de infractores); y el “número de infractores liberados en los últimos dos meses que continúan el tratamiento por abuso de sustancias por seis meses luego de su salida” (dividido por el número de infractores que salieron durante los últimos doce meses). Los ajustes entre paréntesis están diseñados para posibilitar las comparaciones entre instituciones. Ver Asociación Correccional Estadounidense, *medición de resultados ACRS, hoja de trabajo*, disponible en http://www.aca.org/images/form_acrsoutcome.pdf (última visita 11 de enero de 2004). Los defensores de los presos rechazan la acreditación de la Asociación, recalando que el proceso incluye solamente al personal correccional, y que las auditorías no son públicas. También acusan a la Asociación de tener un procedimiento de monitoreo del cumplimiento muy laxo. Ver, por ejemplo, Elizabeth Alexander, *What’s Wrong With the ACA?*, [¿Qué es lo que está mal con la ACE?], 5 *National Prison L. Project Journal* 1 (2001); entrevista telefónica con David Fathi, abogado, Proyecto de Prisiones de la ACLU (18 de julio de 2002). Sin embargo, las decisiones homologatorias algunas veces incorporan estándares de la ACE en regímenes de monitoreo más elaborados, individualizados. Ver William J. Rich, *Prison Conditions and Criminal Sentencing in Kansas: A Public Policy Dialogue* [Las condiciones de las prisiones y las sentencias penales en Kansas: un diálogo de política pública], 11 *Kansas Journal of Law & Public Policy* 693, 702-04 (2002); entrevista telefónica con Mellie Nelson, Jefe Adjunto, Sección de litigio especial de la División de derechos civiles del Departamento de Justicia de los Estados Unidos (23 de septiembre de 2002).

muchos casos también impulsaron la creación de estos cuerpos de monitoreo⁷⁴.

Estos esfuerzos nunca fueron tan ambiciosos como las iniciativas análogas en materias de educación y salud mental. Claramente, hay mucha más resistencia pública a la participación de los presos y de sus defensores en la formulación de políticas públicas y en la administración, que a la participación de los pacientes de salud mental y sus defensores y, *a fortiori*, de los padres de los niños en escuelas. Y la resistencia natural de los administradores a la apertura al público de datos de desempeño ha sido menos cuestionada en el campo de las prisiones.

Un contrataque muy fuerte contra la intervención judicial tuvo lugar hacia el final de los 1980. Desde entonces, los casos de la Corte Suprema y las normas del Congreso han dispuesto que haya deferencia hacia el conocimiento de la administración pública, y han insistido en que la intervención judicial se circunscriba. Por ejemplo, un caso de la Corte Suprema que dejó sin efecto *injunctions*⁷⁵ de un tribunal inferior en materia de prisiones condenó enfáticamente el nivel de detalle (al igual que el alcance) de una decisión sobre las bibliotecas de las prisiones.

La orden especificaba con pormenores los horarios en que las bibliotecas tenían que permanecer abiertas, el número de horas de uso de la biblioteca a las que cada preso tenía derecho (10 por semana), los requisitos mínimos de educación de los bibliotecarios de las prisiones (un título en bibliotecología, derecho, o paralegal), el contenido de un curso de investigación legal grabado para los presos, y asuntos similares⁷⁶. Todos los jueces estuvieron de acuerdo en que esta orden había ido muy lejos. En 1996, el Congreso se involucró y sancionó la Ley de Litigio de Reforma Penitenciaria, que impuso una serie de limitaciones procesales sobre esa clase de litigio en los tribunales federales⁷⁷.

⁷⁴ Sobre organismos administrativos ver, por ejemplo, Código Penal de California, §§6125-6129 (Deering 2003) (que crea un Inspector General para las Prisiones); Fla. Stat. Ann. §20.315(6) (West 2003) (que crea la Comisión Correccional de Florida); 37 Tex. Admin. Code §251 (West 2003) (que especifica las prácticas y procedimientos de la Comisión sobre estándares de cárceles). Sobre remedios de litigios que fijan procedimientos de monitoreo, ver las sentencias homologatorias en *United States v. Michigan*, No. 97-CVB-71514-BDT (Distrito este de Michigan, 17 de agosto de 1999), y *United States v. Arizona*, No. 97-476-PHX-ROS (Distrito de Arizona, 11 de Marzo de 1999) (que provee procedimientos de queja para reclamos sobre conducta sexual inapropiada y crea una oficina administrativa para monitorear el proceso y recomendar respuestas sistemáticas para problemas recurrentes), ambas disponibles en <http://www.usdoj.gov/crt/split/findsettle.htm#Settlements>. Ver también el acuerdo de *United States v. Nassau County Sheriff's Dep't* (Distrito Este de Nueva York, 22 de abril de 2002) [de ahora en más, Acuerdo del condado de Nassau] (que provee la creación de un sistema de aseguramiento de la calidad y el mejoramiento para el cuidado médico y de salud mental), disponibles en http://www.usdoj.gov/crt/split/documents/Nassa_sher_agreem.htm

⁷⁵ [N. de T.] Una *injunction* es una clase remedio que prácticamente no tiene límites en cuanto a las características que puede asumir, dando mucha discrecionalidad a los tribunales. Puede tener tanto carácter cautelar como definitivo, y ordenar una conducta positiva o negativa.

⁷⁶ *Lewis v. Casey*, 518 U.S. 343, 347 (1996). El Juez Thomas describe la decisión en más detalle en las tres páginas de su concurrencia. Ver id. págs. 390-92 (concurrencia del Juez Thomas).

⁷⁷ Pub. L. No. 104-134, 110 Stat. 1321 (1996) (codificado con sus reformas en 11 U.S.C. §523(a) (2000); en 18 U.S.C. §3624(b), 3626 (2000); y en secciones sueltas de 28 y 42 U.S.C.). La ley requiere, entre otras cosas, que las *injunctions* contra los administradores de las prisiones sean "el medio menos intrusivo necesario para corregir la violación"; que luego de dos años los tribunales dejen sin efecto las *injunctions* en base a las solicitudes de los demandados, a menos que los actores prueben violaciones continuadas; que los presos agoten las vías administrativas; que los presos sean sancionados por peticiones "frívolas"; que las acciones de daños sean rechazadas a menos que se alegue una lesión física; y que los honorarios de abogados que otorga un tribunal estén sujetos a límites que no se aplican a la mayoría de las acciones civiles. Ver, en general, John Boston, *The Prison Litigation Reform Act* [La Ley de Litigio de Reforma Penitenciaria], en 1 *16th Annual Section 1983 Civil Rights Litigation* 687, 693 (PLI Litig. & Admin. Practice Series, Course Handbook Series No. H-640, 2000) (que resume los principios de la ley); David M. Adlerstein, *Nota estudiantil, In Need of Correction: The "Iron Triangle" of the Prison Litigation Reform Act* [En necesidad de corrección: el "triángulo de acero" de la ley de litigio de reforma penitenciaria], 101 *Columbia Law Review* 1681, 1685-87 (2001) (que discute el requisito de agotamiento de la ley). La legislación estadual comparable ha inhibido el litigio en los tribunales locales en algunas jurisdicciones. Ver Christopher E. Smith, *The Governance of Corrections: Implications of the Changing Interface of Courts and Corrections* [La gobernanza de los departamentos correccionales: implicancias de la interfase cambiante de los tribunales y los departamentos correccionales], en 2 *Criminal Justice 2000: Boundary Changes in Criminal Justice Organizations* [Justicia Penal 2000: cambios en los límites en las organizaciones de justicia penal] 113, 141 (Ed. Charles M. Friel, 2000).

Al igual que en el campo de la salud mental, los tribunales de apelación se volvieron crecientemente intolerantes hacia las órdenes de los tribunales inferiores que imponían limitaciones detalladas, como requisitos mínimos de espacio o restricciones solo indirectamente relacionadas con violaciones legales, como capacitaciones o requisitos de contratación de personal⁷⁸.

A pesar del número creciente de limitaciones legales y políticas, el volumen de litigio sobre prisiones sigue siendo sustancial, y aunque las órdenes estructurales tienden a ser más acotadas que en el pasado, siguen siendo frecuentes⁷⁹. Entre estas órdenes estructurales algunas parecen haber mutado hacia un modo más experimentalista de intervención. Un ejemplo de esto es *Sheppard v. Phoenix*⁸⁰, un caso de cuestionamiento a las prácticas del uso de la fuerza en unidades de máxima seguridad de las cárceles de la Ciudad de Nueva York. En 1998, las partes llegaron a un acuerdo que obligaba al Departamento Correccional a desarrollar e implementar nuevas políticas bajo la guía de dos expertos con extensa experiencia en reforma carcelaria, y bajo parámetros amplios establecidos en una "estipulación" de 104 párrafos. En su informe sobre el proceso de implementación, el tribunal notó que "la estipulación fue implementada para alcanzar sus metas, no para ajustarse a sus términos exactos". Aunque el Departamento adoptó varias políticas escritas, el informe del tribunal enfatizó el proceso de revisión, capacitación y monitoreo continuo, no las especificidades de las políticas. Los esfuerzos de monitoreo incluyeron un sistema mejorado de quejas para los presos, la grabación de situaciones de uso de fuerza que podían anticiparse, la instalación de cámaras en lugares aislados donde era esperable que ocurrieran incidentes, procedimientos detallados de informe e investigación para cada incidente, y la supervisión del Inspector General del Departamento, un agente independiente de la autoridad jerárquica del personal. A medida que surgían problemas, las políticas se revisaban. Por ejemplo, los incidentes reportados mostraban un gran número de altercados violentos entre presos y guardias que se generaban a partir de la negativa de los presos a cerrar los buzones de comidas. Estas negativas, en general acompañadas de gritos, se consideraban disruptivas y frecuentemente generaban que los guardias entraran a las celdas para forzar su cumplimiento. La investigación mostró que esos presos en general estaban protestando por la falta de consideración de sus exigencias legítimas de servicios. El Departamento respondió proveyendo entrenamientos para guardias sobre el modo adecuado de reaccionar y asignando consejeros de servicios sociales a la unidad. Los presos que se negaban repetidamente a cerrar sus buzones eran asignados a celdas especiales que minimizaban el contacto entre presos y guardias⁸².

⁷⁸ Ver, por ejemplo, *Ruiz v. Estelle*, 679 F.2d 1115, 1144, 1148 (Quinto Circuito, 1982) (que deja sin efecto unas decisiones que requerían que no hubiera más de un preso por celda y reorganizaban la estructura directiva de la prisión).

⁷⁹ En 1984, el 24.3% de las instalaciones de prisiones estatales estaban sujetas a órdenes judiciales; en 2000, el 22,7%. Las cifras para las cárceles eran 15,1% en 1984 y 13,4% en 2000. El cambio en el alcance de las órdenes es más marcado. Un tercio de las órdenes en 1984 tenía de 12 a 13 asuntos bajo su regulación, y casi un tercio, de uno a tres. Para 1995, sin embargo, solo el 20% tenía doce o más, y cerca de dos tercios, de uno a tres. Margo Schlanger, *Inmate Litigation After the Deluge: Part II* [Litigio de personas privadas de su libertad luego de Deluge: Parte II], *Court Order Cases 9, 19* (26 de julio de 2002) (manuscrito no publicado, en el archivo de la biblioteca de la Facultad de Derecho de Harvard).

⁸⁰ 210 F. Supp. 2d 450 (Distrito sur de Nueva York, 2002)

⁸¹ *Id.*, 452.

⁸² *Id.*, 455.

El tribunal basó su decisión de terminar su jurisdicción en las mejoras de desempeño que midió. Las medidas incluían la cantidad de lesiones y de incidentes de uso de la fuerza, los tiempos de procesamiento de las investigaciones y cargos disciplinarios contra los guardias, y los reclamos sobre días de licencia médica y salariales de los guardias (que el tribunal trató como representativos tanto del bienestar físico como moral de aquéllos⁸³). El tribunal solo habló sobre la tendencia interna, y no hizo evaluaciones comparativas ni explicó por qué los resultados actuales debían ser considerados adecuados. Sin embargo, está claro que el tribunal definió el cumplimiento en base a objetivos básicos, y no a la conformidad con ciertas reglas.

Mientras que los abogados de los actores en *Sheppard* aceptaron que las cárceles habían hecho progresos importantes, también señalaron áreas en las que el cumplimiento se había estancado. La especificidad de sus críticas evidencia, sin embargo, que el sistema de monitoreo era suficientemente informativo para guiar reformas en el futuro. Los abogados de los actores pueden, por ejemplo, documentar una tendencia a la suba de los incidentes de uso de la fuerza cuando llega personal nuevo, lo que los lleva a recomendar mejoras en las capacitaciones y la supervisión de las búsquedas laborales. También pueden atribuir fallas específicas en los sistemas de reporte a cierto personal en particular, y monitorear las sanciones aplicadas por incumplimiento de la decisión⁸⁴.

Plata v. Davis, un caso sobre una serie de cuestionamientos recientes a los servicios de salud en las prisiones, muestra un nivel similar de progreso⁸⁵. En un acuerdo muy conocido, el Departamento Correccional de California aceptó un remedio estructural centrado en un sistema que asegurara calidad con una rendición de cuentas significativa hacia profesionales externos y los miembros de la clase actora. El remedio estipulado en *Plata* no contiene, prácticamente, directivas sustantivas. En cambio, los demandados aceptaron promulgar políticas escritas y monitorear su cumplimiento de manera específica.

En primer lugar, el plan establece un panel de expertos a acordar por las partes, y prevé que las partes y los expertos desarrollen juntos de un “Instrumento de Auditoría” para puntuar el cumplimiento con las políticas. El plan también especifica el número mínimo de casos a auditar, el modo de selección, el proceso para resolver disputas entre auditores, y la puntuación mínima requerida para considerar que hay cumplimiento. En caso de incumplimiento, los actores tienen derecho a pedir un remedio ulterior no especificado.

El instrumento de auditoría tiene unos 125 elementos de cumplimiento. Muchos son procedimentales, y estos tienden a tener forma de una regla típica del viejo derecho de interés público: ¿se revisó a los pacientes en determinado

⁸³ Ver id., 456-60.

⁸⁴ Ver el informe de los actores al tribunal sobre la estipulación del acuerdo en *Sheppard v. Phoenix*, 210 F. Supp. 2d 450 (distrito del sur de Nueva York, 2002) (No. 91 Civ. 4148 (RPP)).

⁸⁵ Estipulación para un remedio de injunctions, *Plata v. Davis*, No. C-01-1351 TEH (Distrito del Norte de California, 29 de enero de 2002) [de ahora en más, Estipulación de Plata], disponible en <http://www.prisonlaw.com/platastip.pdf>. Para otro caso en esta misma línea, ver Acuerdo del Condado de Nassau, supra nota 63.

plazo? ¿Se documentaron adecuadamente las quejas y la historia médica? ¿Se proveyó un tratamiento como el indicado? Otros establecen pisos mínimos que requieren tratamiento apropiado, pero dejan librado al juicio profesional la decisión de lo que es un tratamiento adecuado en cada caso. Por ejemplo, si un paciente tiene la presión sanguínea más alta que 140/90, se requiere una intervención en los casos de pacientes en general; si la presión está por encima de 130/80, se requiere intervención solo en caso de pacientes diabéticos. Los expertos esperan integrar el proceso de auditoría con un sistema de medición del desempeño para "mejoramiento de la calidad" que está siendo desarrollado para las prisiones en general. El sistema va a especificar indicadores para la clasificación de pacientes con varios diagnósticos por condición (control "bueno", "adecuado" y "escaso"), en términos que van a facilitar la comparación entre prisiones⁸⁶.

El Plan de *Plata* también enfatiza la flexibilidad. Los demandados tienen libertad para revisar las políticas en tanto y en cuanto notifiquen a los actores (que pueden cuestionarlas en el tribunal).

El tratamiento provisto a cada preso va a considerarse adecuado si se conforma a las políticas del Departamento, o "si el médico documenta en sus notas que él o ella se está apartando de las políticas y procedimientos, y que esa desviación es consistente con los estándares de la profesión"⁸⁷.

El acuerdo le da al abogado de los actores amplio acceso a la información, incluyendo acceso a vastas categorías de documentos, contacto con presos, entrevistas orales con los empleados, y recorridos periódicos de las instalaciones de los demandados. También dispone un mecanismo de mediación entre las partes.

Del modo en que están actualmente estructurados, los remedios en los casos de prisiones son menos ambiciosos que en los casos comparables de salud mental. Hasta ahora, no han generado instituciones de monitoreo para la rendición de cuentas de las partes interesadas, como el Fondo de Calidad en el Distrito de Columbia⁸⁸ que va a seguir existiendo luego de la terminación de la decisión. Tampoco han generado acceso del público general a la información sobre desempeño del modo en que lo han hecho las reformas de Texas. Sin embargo, incluso en este estadio temprano, su impulso general parece estar en línea con el enfoque experimentalista, y es probable que este aspecto crezca con el tiempo. La medida en que el desarrollo experimentalista está limitado por la Ley de Litigio de Reforma Penitenciaria (LLRP) de 1996 no está claro. La ley buscó limitar la intervención en general, pero algunas de sus disposiciones pueden interpretarse como fomentando el cambio en dirección al experimentalismo.

⁸⁶ Entrevista telefónica con el Dr. Ronald Shansky, consultor del Departamento Correccional de California, (15 de octubre de 2002). Un repaso del enfoque de "mejoramiento de la calidad" reflejado en el acuerdo aparece en Gordon Schiff y Ronald Shansky, *Challenges of Improving Quality in the Correctional Setting*, en *Clinical Practice of Correctional Medicine* [Desafíos de mejorar la calidad en el contexto correccional, en *Práctica Clínica de medicina correccional*] 12, 12-25 (Ed. Michael Puzis, 1998).

⁸⁷ Estipulación de Plata, supra nota 73, al 11.

⁸⁸ Ver supra, págs. 1033-34.

Dos de sus disposiciones más controvertidas son un ejemplo de esto: la exigencia de que los presos agoten la vía administrativa antes de entablar una demanda⁸⁹ y el requisito de que las decisiones de injunctions finalicen luego de dos años, a menos que el tribunal encuentre que el remedio sigue siendo necesario para remediar violaciones actuales⁹⁰. Al menos en su apariencia, cada disposición parece compatible con un régimen ambicioso de intervención experimentalista.

La disposición de agotamiento de la vía reconoce que los agentes administrativos tienen la responsabilidad principal de hacer ciertas determinaciones. Desde un punto de vista experimentalista, el agotamiento contribuye al objetivo de desarrollar una capacidad permanente y autónoma de aprendizaje y auto-reforma por parte de las unidades penitenciarias. Ese principio es esencial en cualquier enfoque experimentalista.

Pero un enfoque efectivo debe proveer garantías contra los abusos del requisito de agotamiento que frustren revisiones, por ejemplo, al establecer rutinas administrativas que impongan demoras abusivas o requisitos técnicos para los presos. También tendría que establecerse una revisión externa de los procedimientos de quejas sobre las prisiones, tanto para resolver disputas individuales como para generar información útil para considerar problemas sistemáticos.

Tenemos un modelo para ese requisito de agotamiento en la Ley de los Derechos Civiles de las Personas Institucionalizadas de 1980, que autorizó al Departamento de Justicia a iniciar demandas para proteger los derechos de los presos y los pacientes de las instituciones de salud mental. El requisito de agotamiento en esa ley se limitó expresamente a “los remedios administrativos sencillos, rápidos y efectivos disponibles” y solo a procedimientos que hayan sido certificados por el Procurador General Federal como “respetuosos de estándares mínimos aceptables”⁹¹. De hecho, la ley usa la defensa del agotamiento como un incentivo para las prisiones para someterse al régimen de acreditación federal. Sin embargo, aparentemente el incentivo fue insuficiente. Entre las condiciones de certificación del Procurador General había un requisito de que los presos participaran en el desarrollo e implementación de los procedimientos. Muy pocas prisiones buscaron la certificación, en buena medida porque objetaban este requisito de participación⁹².

Aunque la disposición de agotamiento de la LLRP no requiere explícitamente que los procedimientos internos sean adecuados o certificados, serían razonable que los tribunales entendieran esa condición de adecuación como implícita. En

⁸⁹ 42 U.S.C. §1997e(a) (2000).

⁹⁰ 18 U.S.C. §3626(b)(1)(A)(i), (b)(3) (2000).

⁹¹ 42 U.S.C. §1997e(a)(1)-(2) (Supp. IV 1980) (derogada en 1996).

⁹² Ver Adlerstein, *supra* nota 65, pág. 1686 y n° 27.

buena medida, sin embargo, no lo han hecho⁹³ (sospechamos que no tanto debido a una interpretación coherente de la ley sino, más bien a la hostilidad visceral hacia las personas privadas de su libertad asociada con la aprobación de la ley).

La segunda disposición fundamental de la LLRP -que las *injunctions* se terminen después de dos años a menos que haya prueba de violaciones actuales- tuvo la intención por parte de sus redactores (y así fue percibida por los operadores) de funcionar como un impedimento sustancial a los remedios estructurales. Toma más de dos años hacer mejoras significativas en prisiones donde se registran violaciones graves. Además, el procedimiento de descubrimiento de pruebas (*discovery*⁹⁴) y los juicios asociados con la determinación inicial de violaciones de derechos son costosos y llevan mucho tiempo. Si estos procesos se tuvieran que repetirse cada dos años, los costos serían prohibitivos.

Pero no está claro que la disposición sobre terminación de la jurisdicción en dos años vaya a tener dicho efecto. En la medida en que los remedios tengan un tono experimentalista, no debería haber necesidad de hacer esfuerzos costosos para volver a establecer las violaciones, ya que los remedios experimentalistas generan transparencia. Una vez que se establece la responsabilidad, el proceso de prueba se entremezcla con el de implementación: uno de los focos principales de la implementación es la medición continua del cumplimiento. Las partes deberían estar de acuerdo, en la negociación remedial, sobre criterios y procesos de medición y sobre los pisos mínimos de desempeño. Un desempeño medido por debajo de los mínimos acordados debería bastar para establecer una violación⁹⁵.

En algunos aspectos, por ende, la doctrina sobre la reforma penitenciaria refleja el cambio de un enfoque de comando y control a uno experimentalista. Por otro lado, la doctrina es mucho menos empática a la intervención judicial de cualquier clase de lo que es la doctrina comparable en otras áreas que estamos discutiendo.

⁹³ Ver *Booth v. Churner*, 532 U.S. 731, 740-41 (2001) (que decide que un preso que solo busca daños monetarios debe agotar las vías administrativas para remedios no monetarios). Boston, supra nota 65, 724-25 n° 74-76 (que cita casos que deciden que la inadecuación del remedio administrativo no excusa la omisión de agotar el remedio). Nótese que la consecuencia de la omisión en agotar el remedio bajo la Ley del Litigio de Reforma Penitenciaria no es como bajo la Ley de los Derechos Civiles de las Personas Institucionalizadas (una suspensión de la actividad de un tribunal mientras el procedimiento administrativo esté pendiente) sino el rechazo, aun si el remedio administrativo ya no está disponible porque se venció el plazo para presentarlo. *Id.*, 726.

⁹⁴ [N. de T.] El *discovery* es una etapa de los procesos civiles regulada por la Regla Federal de Procedimiento Civil 26, donde las partes intercambian información vinculada con el caso para “descubrir” hechos y preparar así su discusión ante el juez o el jurado, o celebrar un acuerdo transaccional. Entre otras medidas, las partes pueden lograr el reconocimiento de lugares o cosas difíciles de trasladar, requerir la producción de documentos por parte de la contraria y obtener la declaración de partes y potenciales testigos. Existen reglas sobre el alcance de la información que puede ser solicitada en esta fase del proceso (en principio, de gran amplitud), plazos habilitados para responder los pedidos, y sanciones por incumplimiento.

⁹⁵ Cierta ambigüedad sobre el espacio para la remediación experimentalista surge de los requisitos de la Ley de Litigio de Reforma Penitenciaria y los principios federales de equidad que exigen que el remedio sea “el medio menos intrusivo posible”, o que “no se extienda más allá de lo necesario” para corregir una violación. 18 U.S.C. §3626(a). Este precepto podría ser interpretado como limitando los remedios experimentalistas, pero también es susceptible de una interpretación que incentivaría el experimentalismo. En una interpretación, la *injunction* menos intrusiva intentaría explicitar las condiciones mínimas de cumplimiento en detalle. En la interpretación alternativa, una *injunction* -como la de Plata- que ordenara una reestructuración extensiva de los procesos de fondo para darle a los agentes más flexibilidad para lidiar con los casos individuales sería menos intrusiva. En los casos por fuera del contexto penitenciario, en tanto y en cuanto las partes acuerden en el remedio, no hay necesidad de que el tribunal alcance esos asuntos. Sin embargo, las cuestiones son apremiantes bajo la Ley de Litigio de Reforma Penitenciaria, por las restricciones remediales que se aplican a los acuerdos, como así también a las decisiones del tribunal. 18 U.S.C. §3626(c)(1).

D. Abuso Policial

La aceptación del litigio de reforma institucional en el ámbito policial ha sido más lenta que en otras áreas. Hay explicaciones políticas y doctrinales para este fenómeno. La explicación política es que el miedo popular hacia el delito -y la sentimentalidad asociada a la policía- hacen que la intervención judicial parezca más costosa y arriesgada en estos casos.

La explicación doctrinal surge de la percepción judicial de que la policía no está supervisada de tan cerca y está en menor contacto continuo con los ciudadanos que los agentes públicos de otras áreas. Esta percepción ha generado dos obstáculos procesales distintivos del contexto policial. El primero es una reticencia a inferir prácticas sistemáticas a partir de malas conductas particulares. Chayes, por ejemplo, criticó la decisión de la Corte Suprema de 1976 en *Rizzo v. Good*⁹⁶. En ese caso, el tribunal inferior, habiendo identificado diecinueve instancias específicas de brutalidad policial inconstitucional, emitió una *injunction* requiriéndole al Departamento de Policía que estableciera un procedimiento para lidiar con las quejas de los ciudadanos. La Corte Suprema dejó la decisión sin efecto, sosteniendo que diecinueve episodios de mala conducta por parte de los oficiales “de a pie” no bastaban para establecer que existiera una autorización o condonación de dichas acciones, necesarias para hacer responsables al Departamento o a los oficiales de mayor jerarquía⁹⁷.

Otro problema ha sido la insistencia de los tribunales, en muchos casos, en entender que un actor solo tiene legitimación activa si puede demostrar no solo que ha sido víctima de un abuso, sino también que es altamente probable que vuelva a sufrir un abuso en el futuro⁹⁸.

Sin embargo, recientemente hubo dos desarrollos opuestos que ampliaron las posibilidades de intervención judicial; y las iniciativas que ambos desarrollos incentivaron están teniendo, en sus fases iniciales, una dirección experimentalista. El primer desarrollo sucedió en 1994, cuando en respuesta al caso de Rodney King⁹⁹ y los disturbios consecuentes, el Congreso aprobó una ley que prohibía específicamente cualquier “patrón o práctica de conducta, por parte de los oficiales policiales”, que privara a las personas de sus derechos federales. La ley autoriza al Procurado General a solicitar un remedio no monetario para “eliminar el patrón o práctica”¹⁰⁰.

El Departamento de Justicia ha investigado a varias fuerzas policiales e iniciado cinco demandas que han resultado en órdenes que dispusieron reformas estructurales extensivas. Esas reformas han sido considerablemente más elaboradas que la decisión dejada sin efecto en *Rizzo*. Las decisiones

⁹⁶ Chayes, *supra* nota 1, págs. 1305-07; ver también *Rizzo v. Goode*, 423 U.S. 362 (1976).

⁹⁷ Ver *Rizzo*, 423 U.S., págs. 367-69, 375-81.

⁹⁸ Ver, por ejemplo, *City of Los Angeles v. Lyons*, 461 U.S. 95, 101-10 (1983).

⁹⁹ [N.d.T.] Este caso se refiere a un hecho de violencia contra Rodney King, un taxista de raza negra que fue brutalmente golpeado por oficiales de la policía de Los Ángeles en 1991, luego de una persecución de tránsito. Una persona grabó los hechos de violencia, que fueron publicados por la prensa. Sin embargo, los oficiales fueron declarados inocentes, dando lugar a una serie de protestas y disturbios contra el trato de los oficiales de policía contra las personas de minorías raciales.

¹⁰⁰ 42 U.S.C. §14,141(b) (2000).

recientes varían en su nivel de detalle, dependiendo en parte de la organización preexistente del Departamento en cuestión, aunque tienden a tener algunos elementos en común.

Típicamente, en ellas se obliga al demandado a promulgar o reformar políticas explícitas sobre algunos asuntos en particular, como el uso de la fuerza. Algunas veces se especifican los requisitos sustantivos mínimos, aunque los demandados conservan bastante discrecionalidad. En general se ordena la captación de datos, muchas veces en detalle. El Departamento debe instruir a los oficiales para documentar cuestiones como incidentes de uso de la fuerza, arrestos, detenciones a peatones o conductores para pedirles que se identifiquen, requisas y decomisos, y cargos discrecionales (como “merodeo” o disturbios al orden). Los oficiales deben registrar las razones de su intervención, la raza y otras características de los ciudadanos involucrados, y qué sucedió. Algunas veces la orden exige grabaciones en video. Los Departamentos muchas veces aceptan dar a los oficiales computadoras manuales o grabadoras de video. Los datos que reportan los oficiales deben registrarse y conservarse de un modo que permita su agregación con otros datos, como las quejas de los ciudadanos (y sus elogios), los procedimientos disciplinarios, demandas judiciales, investigaciones internas, y auditorías. Puede agregarse también otra información sobre la actuación de los oficiales, como sus días de licencia por enfermedad, ausencias en citaciones judiciales, o accidentes. Se ordenan también la capacitación para los oficiales policiales y la generación de datos. El Departamento de Justicia puede participar en el diseño de las capacitaciones, o puede tener el derecho de aprobarlas¹⁰¹.

Las decisiones también prescriben procedimientos de cumplimiento superpuestos. Los supervisores tienen que monitorear ciertos datos y dar seguimiento a los indicadores de violaciones por parte de la policía. Además, el Departamento debe crear (o mejorar si ya existe) una unidad interna de cumplimiento especializada, por fuera de la cadena de comando, como por ejemplo un inspector general o una comisión de asuntos internos. Finalmente, el tribunal designa a un controlador (idealmente, alguien que ambas partes recomienden) con amplias facultades de acceso a la información. El controlador supervisa el cumplimiento como un agente del tribunal.

Las decisiones contemplan que los datos sean usados como un “Sistema de Alerta Temprana”, proveyendo indicios de problemas sistemáticos¹⁰². Los incidentes de uso de la fuerza son investigados de manera rutinaria. También lo son las quejas de los ciudadanos y otros oficiales, a quienes la orden judicial puede obligar a reportar las transgresiones de sus colegas. Además, el Departamento tiene que realizar varias tareas de análisis de datos. Por ejemplo, debe supervisar la frecuencia de los incidentes de uso de la fuerza, quejas, y la

¹⁰¹ Ver, por ejemplo, Robert C. Davis y otros, *Turning Necessity into Virtue: Pittsburgh’s Experience with a Federal Consent Decree* [Transformar la necesidad en virtud: la experiencia de Pittsburgh con una decisión homologatoria] 25-33 (Vera Institute of Justice, 2002), http://www.vera.org/publications/publications_5.asp?publication_id=180; sentencia homologatoria, *United States v. City of Los Angeles*, Civil No. 00-11769 GAF (C.D. California, 15 de junio de 2001) [de aquí en más, *Sentencia Homologatoria de Los Ángeles*], <http://www.usdoj.gov/crt/split/documents/laconsent.htm>.

¹⁰² Ver Debra Livingston, *Police Reform and the Department of Justice: An Essay on Accountability* [Reforma Policial y el Departamento de Justicia: un ensayo sobre rendición de cuentas], 2 *Buffalo Criminal Law Review*, 815, 821-41 (1999).

disciplina de los oficiales.

El Departamento también analiza el uso de la fuerza y otros tipos de interacción entre la policía y los ciudadanos en relación con áreas geográficas, raza, turnos y equipos. Y se desarrollan metas o pisos mínimos en base a comparaciones estadísticas. Un índice trimestral de más de una desviación estándar por sobre la medida de un determinado grupo de comparación (un turno, equipo, o grupo de ellos) dispara una investigación obligatoria.

Los supervisores están obligados a dar seguimiento a los indicadores de incumplimiento con “intervenciones” no disciplinarias, que pueden incluir observación directa de un oficial, consejería, o consejería combinada con capacitaciones. Aunque las órdenes enfatizan las respuestas no punitivas, también disponen sanciones disciplinarias en los casos en que sea necesario.

Los procesos disciplinarios tienen que cumplir con ciertos pre-requisitos. El piso mínimo de prueba para establecer una sanción disciplinaria no puede ser más alto que el de “preponderancia de prueba”, y no puede haber una presunción de que los testigos policiales son más confiables que los ciudadanos. Los cargos y las decisiones se deben informar periódicamente a los oficiales de mayor jerarquía y a los controladores.

Las órdenes también disponen procedimientos para “auditorías” a cargo de directores u oficiales internos de cumplimiento. Las auditorías están diseñadas tanto para determinar si la conducta de los oficiales y supervisores evidenciada en los registros es conforme a una determinada política, como para probar la integridad de los procedimientos de reporte. Para el segundo de los objetivos, los auditores examinan muestras de documentos para ver su completitud y su credibilidad formal (el uso rutinario de lenguaje ritualista, por ejemplo, es un signo negativo). También se pueden investigar muestras más pequeñas de manera más activa entrevistando participantes, y se pueden ordenar auditorías con controladores encubiertos que se hacen pasar por ciudadanos¹⁰³.

Usualmente, ciertos datos se deben informar públicamente. Los informes de auditoría con observaciones generales sobre cumplimiento y las correlaciones entre intervención policial, raza y localidad comúnmente también se informan, aunque la información sobre incidentes y oficiales específicos típicamente no¹⁰⁴.

El otro desarrollo que favorece el litigio por abuso policial es la mayor conciencia pública (y su consecuente protesta) en contra la elaboración de perfiles en base a la raza¹⁰⁵ ¹⁰⁶. Una de las demandas del Departamento de Justicia en el marco

¹⁰³ Ver, por ejemplo, Sentencia Homologatoria de Los Angeles, supra nota 87, pág. 124-40.

¹⁰⁴ Ver, por ejemplo, id. pág. 156, 174. Un estudio de la experiencia bajo la decisión homologatoria de Pittsburgh, aunque sin poder evaluar directamente los efectos sobre la conducta a nivel de la calle, encontró efectos sustanciales sobre las prácticas de dirección y una mejora en las percepciones públicas sobre la policía. Los supervisores monitorean los indicadores de desempeño y hacen intervenciones diarias basadas en ellos. Davis y otros, supra nota 87, 10-33.

¹⁰⁵ [N. de T.] Esta práctica, denominada racial profiling, consiste a grandes rasgos en una práctica discriminatoria de los agentes de las fuerzas de seguridad mediante la que persiguen a ciertos individuos por crímenes en base a la raza, etnicidad, religión de aquéllos, o factores análogos. Estas prácticas suponen asociar ciertas características de algunos grupos con criminalidad.

¹⁰⁶ Ver, en general, Brandon Garrett, *Remediating Racial Profiling* [Remediando la realización de perfiles raciales], 33 *Columbia Human Rights Law Review* 41 (2001); Samuel R. Gross y Katherine Y. Barnes, *Road Work: Racial Profiling and Drug Interdiction on the Highway* [Trabajo de carretera: realización de perfiles raciales e incautación de drogas en la autopista], 101 *Michigan Law Review* 651 (2002).

de la Ley Federal de 1994 -contra Nueva Jersey- se enfocó en esos reclamos¹⁰⁷. Las alegaciones sobre la elaboración de perfiles en base a la raza también han estado sujetas a demandas privadas, y por el momento no han sido bloqueadas por las doctrinas procedimentales estrictas de los primeros casos policiales. Las estadísticas persistentes sin explicaciones razonables sobre las disparidades raciales de las acciones policiales pueden justificar una inferencia de que existe una condonación institucional de esas prácticas. Además, con actividades como las detenciones de conductores, las chances de que una persona perteneciente a una minoría que cumple en general con la ley vaya a sufrir una lesión a sus derechos repetidamente son suficientemente altas como para satisfacer los requisitos de la legitimación activa¹⁰⁸. También ha habido una actividad legislativa paralela: al menos trece estados y muchos gobiernos locales han aprobado legislación que prohíbe la elaboración de perfiles raciales y requiere el cumplimiento de ciertos procedimientos específicos¹⁰⁹.

El cambio de la preocupación de los actores de *Rizzo* por los abusos generales hacia el foco actual sobre la persecución racialmente selectiva podría parecer inverso al del movimiento en educación desde la desegregación hacia la "adecuación". Pero el remedio en los casos actuales de elaboración de perfiles parece más similar a los casos de adecuación en las escuelas que a las *injunctions* de comando y control en los casos de desegregación escolar. El enfoque que se aceptó en una demanda privada antigua contra el condado de Montgomey, Maryland (que surgió de la demanda de Departamento de Justicia contra Nueva Jersey y que ha sido ampliamente exigido en normas estatales y municipales) se enfoca en el monitoreo más que en el dictado *ex ante* de especificaciones sobre la función policial. Los regímenes comprometen a la policía a no usar criterios raciales (salvo cuando están buscando a un sospechoso previamente identificado). El departamento debe establecer criterios escritos para las detenciones para requerir identificaciones y requisas, y luego documentarlos de un modo que permita evaluar si la conducta es consistente con esa política. Las reglas disponen el análisis y la obligación de informar (en algunos casos, al público) sobre la incidencia racial en esas detenciones para requerir identificaciones y requisas. Al menos internamente, el Departamento tiene que poder comparar la incidencia racial por oficial, equipo o región. La decisión de Nueva Jersey ordena el desarrollo de "metas" (indicadores basados en la correlación racial de los criterios usados como causales de las detenciones para requerir identificaciones, como la clase de vehículo, conducta al conducir, y vestimenta). Las metas se derivan de un análisis hecho por científicos sociales sobre registros fotográficos de tráfico. Cuando la policía detiene para solicitar una identificación o requisas a personas pertenecientes a minorías en tasas mayores a las de las metas, puede surgir un indicio de una realización de perfiles basada en la raza y se dispone una intervención¹¹⁰. Un asunto importante que

¹⁰⁷ Sentencia homologatoria, *United States v. New Jersey*, Civ. No. 99-5970 (MLL) (Distrito de Nueva Jersey, 30 de diciembre de 1999) [de ahora en más, *Sentencia Homologatoria de Nueva Jersey*], www.state.nj.us/lps/jointapp.htm.

¹⁰⁸ Ver *Gross y Barnes*, supra nota 91, 727-29; Brandon Garrett, Nota, *Standing While Black: Distinguishing Lyons in Racial Profiling Cases*, 100 *Columbia Law Review* 1815, 1834-39 (2000).

¹⁰⁹ *Gross y Barnes*, supra nota 91, al 729.

¹¹⁰ Ver *Sentencia Homologatoria de Nueva Jersey*, supra nota 92, al 554-56; Garrett, supra nota 91, al 76-80; *Gross y Barnes*, supra nota 91, al 717-28.

se discute es el del rol de las organizaciones civiles en estos regímenes. La “policía comunal”, en la que la policía desarrolla estrategias locales de control del crimen en colaboración con grupos vecinales se encuentra muy promovida en este contexto. De varias formas, esta policía comunal ha brindado ejemplos prometedores en varias ciudades, incluidas Filadelfia, Boston y Chicago. Las decisiones del Departamento de Justicia, sin embargo, requieren solo en términos vagos que la policía consulte con las organizaciones comunitarias. Especialmente, no requieren que la información de monitoreo que generan sea puesta a disposición de esos grupos. Los críticos afirman que dichos grupos tienen información relevante para la interpretación de esos datos que es difícil que tengan los controladores profesionales. Y esos grupos también tienen, posiblemente, los mayores incentivos para promover el cumplimiento. De hecho, organizaciones civiles en Los Ángeles y Nueva Jersey han interpuesto demandas que buscan la ampliación de los remedios en esas decisiones, para lograr mayor acceso y participación¹¹¹.

E. Vivienda

En materia de vivienda, ha habido un cambio de los esfuerzos de gran escala por la desegregación hacia regímenes enfocados directamente en la calidad de la vivienda, de manera análoga a lo que sucedió en el litigio de educación (donde hubo un cambio de foco de la desegregación a la adecuación). A la vez, los esfuerzos judiciales por abordar la discriminación municipal en contra de los desarrollos inmobiliarios para personas de bajos recursos han evolucionado en la dirección experimentalista.

En 1969, en *Gautreaux v. Chicago Housing Authority*, un tribunal federal de primera instancia decidió que la autoridad competente, a través de sus decisiones de emplazamientos y asignación de contratos de arrendamiento, había segregado inconstitucionalmente el amplio sistema público de viviendas sociales. El tribunal emitió una decisión extensa, revisada varias veces desde entonces, para remediar las violaciones. El eje de la decisión era un mandato de que por cada nueva unidad que la autoridad construyera en un barrio donde vivieran predominantemente personas pertenecientes a minorías, aquélla tendría que construir tres unidades (más tarde, reducidas a una) en una zona no minoritaria¹¹².

Más de treinta años después, los actores y un interventor siguen luchando para implementar la decisión. Solo cerca de un siete por ciento de las unidades construidas bajo la intervención fueron realizadas en barrios donde viven personas blancas. La resistencia política en los barrios donde no viven personas pertenecientes a minorías y el cambio del apoyo del gobierno federal, que dejó de lado la construcción de nuevas unidades, han impedido el progreso. Como en el caso de las escuelas, la integración se ha vuelto más difícil a medida que las

¹¹¹ Ver Garrett, supra nota 91, al 98-115; Livingston, supra nota 88, al 841-56.

¹¹² Ver *Gautreaux v. Chi. Hous. Auth.*, 304 F. Supp. 736, 737-39 (Distrito norte de Illinois, 1969); *Gautreaux v. Landriou*, 498 F. Supp. 1072, 1073 (Distrito norte de Illinois, 1980); *Gautreaux v. Chi. Hous. Auth.*, 4 F. Supp. 2d 757, 758 (Distrito norte de Illinois, 1998).

personas blancas se fueron a las afueras de la ciudad. Además, los problemas de la calidad de la vivienda social persisten¹¹³.

Algunas organizaciones civiles y grupos de inquilinos han alegado que el foco de *Gautreaux* en la integración ha impedido la rehabilitación de los proyectos de vivienda y la revitalización de los barrios minoritarios. Además, alegan que los esfuerzos de integración han hecho muy caros los proyectos de desarrollo urbano. En dos demandas recientes, los miembros de la clase de *Gautreaux*, que buscaban rehabilitar las viviendas en barrios minoritarios, se aliaron en contra del interventor y de los abogados¹¹⁴.

Eventualmente, ha habido un cierto grado de éxito. Algunas unidades se han construido en barrios en los que la vivienda social alguna vez estuvo excluida. Un programa de servicio intensivo que intenta ayudar a encontrar departamentos en los suburbios a los beneficiarios de certificados de asistencia para la vivienda de la "sección 8"¹¹⁵ parece estar funcionando. En general, sin embargo, la experiencia ha sido decepcionante¹¹⁶.

El ejemplo emblemático del cambio del litigio para pasar a enfocarse en cuestiones de calidad es *Pérez v. Boston Housing Authority*¹¹⁷, en donde la Corte Suprema de Massachusetts confirmó una decisión que intervenía la autoridad de vivienda. La razón de fondo principal para esta decisión fue el código de sanidad, que requería a todos los propietarios, públicos y privados, que mantuvieran las viviendas en condiciones mínimas de seguridad y habitabilidad¹¹⁸. Los actores presentaron prueba exhaustiva que mostraba que los proyectos de la autoridad competente estaban lejos de cumplir con esas pautas. También presentaron prueba de una administración corrupta e ineficaz, por ejemplo, mostrando que la Comisión competente y sus directivos no tenían ni las habilidades ni el conocimiento necesario para cumplir con sus obligaciones, prestaban poca atención a los aspectos clave de su trabajo, e ignoraban las oportunidades para solicitar recursos adicionales.

El gobierno federal ha intentado establecer un sistema de evaluación del desempeño de los planes de vivienda social que promueve las acciones públicas que persiguen remedios estructurales. En base a un mandato legislativo, el

¹¹³ Ver Joseph Seliga, *Gautreaux a Generation Later: Remediating the Second Ghetto or Creating the Third?* [Gautreaux una generación más tarde: ¿remediando el segundo gueto o creando el tercero?], 94 *Northwestern University Law Review* 1049, 1062 (2000).

¹¹⁴ Ver *Gautreaux v. Chi. Hous. Auth.*, 1999 U.S. Dist. LEXIS 17439 (Distrito norte de Illinois, 3 de noviembre de 1999); *Cabrini-Green Local Advisory Council v. Chi. Hous. Auth.*, 1997 U.S. Dist. LEXIS 625 (Distrito norte de Illinois, 2 de enero de 1997).

¹¹⁵ [N. de T.] "Sección 8" refiere a una sección de la Ley de Vivienda de 1937 que permite la asistencia, en forma de "vouchers", en el pago de alquileres que excedan en un determinado porcentaje los ingresos mensuales de los beneficiarios.

¹¹⁶ Ver, en general, *supra* nota 98; William P. Wilen y Wendy L. Stasell, *Gautreaux and Chicago's Public Housing Crisis* [Gautreaux y la crisis de la vivienda social de Chicago], 34 *Clearinghouse Review* 117 (2000). Otro caso notable de desegregación a gran escala que tuvo muchas implicancias con relación a sus gastos materiales y la hostilidad que causó, pero generó resultados decepcionantes es *United States v. Yonkers Board of Education*, 624 F. Supp. 1276, 1545 (Distrito sur de Nueva York, 1985). Sobre la deprimente historia completa, ver Peter H. Schuck, *Judging Remedies: Judicial Approaches to Housing Segregation* [Juzgando los remedios: abordajes judiciales a la segregación en la vivienda], 37 *Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review* 289, 324-64 (2002).

¹¹⁷ 400 N.E.2d 1231 (Massachusetts, 1980).

¹¹⁸ Otro sustento para los remedios estructurales reconocida desde *Perez* es la "demolición constructiva", una doctrina que señala que la falla extrema en mantener o reparar puede constituir una violación de una ley que requiere a las autoridades con subsidios federales demoler solo en conformidad con un proceso que involucra la aprobación del DVDU. 42 U.S.C. §1437p (2000); ver también *Concerned Tenants Ass'n of Father Panik Vill. v. Pierce*, 685 F. Supp. 316, 321 (Distrito de Connecticut, 1988) (que reconoce una causa para accionar bajo la ley implícita, para las "demoliciones de facto").

Departamento Nacional de Vivienda y Planeamiento Urbano (DVPU) maneja el Sistema de Evaluación de la Vivienda Social, que puntúa el desempeño de las agencias locales de acuerdo con un rango de indicadores en cuatro categorías generales: (1) condición física (cumplimiento con estándares de construcción y de sanidad); (2) condición financiera (por ejemplo, la cantidad de meses durante los que la autoridad competente puede funcionar con su balance de fondos disponibles sin recursos adicionales; la cantidad promedio de días que las deudas de un inquilino están pendientes; los gastos por unidad de servicios, mantenimiento y seguridad; y la cantidad de fondos de capital no comprometidos); (3) operaciones de administración (por ejemplo, tasas de vacancia, número y antigüedad de las órdenes de trabajo pendientes, y plazo de entrega de una unidad); y (4) servicios a los residentes y satisfacción (basado en respuestas a una encuesta de residentes sobre asuntos como mantenimiento y reparación, seguridad, comunicación de los administradores, recreación y otros servicios). Cada indicador se mide y luego se suman todos para generar resultados comparables entre diferentes lugares para cada una de las cuatro áreas y alcanzar un resultado total sobre la base de una escala de cien puntos. Las autoridades que reciben resultados de al menos sesenta por ciento de los puntos disponibles por condición física, finanzas y administración y una puntuación total de más de 90 puntos son consideradas como de “alto desempeño”, y quedan sujetas a requisitos de información y monitoreo menos exigentes. Una autoridad con resultados aprobados en cada área y un total de entre sesenta y noventa puntos es considerada de “desempeño estándar”. Se espera que estas autoridades formulen planes de mejora y muestren progreso bajo esos estándares. Un resultado desaprobado en condición física, finanzas y administración, y un total por debajo de sesenta lleva a una designación de una autoridad como “problemática”, y la sujeta a un monitoreo intensivo¹¹⁹. En un intento por hacer que los resultados sean comparables entre diferentes lugares, el DVPU determina en detalle los procedimientos de medición. Sin embargo, el sistema contempla una revisión periódica en consulta con “propietarios, residentes y comunidades afectadas”¹²⁰. La tendencia es hacia un sistema de reglas específicas, pero en revisión continua de conformidad con sus propósitos, por medio de un proceso participativo.

En 1990, el Congreso instruyó al DVPU a solicitar a un tribunal que designara un interventor en los casos de autoridades de vivienda cuyo desempeño no hubiera mejorado luego de ser calificadas como “problemáticas” bajo el sistema de evaluación¹²¹. Los informes sugieren que los interventores encontraron

¹¹⁹ Ver Public Housing Assessment System [Sistema de evaluación de la vivienda social], 24 C.F.R. pt. 902 (2003); Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano de los Estados Unidos, Sistema de evaluación de la vivienda social: información sobre PHAS, 64 Fed. Reg. 26,160 (13 de mayo de 1999).

¹²⁰ Oficina del Inspector General, Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano de los Estados Unidos, Informe de Auditoría No. 2001-DP-0004, al 15-17 (28 de septiembre de 2001), disponible en <http://www.hud.gov/oig/ig1d0004.pdf> (que informa críticas del Inspector General del DVPU y de la Oficina de Contabilidad Pública sobre que el peso inicial que el DVPU había asignado a los indicadores de condición física no reflejaba las prioridades de las partes interesadas, y prescribiendo consultas más efectivas).

¹²¹ Ver 42 U.S.C. §1437d(j) (2000).

que su trabajo era difícil, pero hicieron mejoras sustanciales¹²². En principio, el objetivo de un interventor no es solo administrar la propiedad durante una crisis, sino reestructurar los procesos de modo que hagan posible una operación efectiva sin necesidad de intervención judicial. Como en los casos de reforma de escuelas e instituciones de salud mental, una cuestión central para muchos interventores es la descentralización. En el caso de vivienda, la descentralización incluye la participación de los inquilinos, que ha sido un tema prominente en la política federal sobre vivienda desde los 1980. El DVDU requiere la presencia de consejos asesores de residentes e incentiva la administración por los propios inquilinos de los proyectos que subsidia¹²³. Algunos interventores han sido notablemente exitosos en fortalecer estos procesos¹²⁴.

Una última instancia convergente con la iniciativa judicial involucra el desarrollo privado de viviendas. Aquella surgió de la decisión de la Corte Suprema de Nueva Jersey en el caso de *Mount Laurel* en 1975¹²⁵. La Corte decidió que una ordenanza de zonificación local que en buena medida impedía las viviendas para personas de bajos y medios ingresos violaba la cláusula de la constitución estadual que garantizaba varios derechos generales, incluyendo el de “adquirir, poseer y proteger la propiedad”. La Corte interpretó que esta disposición constitucional requería que el gobierno local estructurara su código de zonificación de modo de hacer “posible de manera realista una variedad apropiada de viviendas y su elección”, incluyendo “las necesidades regionales, presentes y futuras” de viviendas para personas de ingresos bajos y medios¹²⁶. Esta decisión es análoga, en materia de vivienda, al reconocimiento de las Cortes Supremas estadales del derecho a una educación adecuada.

Mount Laurel se diferencia procesalmente de otros casos considerados aquí. El tribunal de Nueva Jersey no estaba lidiando con una sola institución (o unas pocas), en un único caso con una sola decisión estructural. En cambio, estaba intentando lidiar con prácticas de los gobiernos locales a lo largo de todo el estado en una serie de casos, cada uno de los que involucraba una única localidad. Aun así, sus objetivos eran estructurales y sus prácticas de administración eran, en muchos sentidos, muy parecidas a las de otros casos nuevos de interés público.

La primera decisión de *Mount Laurel* simplemente anunció una nueva doctrina en términos generales, y anuló la ordenanza en cuestión, dejando el desarrollo más pormenorizado de la doctrina para casos ulteriores. El caso

¹²² Ver Mark H. Moore, *Creating Public Value: Strategic Management in Government* [Generando valor público: la administración en el gobierno] 193-200, 240-55 (1995) (Boston); Lynn E. Cunningham, *Washington D.C.'s Successful Public Housing Receivership* [La intervención exitosa en vivienda social de Washington D.C.], 9 *J. Affordable Housing & Community Dev.* 74 (1999); Carolyn Hoecker Luedtke, *Innovation or Illegitimacy: Remedial Receivership in Tinsley v. Kemp Public Housing Litigation* [Innovación o ilegitimidad: intervención remedial en *Tinsley v. Kemp Public Housing Litigation*], 65 *Montana Law Review* 655 (2000) (Kansas City).

¹²³ Ver, en general, Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano de los Estados Unidos, *Community Building in Public Housing: Ties that Bind People and Their Communities* [Fortalecimiento comunitario en la vivienda social: lazos que unen a las personas y sus comunidades] (1997).

¹²⁴ Ver Moore, *supra* nota 106, al 250-53; Luedtke, *supra* nota 106, al 672.

¹²⁵ *S. Burlington County NAACP v. Township of Mount Laurel*, 336 A.2d 713 (Nueva Jersey, 1975), certiorari denegado, 423 U.S. 808 (1975).

¹²⁶ *Id.* al 724.

motivó a las organizaciones civiles que lo habían promovido y movilizó a los desarrolladores urbanos. Muchas municipalidades se resistieron fuertemente. De hecho, se formó un movimiento para reformar la constitución local de modo de eliminar la doctrina en cuestión, aunque nunca logró su cometido. En 1983, el tribunal emitió una opinión reafirmando su compromiso con la doctrina y dando más pautas para su implementación. *Mount Laurel II* no fijó directivas omnicomprendivas o específicas para determinar qué era una “medida justa” de esfuerzo por parte de una municipalidad. En cambio, incorporó la metodología de una “Guía de Desarrollo Urbano” promulgada por una agencia estadual. El tribunal determinó que los jueces estarían guiados por las revisiones de las agencias de dicha metodología; además, proveyó una lista ilustrativa de las formas en las que un municipio podía cumplir con sus deberes, incluyendo los incentivos para los desarrolladores urbanos que contribuyeran a los fines de la política pública y las “cuotas” de viviendas económicamente accesibles. También determinó un “remedio de los constructores”, por el cual un constructor que prevalecía en un reclamo de *Mount Laurel* contra una ordenanza de zonificación podría construir a menos que la municipalidad pudiera mostrar que el proyecto violaba alguna regulación válida. Esta solución ignoró la posibilidad de que, cuando una localidad perdiera un reclamo de *Mount Laurel*, todos los proyectos de desarrollo se frenaran hasta que se formulara un código de zonificación válido. Y este remedio también le dio incentivos fuertes a los desarrolladores para cuestionar los códigos que no cumplían con las pautas. Por último, el tribunal estableció un procedimiento por medio del cual designaría jueces para entender en las apelaciones de *Mount Laurel*, organizados por zonas (tres jueces para entender en las apelaciones en todo el estado, uno por cada tres regiones)¹²⁷.

Esta organización hizo posible una serie de negociaciones complejas entre municipalidades y entre diferentes casos, que generaron un nivel de acuerdo considerable en la asignación de responsabilidad entre distintos agentes. Cuando la “Liga Urbana” demandó a veintitrés municipalidades, uno de los jueces de *Mount Laurel* ordenó a los expertos en planeamiento de todas las partes que se reunieran para negociar una forma de asignar “partes justas” de nuevas viviendas accesibles. Este esfuerzo generó un consenso que se transformó en la base de las decisiones subsiguientes sobre asignación de viviendas en todo el estado¹²⁸.

En 1985, la legislatura respondió a las decisiones de *Mount Laurel* con la Ley de Vivienda Justa de Nueva Jersey, que estableció una agencia especializada, el Consejo de la Vivienda Accesible, para asumir el rol principal de monitorear el cumplimiento con las obligaciones de *Mount Laurel*. La ley también le encargó al Consejo la realización de investigaciones, la provisión de apoyo técnico, y la facilitación de las negociaciones entre los gobiernos locales. Aunque la ley y las actividades del Consejo se alejaron de algunos aspectos de *Mount Laurel*, una

¹²⁷ Ver *S. Burlington County NAACP v. Township of Mount Laurel*, 456 A.2d 390, 422-513 (Nueva Jersey, 1983).

¹²⁸ Ver Charles M. Haar, *Suburbs Under Siege: Race, Space, and Audacious Judges* [Los suburbios bajo el asedio: raza, espacio, y jueces audaces] 57 (1996).

buena parte del marco establecido por los tribunales se ha preservado¹²⁹.

A pesar de que las opiniones no son unánimes, *Mount Laurel* puede ser visto razonablemente como un “éxito marginal”¹³⁰. Los esfuerzos que generó no parecen haber llevado a una integración de los suburbios, pero sí han aumentado la disponibilidad de viviendas para personas de bajos y medios ingresos en Nueva Jersey¹³¹. Además, el tribunal impulsó a la legislatura a crear un procedimiento administrativo que parecía significativamente más responsivo a los intereses de los actores, tanto al generar presión para la asignación local de viviendas para personas de de bajos ingresos, como al hacer de la zonificación un procedimiento más transparente. Algunos pocos tribunales han seguido a *Mount Laurel* en otros estados, al encontrar límites a la zonificación excluyente en las constituciones estatales, aunque en general de un modo más débil. Además, varias legislaturas estatales han instituido esquemas legislativos que se asimilan a los de la Ley de Vivienda Justa de Nueva Jersey, con y sin impulsos judiciales¹³².

E. Conclusión

En todas estas áreas, aunque en diferente grado, ha habido una tendencia en la práctica remedial a dejar de lado el comando y control para adoptar métodos experimentalistas. Es posible que esta tendencia sea en parte una función de los cambios existentes en los temas de fondo. Por ejemplo, en el litigio sobre prisiones, muchos casos de los 1970 y 1980 se enfocaban en el hacinamiento. Hoy, los casos se enfocan más comúnmente en el cuidado médico de los presos. Es mucho más fácil formular directivas específicas sobre hacinamiento que sobre servicios médicos.

En alguna medida, sin embargo, el movimiento refleja la sensación general de la inadecuación de los enfoques de comando y control. Los tribunales advirtieron que no tenían ni la información ni la profundidad y amplitud de control necesarias para formular e implementar decisiones de comando y control. Además, dichas intervenciones exacerbaban la resistencia por parte de los demandados (o, al menos, las medidas verticalistas tenían poca capacidad para neutralizar esa resistencia).

Cualquier evaluación de la eficacia comparativa de los dos enfoques tendría que ser tentativa y condicionada. En general, cuando las malas prácticas (y

¹²⁹ Ver *Leyes Anotadas de Nueva Jersey*, §52:27D-302(c) (West 2001). Ver, en general, Haar, *supra* nota 112, págs. 89-116.

¹³⁰ Henry Span, *How the Courts Should Fight Exclusionary Zoning* [Cómo deberían pelear los tribunales las zonificaciones excluyentes], 32 *Seton Hall Law Review* 1, 72 (2001). Haar lo consideró más que marginalmente exitoso. Ver, en general, Haar, *supra* nota 112. Pero hay algunas evaluaciones negativas. Ver Schuck, *supra* nota 100, al 315-319. Los autores de David Kirp y otros, *Our Town: Race, Housing, and the Soul of Suburbia* [Nuestra ciudad: raza, vivienda y el espíritu de los suburbios] (1995), ven al régimen judicial creado por *Mount Laurel II* como muy prometedor, y a los resultados del régimen administrativo que reemplazó como insignificantes. Ver *id.*, al 112-64.

¹³¹ Con base a los datos de la Comisión de Vivienda Accesible, Span estima que de 1987 a 2001, el régimen legal inspirado en *Mount Laurel* sumó 40.000 unidades de vivienda accesible y quizás un número mayor de unidades para personas de ingresos medios con precios de mercado, que de otro modo no se hubieran construido. Ver *supra* nota 114, págs. 65- 68.

¹³² Ver *id.*, págs. 37-84. Span ve a Oregon, donde una decisión judicial también fue seguida por una respuesta legislativa, como el caso más exitoso: “la experiencia de Oregon muestra que si un tribunal puede lograr provocar a una legislatura estatal para que cree una agencia administrativa con jurisdicción sobre el uso de la tierra y la política de vivienda, esa agencia puede ir más allá de su mandato original si se le da suficiente apoyo de los grupos de interés y judicial.” *Id.*, 72- 73.

las alternativas disponibles para abordarlas) se pueden describir de manera específica y no son muy numerosas, una condena a no hacer en términos de mandatos específicos puede muchas veces ser prometedora. Por ende, los tribunales des-segregaron muchos distritos escolares a nivel de condado en las zonas rurales de los estados del sur con decisiones, en alguna medida, de comando y control. Los primeros casos sobre prisiones lograron mejoras sustanciales con modelos tradicionales verticalistas con prohibiciones de algunas prácticas como la tortura o el trabajo no remunerado.

Aun cuando las condiciones para la intervención de comando y control no estén satisfechas, los enfoques experimentalistas no siempre van a ser prometedores. Jennifer Hochschild argumenta que los casos más exitosos de desegregación de escuelas en el norte, como el de Wilmington, Delaware, fueron aquellos en los que los tribunales ordenaron acciones de manera específica y rápida. Ella argumenta que en los casos como el de Boston, el énfasis en la participación de las partes interesadas impidió el progreso¹³³.

Sin embargo, los nuevos enfoques son prometedores en varios contextos. En la siguiente sección, sugerimos algunas razones por las que estos enfoques pueden ser exitosos en situaciones en las que los más viejos fracasaron.

III. Litigio de interés público como implementación de derechos de desestabilización

A. Derechos y remedios

La característica del litigio de interés público de Chayes que más ha complicado el análisis legal es la relación entre derechos y remedios. El establecimiento de un derecho o la determinación de responsabilidad es una actividad que resulta familiar en el derecho. En términos normativos, se parece a una decisión sobre potestades del tipo que los tribunales realizan comúnmente. Desde un punto de vista metodológico, esta actividad parece surgir de la aplicación del análisis jurídico convencional a las fuentes tradicionales.

Pero, como enfatizaba Chayes, las cuestiones de remedios en un caso de interés público son mucho más ambiguas que las típicas de los casos de derecho privado. Una decisión sobre daños o responsabilidad contractual en general requiere un rango limitado de intervenciones específicas¹³⁴. La determinación de responsabilidad en un caso de interés público solo trae claridad sobre los objetivos más generales de la intervención, pero no tiene más que implicaciones vagas sobre las formas específicas que debería tener

¹³³ Ver Jennifer L. Hochschild, *The New American Dilemma: Liberal Democracy and School Desegregation* [El nuevo dilema estadounidense: democracia liberal y desegregación escolar], 92-145 (1984). Puede ser, sin embargo, que las historias exitosas que Hochschild enfatiza dependan de la participación de las partes interesadas, movilizadas luego de la formulación del remedio como parte de su implementación. Y la explicación más importante del fracaso de casos como el de Boston puede ser que los remedios estaban confinados a un solo distrito urbano en vez de operar, como en el caso de Wilmington, en varios. Ver Jeffrey A. Raffel, *The Politics of School Desegregation: The Metropolitan Remedy in Delaware* [Las políticas de la desegregación escolar: el remedio metropolitano en Delaware] 120-53, 208-17 (1980).

¹³⁴ Ver Chayes, *supra* nota 1, págs. 1282-83. Sin embargo, la diferencia puede ser exagerada. Algunos de los clásicos de la academia jurídica moderna se han abocado a demostrar que las implicaciones remediales de los derechos privados no son tan definidas como la gente cree a veces. Ver, por ejemplo, Guido Calabresi y A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral* [Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad, e inalienabilidad: una visión de la catedral], 85 *Harvard Law Review* 1089 (1972); L.L. Fuller y William R. Perdue, Jr., *The Reliance Interest in Contract Damages* [El interés por confianza en los daños contractuales] I, 46 *Yale Law Journal* 52 (1936).

una intervención. Además, el diseño de remedios requiere una forma de toma de decisiones diferente a la de la determinación de los derechos. No involucra directamente la elaboración de principios normativos, o la interpretación de textos. En cambio, el diseño remedial involucra formas de pensamiento más técnicas, estratégicas y contextuales.

Derivada de una práctica que era mucho más transicional de lo anticipado, la formulación de Chayes de la relación en el derecho de interés público entre derechos y remedios no era concluyente. Invitaba a realizar dos interpretaciones opuestas, simétricamente insatisfactorias. Daryl Levinson llama a la primera de ellas el “esencialismo de los derechos”¹³⁵. Esta visión ve a la determinación de responsabilidad como la función judicial esencial, y a la formulación de remedios como una función derivada y secundaria. La declaración de un derecho sustantivo toma su legitimidad de manera directa del rol de los tribunales de elaborar y proteger esos derechos. Determinar remedios es una actividad auxiliar, necesaria para dar efectos prácticos a la determinación de responsabilidad, pero basada en menor medida en principios jurídicos.

La evolución del derecho de interés público analizada en la sección II sugiere algunas objeciones importantes a este punto de vista. Retratar la función de los jueces como la declaración de derechos, de manera independiente del esfuerzo por hacerlos operativos en circunstancias concretas, ignora las dimensiones prácticas de la resolución de controversias. También interpreta mal la psicología de la toma de decisiones judiciales, al sugerir que las dificultades potenciales en la implementación de los derechos no influyen de manera determinante su declaración. Además, si la idea del “hombre malo” de Holmes¹³⁶, a quien solo le importan las sanciones y recompensas tangibles¹³⁷, captura alguna dimensión real de la vida social, entonces es el remedio el que va a determinar el impacto de un caso en la conducta futura de los individuos¹³⁸.

La visión contraria insiste, con el “hombre malo” de Holmes, en que solo el remedio es importante. Ignora que el remedio nace de un esfuerzo reflexivo para darle sentido a un derecho. Tanto el esencialismo de los derechos como el positivismo crudo subestiman la interdependencia entre la declaración de derechos y la formulación de remedios. El remedio es una elaboración de los derechos en juego y no un esfuerzo técnico por ejecutar una norma previamente definida, como implica el esencialismo de los derechos. Tampoco es un ejercicio de discrecionalidad instrumental, como sugiere el positivismo. Además, ninguna de las perspectivas captura las dos distinciones más importantes entre las fases del proceso de toma de decisiones en el nuevo derecho de interés público. En primer lugar, el paso a la fase remedial en

¹³⁵ Daryl Levinson, *Rights Essentialism and Remedial Equilibration* [El esencialismo de los derechos y el equilibrio remedial], 99 *Columbia Law Review* 857, 858 (1999).

¹³⁶ [N. de T.] Esta noción refiere al término acuñado por Oliver W. Holmes en *La senda del derecho* (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975) y describe a la persona que viola las leyes pero no le preocupa el aspecto moral de esas violaciones sino poder predecir qué resolverán los jueces frente a su acción ilegal.

¹³⁷ Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law* [La senda del derecho], 10 *Harvard Law Review* 457, 459 (1897).

¹³⁸ Ver, en general, Levinson, *supra* nota 119.

los casos de experimentalismo frecuentemente va a involucrar un cambio de procesos, personal, y metodología. El rol del juez pasa de ser el de determinar directamente el fondo de un asunto, al de facilitar un proceso de deliberación y negociación entre las partes interesadas. Las determinaciones de un juez en la fase de establecimiento de responsabilidad pueden tener en consideración los resultados anticipados para este proceso solo en una medida pequeña, porque las mismas limitaciones en el conocimiento del juez que lo fuerzan a iniciar el proceso también limitan su habilidad de anticipar sus resultados¹³⁹.

En segundo lugar, el efecto de incentivo o desincentivo en potenciales futuros demandados no depende de las especificidades del remedio en ningún caso en particular. A diferencia de la ingeniería social que trata de regular al "hombre malo" de Holmes, quien produce normas de acuerdo con el experimentalismo no intenta definir remedios de manera precisa para inducir un patrón de conducta deseado, porque no sabe con especificidad cuál es ese patrón de conducta. El mensaje que el nuevo derecho de interés público envía a los futuros demandados no es que van a sufrir una serie consecuencias específicas en el caso de incumplimiento, sino que van a perder su independencia y van a tener más incertidumbres. La incertidumbre no representa una falla de articulación, sino el eje deliberado del mensaje.

Un aspecto crítico, tanto de las dimensiones declarativas como remediales del nuevo litigio de interés público, es bien captado por la noción de Roberto Mangabeira Unger de "derechos de desestabilización". Esta idea es parte de un programa institucional detallado de "democracia empoderada" que concluye el trabajo de 1987 de Unger, "Falsa Necesidad": "los derechos de desestabilización protegen el interés de los ciudadanos en abrir las organizaciones de gran escala o las grandes áreas de prácticas sociales que permanecen cerradas a los efectos desestabilizantes del conflicto ordinario, y por eso mantienen jerarquías insulares de poder y de ventajas"¹⁴⁰.

La desestabilización induce a la institución a reformarse en un proceso en el que debe responder ante ciertas partes interesadas antes excluidas. Aunque Unger describe la idea de manera breve, usa el litigio de interés público de Chayes como un ejemplo. Pensamos que la práctica de los casos de interés público desde la época de la aparición del libro de Unger puede ser considerada tanto una prueba como una elaboración de esta idea.

La desestabilización describe de manera útil tanto el remedio y el proceso por el que se articula el significado del derecho sustantivo de fondo en estos casos. En el nuevo derecho de interés público, el juez no ejerce su discreción en cada caso para elegir entre un abanico infinito de respuestas posibles a un determinado problema. En cambio, habiendo identificado una violación a alguna norma general -el derecho a una educación adecuada, el derecho

¹³⁹ Cuando el demandado admite la responsabilidad en la negociación, el cambio de la fase de determinación de responsabilidad al remedio es menos marcado. Puede haber poco cambio en el proceso o personal, pero es probable que haya cambios en la perspectiva y metodología.

¹⁴⁰ Unger, supra nota 13, al 530.

de acceso a la justicia-, impone el único remedio que la fase declarativa ha mostrado que es el apropiado: la desestabilización institucional. Este remedio tiene una estructura semejante en todas las áreas. Además, la fijación judicial de estándares de manera responsable ante el público en la fase de establecimiento de responsabilidad construye un puente entre la afirmación inicial de un derecho sustantivo y el futuro remedio.

En la parte restante de esta sección, desarrollamos el entendimiento del nuevo derecho de interés público como derechos de desestabilización. Empezamos por identificar los precedentes de los derechos de desestabilización en el derecho privado tradicional. En este punto sugerimos que la distinción Chayes entre derecho “tradicional” y “de interés público” esconde una característica relevante del primero que anuncia la versión experimentalista del segundo. Luego, describimos los derechos y remedios de interés público como formas de desestabilización deliberada y reflexiva. La intervención experimentalista es una analogía para las instituciones públicas de la desestabilización permanente que las normas del *common law* inducen en los mercados privados. Esa intervención subvierte el “enmascaramiento” de las instituciones, al sujetarlas tanto al control permanente de las partes interesadas como a evaluaciones en base a comparaciones controladas con el desempeño de instituciones pares.

El comienzo de estos regímenes experimentalistas está precedido por negociaciones remediales. Estas negociaciones son inducidas y acrecentadas por una desestabilización intensa que resulta de la intervención inicial del tribunal. Las partes definen los remedios, pero es poco probable que puedan hacerlo sin esa intervención. La contribución principal del tribunal es indicar de manera pública que el status quo es ilegítimo, y que no puede continuar. Nosotros mostramos que esta intervención tan general puede tener una serie de efectos que hacen posible que dos partes adversarias colaboren de modo productivo para diseñar un régimen remedial específico.

B. La cuestión de la desestabilización en el litigio de derecho privado

El artículo de Chayes se basa en un contraste entre el “modelo tradicional” de litigio privado, y las acciones contra los agentes públicos que buscan un remedio no monetario estructural. Él caracterizaba al litigio tradicional como “bipolar” (afecta solo a dos partes), “retrospectivo” (se ocupa de hechos pasados), relativo a reclamos de un derecho que conlleva remedios definidos y proporcionales al daño alegado, autosuficiente (en el sentido de la que decisión final termina el involucramiento del tribunal), y controlado por las partes (asumiendo un rol judicial pasivo)¹⁴¹.

Pero incluso en los casos en que funciona básicamente como un mecanismo de resolución de disputas, el common law tiene efectos de precedente que se ramifican más allá de los casos individuales y formatean el trasfondo de reglas generales que regulan la interacción social. En áreas como los daños y perjuicios

¹⁴¹ Chayes, *supra* nota 1, págs. 1282-83.

y las quiebras, además, el *common law* busca operar tanto como un sistema de regulación social como de resolución de disputas. Al ignorar el modo en que los aspectos conscientemente regulatorios, sistémicos, de la resolución de controversias tradicional implicaban tanto un poli-centrismo como una desestabilización, Chayes exageró la novedad del litigio de interés público. Es cierto que esta continuidad con el litigio tradicional era menos aparente en las prácticas de comando y control que eran prevalecientes cuando él escribió. Pero esta continuidad se ha vuelto más visible en la práctica experimentalista de los últimos años. La tendencia del *common law* a desestabilizar prácticas sociales solidificadas anticipa una cuestión central del derecho de interés público experimentalista.

1. Precedente y poli-centrismo. - La resolución de controversias del *common law* genera tanto la resolución de una disputa entre dos partes como una norma -el precedente- que debe guiar casos futuros y, por implicancia, la conducta social. Chayes reconocía la doctrina del precedente, pero la asociaba principalmente con los tribunales de apelación. Él describía a los tribunales de primera instancia como abocados a cuestiones de hecho, y señalaba que esta función era remitida típicamente a la "caja negra" de la determinación de los jurados¹⁴². Dado que los jurados no fundamentan sus veredictos, sus decisiones son ambiguas y tienen poco efecto formal de precedente.

Pero los jurados deciden casos bajo las instrucciones sobre el derecho que les dan los jueces; y éstos pueden tomar decisiones que evitan al jurado en un caso, o pueden dejar sin efecto las decisiones de aquéllos, o tomar muchas medidas que influyen los asuntos y la prueba que el jurado va a evaluar. Todas estas decisiones están formalmente sujetas al *stare decisis*¹⁴³. La decisión de un tribunal es obligatoria para los tribunales inferiores, si es que hay alguno, y para el tribunal mismo en casos futuros; además, tiene valor persuasivo para los tribunales de otras jurisdicciones. La mayoría de las decisiones de los tribunales de primera instancia no se publican oficialmente, pero están muchas veces disponibles en línea, o son informadas por la prensa y por canales informales. En los hechos, sabemos que muchas de las decisiones de los tribunales de primera instancia y de los veredictos de los jurados influyen en la conducta como indicadores del comportamiento posible de los tribunales en casos futuros¹⁴⁴. Y, está claro, los casos de tribunales superiores empiezan como decisiones de primera instancia, y sus resultados muchas veces están muy influidos por las acciones de los tribunales inferiores que deciden sobre derechos y definen la forma de encuadrar los antecedentes de un caso.

Por ende, en su dimensión de precedente las decisiones de los tribunales de primera instancia en los casos típicos del *common law* comparten

¹⁴² Ver id. págs. 1285-88

¹⁴³ [N.de T.] Esta noción latina se refiere al deber de "estarse a lo decidido", y en concreto alude al deber de los tribunales del *common law* de seguir las decisiones emitidas en casos anteriores.

¹⁴⁴ Ver en general, por ejemplo, Lauren B. Edelman y otros, *Professional Construction of Law: The Inflated Threat of Wrongful Discharge* [La construcción profesional del derecho: la amenaza inflada del despido ilegítimo], 26 *Law & Society Review* 47 (1992).

algunas características que Chayes le atribuía al litigio de interés público. Dichas decisiones tienen efectos que se extienden más allá de las partes: los demandados muestran su conciencia a este respecto cuando coordinan sus estrategias en el juicio entre sí, o siguen casos en los que no están directamente involucrados. Los jueces, al tomar decisiones, usualmente intentan considerar los efectos de aquéllas como precedentes; y estos efectos futuros no son necesariamente proporcionales con (o predecibles a partir de) el daño alegado por el actor frente al tribunal. En la medida en que el caso genera un precedente, la demanda no se agota en sí misma, pues el tribunal va a volver a usar el precedente en el futuro. Al aplicar y elaborar esa decisión, el tribunal mira a sus propias decisiones anteriores y a las de otros tribunales, y no solo a los antecedentes del caso que tiene que resolver.

Por último, el aspecto de precedente de las decisiones del *common law* hace menos nítida la distinción entre problemas simples y autónomos por un lado, y problemas complejos y con ramificaciones por el otro, que es muy común en la literatura sobre litigio de interés público¹⁴⁵. Chayes asociaba al litigio privado con disputas autónomas, y al litigio de interés público con lo que Lon Fuller llamó problemas “poli-céntricos”¹⁴⁶. La metáfora de Fuller para los problemas poli-céntricos era la de la telaraña: tirar de una cuerda en un punto genera un movimiento que se siente en toda la red. La resolución de controversias, sugería, es más apropiada para problemas localizados y autónomos. Cuando los efectos de resolver una disputa en particular se ramifican de manera amplia, él argumentaba, la resolución de controversias no es una actividad apropiada. Un ejemplo clave mencionado por Fuller y tomado por autores más tarde es el de la asignación de recursos en un presupuesto determinado¹⁴⁷. La decisión de aumentar el financiamiento para una actividad en particular requiere que se quiten recursos de otras, y quizás también hacia otras, en la medida en que el nuevo compromiso exija gastos complementarios (por ejemplo, más gasto en policía puede requerir más gasto en tribunales y prisiones). Sin embargo, los partidarios del litigio de interés público señalan problemas que los tribunales tratan de manera rutinaria, y que parecen ser poli-céntricos, como las sucesiones¹⁴⁸ y los divorcios. Además, cada decisión judicial implica una asignación de recursos públicos suficientes para implementarla; los gastos de implementación, incluso de los casos típicos de derecho privado, muchas veces son sustanciales y la implementación puede depender de la iniciativa discrecional de los agentes públicos, como los agentes encargados de identificar y ejecutar los bienes de un demandado.

Si nos enfocamos en los aspectos de precedente de la resolución de controversias del *common law*, vemos otro aspecto sorprendente en el que la

¹⁴⁵ Ver, por ejemplo, *Missouri v. Jenkins*, 515 U.S. 70, 135-36 (concurrencia del Juez Thomas) (1995); Fletcher, *supra* nota 1, págs. 645-50.

¹⁴⁶ Ver Chayes, *supra* nota 1, pág. 1304 (citando a Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication* [La forma y los límites de la resolución de controversias], 92 *Harvard Law Review* 353, 395-98 (1978)). El artículo de Fuller circuló en manuscrito por varios años antes de ser publicado, y Chayes citó esa versión. Ver *id.* al 1304 n° 94.

¹⁴⁷ Ver Fuller, *supra* nota 128, págs. 394-96.

¹⁴⁸ Ver Theodore Eisenberg y Stephen C. Yeazell, *The Ordinary and the Extraordinary in Institutional Litigation* [Lo ordinario y lo extraordinario en el litigio institucional], 93 *Harvard Law Review*, 465, 479-86, 488-93 (1980).

resolución de controversias típica es poli-céntrica. Sean cuales sean los efectos directos, obligatorios de una decisión, sus efectos de precedente en general se ramifican en formas innumerables y muchas veces imprevistas¹⁴⁹. Un caso de negligencia, por ejemplo, en general va a fijar un estándar que eleva los costos de una práctica o de un producto, y esos costos pueden o no ser transferidos a los consumidores. La satisfacción de ese estándar puede aumentar y disminuir la demanda del productor sobre otros bienes y servicios. La modificación de la conducta del productor, o los cambios del producto, pueden tanto aumentar como disminuir su atractivo para los consumidores con relación a otros productos. La modificación puede inducir desarrollos tecnológicos, generando beneficios que se extienden a otros productos, o de manera alternativa, fomentar el estancamiento tecnológico. Aun así, el tribunal en general decide en base a una parte pequeña de toda la información relevante. El hecho de que esas doctrinas puedan tener efectos muy grandes pero inciertos es una premisa dominante del pensamiento jurídico contemporáneo¹⁵⁰. Esta premisa es evidente, por ejemplo, en los debates actuales sobre responsabilidad por daños y perjuicios. Aunque no están de acuerdo sobre cuáles son los efectos de esa responsabilidad, la mayoría de los autores asumen que son grandes. Pero incluso aquellos autores que consideran esos efectos como negativos, los ven como problemas de doctrinas específicas¹⁵¹ más que como motivos por los que los tribunales no están en condiciones de resolver ese tipo de casos.

2. Los aspectos desestabilizadores de las regulaciones del *common law*. – Joseph Schumpeter acuñó la frase “destrucción creativa” para resaltar que los procesos del mercado que generan desarrollo económico dependen de subversiones institucionales abruptas y frecuentes, y de reorganizaciones¹⁵². Las normas del *common law* juegan un rol importante en este proceso. Hay dos ejemplos especialmente importantes de derecho de daños: el deber de cuidado ante terceros y la inmunidad de la competencia de precios.

El deber de cuidado hace a las industrias responsables, en general mediante daños, por las consecuencias de sus prácticas socialmente irrazonables. La razonabilidad se mide tanto en términos de eficiencia y justicia. Mientras que las costumbres de una industria se usan muchas veces como una representación tanto de la eficiencia como de la justicia ellas no son determinantes, e incluso prácticas viejas y universales han sido interpretadas como irrazonables¹⁵³.

¹⁴⁹ Ver Owen M. Fiss, *The Supreme Court, 1978 Term--Foreword: The Forms of Justice* [La Corte Suprema, Término de 1978- Prólogo: las formas de la Justicia], 93 *Harvard Law Review* 1, 39-44 (1979) (que sugiere que toda declaración de normas judicial es poli-céntrica). Aunque él asoció la resolución de controversias tradicional del *common law* con problemas “uni-céntricos”, Fuller reconoció que el precedente le daba una dimensión poli-céntrica. Ver Fuller, *supra* nota 128, al 398. Él no elaboró esta idea, sin embargo, excepto para especular al pasar que el hecho de que las normas de precedente fueran desarrolladas de manera flexible y gradual podría hacerlas adaptables a los problemas poli-céntricos. La mayoría de los críticos del derecho de interés público que desarrollaron la idea de poli-centrismo ignoraron esta calificación.

¹⁵⁰ Dos historias prominentes le atribuyen grandes efectos sociales al *common law* del siglo diecinueve. Ver Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law* [La transformación del derecho estadounidense], 1780-1860 (1977); J. Willard Hurst, *Law and the Conditions of Freedom in the Nineteenth-Century United States* [El derecho y las condiciones para la libertad en los Estados Unidos del siglo diecinueve] (1956).

¹⁵¹ Ver, por ejemplo, Peter W. Huber, *Liability: The Legal Revolution and Its Consequences* [Responsabilidad: la revolución legal y sus consecuencias] 3-18 (1988).

¹⁵² Joseph A. Schumpeter, *Capitalism, Socialism, and Democracy* [Capitalismo, Socialismo y Democracia] 81-86 (3ra. Ed. 1950).

¹⁵³ Ver, por ejemplo, *The T.J. Hooper*, 60 F.2d 737, 740 (Segundo circuito, 1932).

Cuando un tribunal implementa los estándares más comunes de una industria, en los hechos está presionando a las compañías más débiles y menos expertas. Algunas van a mejorar sus prácticas, otras se van a ir del rubro. Así, cuando un tribunal eleva los estándares para la industria, presiona a todas las empresas. Y la pauta de razonabilidad se revisa permanentemente, pues se elabora en el contexto de unas circunstancias sociales particulares. Por ende, es difícil que las compañías se puedan relajar con confianza en que sus prácticas actuales van a ser suficientes, ya que es posible que sean presionadas para mejorar.

La regla de competencia de precios es lo opuesto a una regla de responsabilidad; en principio protege a aquellos que compiten de manera exitosa mediante la calidad o precio de un producto de los reclamos de los productores no exitosos, perjudicados por las actividades de los primeros¹⁵⁴. Esta norma expone a los actores económicos a una vulnerabilidad inevitable, y a pérdidas potencialmente devastadoras y por ende promueve un mejor desempeño. Como en el caso del deber de cuidado, la inmunidad de la competencia de precios crea presiones para el cambio continuo, y muchas veces genera interrupciones y pérdidas.

Las normas del *common law* como el deber de cuidado y la inmunidad de la competencia de precios regulan de manera indirecta y parcial. Algunas veces, sin embargo, los tribunales del *common law* se involucran de manera más directa y omnicomprendensiva en reestructurar compañías. Dos áreas son especialmente importantes en este punto: la defensa de la competencia y las quiebras.

La defensa de la competencia consiste en una serie de herramientas diseñadas para desestabilizar compañías que reducen su vulnerabilidad a las presiones de la competencia. De hecho, esta doctrina obliga a las empresas a permanecer abiertas a esas presiones. Algunas veces, los daños y la prohibición de ciertas prácticas son considerados suficientes. Otras veces, cuando una empresa o un grupo adquieren poder monopólico u oligopólico, los tribunales se ven obligados a realizar reestructuraciones directas y omnicomprendensivas. A través de los años, grandes partes de las industrias del petróleo, tabaco, cemento, y cinematográfica, entre otras, han sido reestructuradas por decisiones judiciales basadas en leyes de defensa de la competencia¹⁵⁵.

Las quiebras son otra área en la que los tribunales han realizado reorganizaciones directas y omnicomprendensivas. Chayes notó al pasar que “desde 1870 a 1933, los jueces federales, mediante interventores, reorganizaron más de 1000 vías de tren”; pero consideró que estas actividades estaban fuera de la tarea central de los tribunales del *common law*¹⁵⁶. Una buena parte de este trabajo de reorganización se concentra en los tribunales federales de quiebras. Sin embargo, los tribunales estatales con competencia general tienen un poder

¹⁵⁴ La norma quedó firmemente establecida recién en el siglo diecinueve. Antes de eso, las empresas establecidas en muchas líneas de negocios a veces podían recuperar de los competidores exitosos, por “pérdida de la clientela”. Ver Horwitz, *supra* nota 132, al 114-16.

¹⁵⁵ Ver en general Robert A. Skitol, *The Shifting Sands of Antitrust Policy: Where It Has Been, Where It Is Now, Where It Will Be in Its Third Century* [Las arenas cambiantes de la política de defensa de la competencia: dónde ha estado, dónde está ahora, y dónde va a estar en su tercer siglo], 9 *Cornell Journal of Law & Public Policy* 239 (1999).

¹⁵⁶ Chayes, *supra* nota 1, al 1303 n° 92.

sustancial para reestructurar organizaciones en casos en los que haya una quiebra o riesgo de ella. El derecho de quiebras tiene aspectos tanto de re-estabilización como de desestabilización. Uno de sus objetivos principales es proteger a las empresas en contra de las presiones excesivamente desestabilizantes que se pueden generar cuando los acreedores ejercen sus reclamos de manera individual, sin coordinación. El desorden consecuente genera riesgos tanto de una distribución desordenada como de destruir empresas potencialmente viables. El derecho de quiebras mitiga los efectos desestabilizantes destructivos de los contratos. Pero en otra dimensión, el derecho de quiebras desestabiliza: desmantela la posición que los dueños o administradores de los deudores tendrían de otro modo. Una vez que el proceso hacia una decisión se frena por la intervención pública o el acuerdo entre acreedores, el deudor tiene algunas ventajas. Tiene la mejor información sobre las condiciones y perspectivas del negocio, y puede negociar su estrategia sin las dificultades que enfrenta una coalición diversa de acreedores. Otros aspectos del proceso de quiebra están, por ende, diseñados para igualar la balanza, al forzar al deudor a revelar información, facilitar la coordinación entre acreedores y, en un caso extremo, disponer el desplazamiento del deudor o de sus directivos¹⁵⁷.

En un plano más general, la cuestión de la desestabilización está reflejada en dos características persistentes de las normas del *common law*. En primer lugar, el precedente del *common law*, en su versión paradigmática de una decisión de daños, regula de manera indirecta. Indica que aquellos en la posición del demandado van a tener que pagar daños por lesiones futuras semejantes, pero no dicta una conducta específica. En muchos casos, da libertad a los demandados para elegir entre compensar en el futuro o reducir el daño, y sobre cómo reducirlo. En segundo lugar, una norma del *common law* tiene textura abierta y es flexible. Tiene textura abierta en el sentido de que declara un principio más que una regla rígida o específica, y el principio está embebido en una serie de hechos. Su aplicabilidad futura tiene que determinarse con razonamientos informales y analógicos. Una norma del *common law* es flexible en el sentido de que siempre está abierta a revisión, modificación y elaboración. Sea que este proceso se presente como un intento por delinear principios perennes y amorfos, o como un proceso de permanente ajuste regulatorio, lo cierto es que las normas del *common law* tienen una calidad provisional.

Chayes ignoraba estos aspectos regulatorios y desestabilizadores del *common law* por dos razones relacionadas. Primero, como ya notamos, veía al *common law* en gran medida como un mecanismo de resolución de controversias que resolvía casos de a uno, sin alterar las prácticas establecidas del mercado. En segundo lugar, él asociaba la regulación efectiva en la época del Estado Administrativo con el modelo de comando y control y una serie omnicompreensiva de reglas fijas y rígidas. La resolución de controversias en el derecho de interés público, en su concepción, era básicamente una innovación en el proceso de emisión de normas, no en el tipo de normas que se generaban. Por ende, tenía una

¹⁵⁷ Ver Thomas H. Jackson, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law* [La lógica y los límites del derecho de quiebras] 7-19, 193208 (1986).

doble reticencia a detectar la corriente regulatoria del derecho “tradicional”.

Pero la evolución del derecho de interés público mismo demuestra las limitaciones de esta perspectiva. La tendencia en los remedios estructurales, ya hemos visto, se aleja del comando y control hacia iniciativas que se basan en las características de indirección y provisionalidad típicas de las normas del common law, e incluso las sistematiza.

C. Derechos de desestabilización

Un derecho de desestabilización, en el derecho de interés público, es un derecho a desenmascarar o desmontar una institución cuando, en primer lugar, no satisface los estándares mínimos de desempeño adecuado y, en segundo lugar, tiene una inmunidad sustancial respecto de los mecanismos políticos convencionales para corregir ese incumplimiento. En el patrón típico de una demanda moderna de interés público, la demostración (o admisión) de responsabilidad genera un proceso de negociación y deliberación supervisadas entre las partes y otros interesados. El resultado característico de este proceso es un régimen de reglas continuas o provisionales que se revisan periódicamente en función de evaluaciones transparentes sobre su implementación.

1. Un caso *prima facie*.- El caso *prima facie* para la desestabilización del derecho de interés público tiene dos elementos: la falla en alcanzar estándares y el bloqueo político. El primer elemento es explícito y es el foco de la prueba y las alegaciones en la fase de establecimiento de responsabilidad. El segundo se discute menos, pero aun así es una premisa de fondo relevante.

La determinación sobre el cumplimiento de estándares mínimos es el aspecto menos controversial de la resolución de conflictos de reforma institucional. Muchas veces la alegación de que la institución no cumple estándares mínimos está fuera de discusión¹⁵⁸. Frecuentemente, los administradores de la institución empatizan y hasta apoyan estos reclamos porque ellos mismos han estado tratando de hacer que las instituciones cumplan. Incluso los agentes públicos de mayor jerarquía, incluidos los gobernadores e intendentes, están dispuestos a veces a admitir este punto, en especial cuando pueden culpar a las administraciones anteriores. Por eso, la administración Dukakis se negó expresamente a defender lo “indefendible”, y aceptó que las instituciones de salud mental de Massachusetts no cumplieran con estándares mínimos, y la administración de Williams en el Distrito de Columbia admitió que las instituciones para personas con discapacidad mental del distrito eran inaceptables. El director de prisiones de Arkansas incentivó el cuestionamiento de un tribunal federal respecto de las instituciones que él dirigía, y cooperó con los actores y el tribunal. En el litigio de prisiones de Texas, un abogado del Departamento Correccional informó al Procurador General del Estado que las condiciones en las prisiones eran, en algunos aspectos, peores de lo que los actores alegaban. En el caso

¹⁵⁸ La frecuencia del acuerdo entre las partes sobre la responsabilidad y el remedio es enfatizada en Sandler y Schoenbrod, *supra* nota 8, al 122; Rebell, *supra* nota 41, al 90; y Margo Schlanger, *Beyond the Hero Judge: Institutional Reform Litigation as Litigation* [Más allá del juez héroe: el litigio de reforma institucional como litigio], 97 *Michigan Law Review* 1994, 2012-13 (1999).

de desegregación de Kansas City, el distrito escolar inicialmente se unió a los padres como actor en contra del estado, y solo más tarde fue reposicionado por el tribunal como demandado. En Pittsburgh, un nuevo jefe de policía adoptó los procesos de monitoreo que quería el Departamento de Justicia, en el proceso de distanciarse de la reputación dudosa de la administración anterior¹⁵⁹.

En la medida en que la determinación de responsabilidad esté discutida, el rol del tribunal es esencialmente igual a su rol en un caso tradicional de daños. De hecho, el tribunal mira a los estándares de la industria para definir lo que es un cumplimiento mínimo. Los estándares se prueban mediante el testimonio de expertos sobre la práctica habitual, por agentes con experiencia o por organizaciones que fijan estándares dentro de un determinado campo. En materia educativa, los tribunales miran el desempeño de los estudiantes en exámenes estandarizados, y las calificaciones de los docentes con relación a estándares de organizaciones acreditadas. En los casos sobre prisiones, los estándares establecidos por la Asociación Estadounidense Correccional y la Agencia Federal de Prisiones han tenido un rol crítico. Los estándares nacionales sobre conducta policial han surgido de manera reciente, pero la Comisión sobre Acreditación de las Agencias de Actuación Policial juega un rol esencial. Los tribunales en los litigios sobre vivienda pública observan el sistema de evaluación de desempeño del DVDU, como así también el Código Uniforme de Viviendas promulgado por la Conferencia Internacional de Oficiales de la Construcción. Algunas veces estos estándares fueron explícitamente incorporados a las leyes en las que los actores basaron sus reclamos, como en el caso de los estándares del código de viviendas. Mas comúnmente, los tribunales han determinado la relevancia de los estándares respecto de normas constitucionales o legales en general. Aunque las disputas sobre algunas particularidades de estas pautas son habituales, el principio de usar esos estándares para interpretar normas generales ha sido aceptado en buena medida.

El segundo elemento de un caso *prima facie* -la inmunidad de una institución a la corrección política- es distintivo del campo del derecho de interés público¹⁶⁰. El proceso clásico del *common law* opera en un ambiente de competencia de mercado. Cuando ciertos actores privados se inmunizan de la competencia, las leyes de defensa de la competencia pueden intervenir. En contraste, las instituciones gubernamentales tienden a ser monopolísticas. Sus mecanismos principales de rendición de cuentas suelen ser electorales o políticos. Las normas del derecho de interés público juegan un rol análogo al de las de defensa de la competencia, al alterar instituciones que se han vuelto fortificadas frente a las

¹⁵⁹ Ver Ricci v. Okin, 537 F. Supp. 817, 820-21 (Distrito de Massachusetts, 1982) (que advierte que el reconocimiento de la administración de Dukakis de las condiciones "indefendibles"); Evans v. Williams, 139 F. Supp. 2d 79, 96-97 (D.D.C. 2001) (que advierte que los agentes habían estipulado que "el gobierno del Distrito ha fallado fundamentalmente en su obligación hacia las personas con discapacidad", pero insistieron en que la falla había ocurrido bajo administraciones anteriores); Feeley y Rubin, supra nota 6, págs. 59-63 (Arkansas); id. al 88-89 (Texas); Missouri v. Jenkins, 495 U.S. 33, 37 (1990) (Kansas City); Davis y otros, supra nota 87, al 7 (Pittsburgh).

¹⁶⁰ Dado que rechazamos la idea de que los tribunales estén especialmente o incluso -por sí solos- adecuadamente calificados para elaborar derechos de interés público, no estamos de acuerdo con la alegación de Owen Fiss de que la función tradicional de declarar el derecho de los tribunales sea una base suficiente para el litigio de interés público, en ausencia de una falla política. Ver Fiss, supra nota 131, págs. 6-13. Como hemos indicado antes, en la mayoría de los casos el establecimiento de una falla de desempeño inaceptable, o alguna forma de falla política, también es evidente. Pero hay excepciones en las que el proceso político parece adecuado para abordar las fallas de desempeño, y los tribunales deberían abstenerse. Ver, por ejemplo, Marisol A. ex rel. Forbes v. Giuliani, 185 F.R.D. 152, 164 (Distrito Sur de Nueva York, 1982) (discutido infra, nota 222).

presiones políticas¹⁶¹. El elemento político del caso prima facie en general no es explícito, pero parece ser una premisa importante de la mayoría de los casos. En este sentido, hay tres patrones recurrentes. El primero involucra al control político mayoritario que no responde a los intereses de las minorías vulnerables y estigmatizadas¹⁶². Las minorías pueden ser un grupo racial, como en algunas versiones de los casos de educación, vivienda y policía. También puede ser un grupo socialmente estigmatizado sobre la base de una conducta o de sus características, como los presos o los pacientes con afectaciones de salud mental. Algunos casos parecen seguir un segundo parámetro: la “lógica de la acción colectiva”, en donde un grupo concentrado con muchos intereses en juego explota o ignora a un grupo más numeroso pero más difuso con intereses que colectivamente son mayores, pero individualmente pequeños¹⁶³. Chayes enfatizó este patrón. Él vio a la reforma institucional como algo comparable con los desarrollos, entonces recientes, del derecho administrativo influidos por la noción de que las agencias regulatorias eran susceptibles de ser “cooptadas” por las industrias que regulaban, a costa de grupos de consumidores más dispersos (en el caso de regulaciones de precios) o de residentes locales (en los casos de regulaciones ambientales)¹⁶⁴. Los tribunales respondieron a esos problemas aumentando el acceso de los representantes de los residentes, consumidores, y organizaciones cívicas al procedimiento administrativo, y aumentando la rendición de cuentas de esas agencias frente a dichos grupos¹⁶⁵. En el litigio de interés público, las preocupaciones más comunes sobre la “cooptación” se enfocaron en los empleados públicos. En las filas más altas, los agentes con competencia en vivienda o prisiones pueden explotar su control de las instituciones públicas para favorecer amigos y a quienes los apoyan, o incluso generarse ganancias. En los niveles más bajos, como en el caso patrulleros de policía o custodias en las instituciones de salud mental, los agentes pueden sentir satisfacciones personales por abusar su poder sobre los ciudadanos o las personas privadas de su libertad, o simplemente pueden eludir sus deberes.

Y en todas las áreas, también se puede observar un tercer patrón que se superpone con uno o ambos de los dos anteriores: el dilema del prisionero, en el que los grupos se encuentran en un equilibrio de bajo nivel que se podría mejorar en general, pero solo mediante acciones coordinadas que las instituciones existentes no son adecuadas para inducir¹⁶⁶.

Los enfoques de opresión de las minorías y de “cooptación” no explican la gran discrecionalidad que muchas veces tienen los demandados en la fase remedial. Colin Diver se pregunta cómo puede ser que a los demandados, luego de que se probó que han violado de manera sistemática y extendida los derechos de los

¹⁶¹ La frase de John Hart Ely, “despejar los canales de cambio político” parece pertinente aquí, aunque él la aplica a la función más acotada de vigilar el proceso electoral. Ver John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* [Democracia y desconfianza: una teoría de la revisión judicial], 10534 (1980).

¹⁶² Ver, en general, id.

¹⁶³ Ver, en general, Mancur Olson, Jr., *The Logic of Collective Action* [La lógica de la acción colectiva] (1965).

¹⁶⁴ Ver Chayes, *supra* nota 1, al 1310.

¹⁶⁵ Ver Richard B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law* [La reforma del derecho administrativo estadounidense], 88 *Harvard Law Review* 1667, 1723-57 (1975).

¹⁶⁶ Ver, en general, Russell Hardin, *Collective Action* [Acción colectiva] (1982).

actores, se les permita tener el liderazgo para diseñar e implementar el remedio para sus propias ilegalidades¹⁶⁷. Por supuesto, el demandado no siempre tiene ese rol. Una determinación de responsabilidad se sigue indefectiblemente de algunas restricciones o ajustes a su autoridad, y en situaciones límites -cuando los tribunales deciden una intervención- el demandado puede ser desplazado o reestructurado. Pero la pregunta de Diver es pertinente en los muchos casos en los que el tribunal permite que el demandado juegue este rol dominante. Parte de la respuesta reside en el hecho ya mencionado de que los demandados, o una buena parte de los miembros dentro de las instituciones demandadas, muchas veces empatizan con los reclamos de los actores. Y de manera más frecuente aún, los demandados agradecen los nuevos recursos que la decisión atrae, provenientes fuentes gubernamentales no partidarias y privadas. En muchos casos, el gobierno federal ha retenido fondos por los mismos problemas de los que se quejan los actores, y el remedio hace que esos recursos estén disponibles otra vez. Las universidades y organizaciones de la sociedad civil también hacen algunas veces compromisos significativos de recursos para las decisiones de reforma educativo¹⁶⁸.

En principio, los demandados pueden negociar esas disposiciones por sí mismos, sin demandas judiciales. Es posible que no tengan una inclinación a hacerlo, pero también es posible que enfrenten obstáculos de coordinación serios para ello. Las agencias ejecutivas locales pueden estar limitadas en su habilidad de proveer la clase de garantías creíbles que harían que el gobierno federal y las organizaciones no gubernamentales se sientan cómodas dando nuevos recursos.

Hay alguna analogía aquí entre el rol de los tribunales de quiebras o de un interventor en una quiebra de una empresa. Parte del rol de un tribunal es resolver problemas de coordinación entre varias partes interesadas y la empresa. Libradas a actuar individualmente, las partes interesadas se comportarían en maneras destructivas colectivamente. Quienes están en control de una organización malgastarían sus bienes rápidamente en la expectativa de ser desplazados. Anticipando esto, cada parte interesada externa se apuraría por "agarrar" lo que pudiera antes de que desapareciera todo. La distribución resultante sería arbitraria y destruiría cualquier preocupación válida sobre la empresa. En cambio, la intervención del tribunal facilita la coordinación entre partes interesadas. El tribunal organiza un proceso en el que las partes reducen sus reclamos para permitir una distribución justa y, si la empresa tiene valor remanente, la continuación de aquélla. Cuando la empresa es viable, este proceso hace posible la atracción de nuevas inversiones. Y el proceso también permite el reemplazo de la administración o su supervisión por -o en nombre de- las partes interesadas¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Ver Diver, *supra* nota 2, al 82-83.

¹⁶⁸ Ver *Morgan v. Kerrigan*, 401 F. Supp. 216, 246-48 (Distrito de Massachusetts, 1975) (que describe el apoyo financiero federal y estadual a los programas que juntan universidades y escuelas como parte de una decisión de desegregación de Boston); Moore, *supra* nota 106, al 243-44 (que advierte el otorgamiento de fondos para modernización a la autoridad de vivienda de Boston); Raffel, *supra* nota 117, al 120-53 (que describe el apoyo de las organizaciones comunitarias a la implementación de una decisión de desegregación en Wilmington, Delaware); *Pioneering Panel Hastens Pace of Child Welfare Reform, Casey Connects* (Annie E. Casey Found., Baltimore, Md.), Primavera de 2000, página 1, disponible en http://www.aecf.org/publications/data/connects_spring_00.pdf (describe el apoyo de la fundación a la implementación de la reforma sobre bienestar de la niñez).

¹⁶⁹ Cfr. con David G. Epstein y otros, *Bankruptcy [Quiebras]* 737-41, 745-48 (1993).

El segundo elemento del caso *prima facie* -el bloqueo político- algunas veces resulta saliente en fases posteriores de un caso en las que el tribunal evalúa la adecuación de una respuesta administrativa o legislativa a una declaración inicial de responsabilidad. Por ejemplo, tanto la Corte Suprema de Justicia de Nueva Jersey en *Mount Laurel* como la Corte Suprema de Texas en *Edgewood* eventualmente mantuvieron acuerdos legislativos sobre las cuestiones involucradas en esos casos¹⁷⁰. No hay dudas de que hubo una presión política sustancial para que los tribunales lo hicieran (aunque el tribunal de Texas había rechazado dos esfuerzos legislativos anteriores). Pero también parece que los tribunales fueron influidos por el hecho de que las leyes emergieron de procesos que involucraban una gran movilización de actores diversos, incluidos representantes de la clase actora.

2. Remedios: la tendencia experimentalista. Algunas veces las decisiones en los casos de interés público toman una forma *in terrorem* o punitiva: amenazar o, menos veces, imponer sanciones para inducir el cumplimiento de otras órdenes¹⁷¹. Estas sanciones funcionan como una suerte de “penalidad por defecto”: un resultado que nadie preferiría, pero con la intención de inducir a las partes a negociar uno mejor¹⁷². En casos extremos, la intervención judicial puede suprimir de manera temporal la autoridad de los administradores de las instituciones demandadas, como por ejemplo con una intervención. Pero la decisión más característica en un caso de interés público le da la posibilidad sustantiva de adoptar decisiones a la administración de la institución. Aunque estas decisiones pueden tomar la forma de órdenes de no hacer relativamente simples y con alcance limitado, muchas veces aquéllas son más comprensivas.

Hemos visto una tendencia de los remedios comprensivos a dejar las prescripciones detalladas de comando y control, para adoptar un enfoque experimentalista. Esta tendencia queda captada de manera útil en un modelo con tres características generales. Ninguno de los casos que examinamos expresa del todo todas estas características, pero algunos se acercan bastante, y el modelo conecta de manera sistemática los aspectos distintivos y prometedores de todos ellos. Las características básicas de esta tendencia experimentalista son las siguientes.

¹⁷⁰ Ver *Hills Dev. Co. v. Township of Bernards*, 510 A.2d 621, 654-55 (Nueva Jersey, 1986); *Edgewood Indep. Sch. Dist. v. Meno*, 917 S.W.2d 717, 750 (Texas, 1995).

¹⁷¹ Ver, por ejemplo, *Evans v. Williams*, 35 F. Supp. 2d 88, 94 (D.D.C. 1999) (que impuso una sanción por incumplimiento de \$5 millones en contra de ciertos agentes del Distrito de Columbia), dejada sin efecto, 206 F.3d 1292 (Circuito del Distrito de Columbia, 1999), sentencia homologatoria aprobada por 139 F. Supp. 2d 79 (D.D.C. 2001); *Ramos v. Lamm*, 485 F. Supp. 122, 169-70 (Distrito de Colorado, 1979) (que ordenó cerrar una prisión de Colorado); *Edgewood Indep. Sch. Dist. v. Kirby*, 804 S.W.2d 491, 498-99 (Tex. 1991) (que aprobó una decisión que prohibía el financiamiento estatal a la educación a menos que se desarrollara un plan adecuado de financiamiento escolar); *Robert Cover et al., Procedure* 378 (3d ed. 2003) (que advirtió que un juez de primera instancia de Texas en un caso penitenciario había ordenado una sanción por incumplimiento de \$800.000 por día, luego rescindida al advertirse que había progreso); *Feeley y Rubin*, supra nota 6, al 124-25 (que informa las amenazas reiteradas, pero nunca ejecutadas, de un tribunal estadual por incumplimiento, contra la Comisión de Supervisores del Condado de Santa Clara en un caso de cárceles).

¹⁷² Ian Ayres y Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules* [Llenando los vacíos en los contratos incompletos: una teoría económica de las reglas subsidiarias], 99 *Yale Law Journal* 87, 97 (1989). Ayres y Gertner enfatizan la función los “intereses sancionatorios” en el derecho de los contratos para inducir a la parte con más información a revelarla. En nuestro contexto, la función esencial es forzar a sentarse a la mesa a la parte que, de otro modo, no estaría dispuesta a negociar.

Primero, la negociación de las partes interesadas. Las partes se reúnen para negociar un plan remedial¹⁷³. Otras partes interesadas se pueden sumar también, bajo estándares de intervención liberales: los grupos que alegan intereses significativos van a ser admitidos en las negociaciones, incluso si no son parte formalmente. De hecho, los grupos cuya participación se considera importante para el éxito de la reforma pueden ser invitados activamente si no se incorporan ellos mismos. Las negociaciones pueden estar supervisadas por un *special master* o por un mediador designado por el tribunal. Estos oficiales para-judiciales, quizás con asesores expertos seleccionados por el tribunal o las partes, van a ayudar a éstas a dialogar entre sí de manera organizada, a establecer una agenda y fijar reglas para la discusión, y a reunir información.

Las negociaciones son deliberativas. Las partes interesadas se encuentran cara a cara, y defienden sus posturas con razones. Se espera que se escuchen la una a la otra de buena fe y que estén abiertas a aprender. En la medida en que las propuestas de una parte residan en premisas fácticas, esa parte debe poner a disposición la información relevante bajo su control. El objetivo de la negociación es el consenso y las partes interesadas deberían estar abiertas a la posibilidad de que, dentro de las limitaciones impuestas por la determinación de responsabilidad, ellas puedan ponerse de acuerdo un régimen remedial. Aunque el *special master* o el facilitador se esfuerzan por lograr consenso, puede ser que finalmente no se alcance. El *master* puede tener que presentarse al tribunal con varias propuestas, o con una propuesta apoyada por él y un subgrupo de partes interesadas. Pero el estándar del consenso juega un rol valioso aun cuando dicho consenso no se alcance. Por ejemplo, previene el cierre prematuro y refuerza un compromiso de línea de base a la apertura y el respeto mutuos¹⁷⁴.

En la práctica, la medida en la que la deliberación ocurre en la formulación de remedios varía. Los demandados hostiles pueden resistirse a lidiar con los actores, aun si esa resistencia aumenta el riesgo de que el tribunal vaya a rechazar sus propias propuestas. Los *special masters* a veces prefieren reunirse con las partes interesadas sucesivamente y luego intentar diseñar un plan aceptable propio, en vez de fomentar las negociaciones directas¹⁷⁵. Sin embargo, las negociaciones directas, con o sin masters, son comunes. Por ejemplo, en *Plata*, el caso sobre salud en las prisiones de California, las partes acordaron no utilizar

¹⁷³ Para un análisis extensivo de esas negociaciones, incluyendo ilustraciones del rol de las partes en la formulación de remedios, ver Sturm, supra nota 15, al 1365-76. Al menos desde Lewis v. Casey, 518 U.S. 343 (1996), el tribunal de primera instancia le tiene que dar a la institución demandada la "primera oportunidad" de proponer un plan de remediación. Ver id. al 362 (con cita de Preiser v. Rodriguez, 411 U.S. 475, 492 [1973]) (comillas internas omitidas). Pero dado que el tribunal probablemente trate con respeto las objeciones a ese plan realizadas por los actores que han ganado en el fondo, el demandado aún tiene incentivos fuertes para negociar con los actores. Ver id. al 410 (disidencia del Juez Stevens) (que resalta "el proceso de negociación supervisada por el tribunal que generalmente debería preceder al remedio general").

¹⁷⁴ Para estudios de casos de deliberación de las partes interesadas en el contexto de las políticas públicas, ver The Consensus Building Handbook [El manual de la construcción de consenso] (Ed. Lawrence Susskind y otros, 1999). Nótese especialmente el relato de las negociaciones entre entidades de gobiernos estatales y municipales por la asignación de responsabilidad respecto de la vivienda accesible - el mismo tema general implicado en el litigio de Mount Laurel. Ver Lawrence Susskind y Susan L. Podziba, Affordable Housing Mediation [Mediación de vivienda accesible], en The Consensus Building Handbook [El manual de construcción de consenso], supra, al 773-99.

¹⁷⁵ Berger recuenta su experiencia con esta práctica e ilustra su desventaja. Luego de que el master desarrolló un plan que buscaba incorporar todas las preocupaciones expresadas en distintas reuniones con las partes interesadas, casi todas ellas lo atacaron y el tribunal se sintió presionado a rechazarlo. Ver Berger, supra nota 15, al 730-33.

un *special master* u otro intermediario porque querían lidiar una con la otra directamente¹⁷⁶.

En segundo lugar, la intervención toma la forma de un régimen de *rolling-rule*^{177,178}. Las reglas que surgen de la negociación remedial son provisorias. Incorporan un proceso de reevaluación y revisión con participación continua de las partes interesadas, ya que éstas reconocen que no pueden elaborar eficazmente un régimen de reglas fijas y específicas. Aun con el proceso de investigación de los hechos apoyado por los jueces, las partes tienen información limitada. No pueden expresar completamente sus intenciones, inevitablemente tienen que dejar vacíos y ambigüedades, y no pueden anticipar todas las contingencias futuras¹⁷⁹.

Hemos visto que una respuesta a este problema es enfocarse en normas de resultados que le dan amplia discrecionalidad a quienes están sujetos a ellas. Esas normas pueden expresarse en una variedad de formas, desde lo relativamente específico y formal hasta lo relativamente general e informal. Dado que los problemas de conocimiento incompleto y articulación también se aplican a los resultados, las normas informales que difieren la elaboración del camino para la implementación tienen su atractivo. Pero ese enfoque tiene desventajas importantes también. En primer lugar, les quita a las partes interesadas la responsabilidad de clarificar sus entendimientos en la mayor medida posible. Además, difiere la tarea de especificación a escenarios futuros en los que las personas gobernadas por esas normas van a tener, generalmente, intereses divergentes. Al momento inicial de la negociación, algunas partes interesadas van a tener un sentido general de su interés propio en las normas. Pero para muchas (o quizás la mayoría) de ellas va a haber una buena medida de incertidumbre sobre cómo se van a interconectar esas normas con sus intereses personales. A medida que la implementación avanza, algunos actores van a desarrollar un interés especial en interpretaciones particulares de las normas generales. Por ejemplo, los empleados públicos cuyo desempeño está siendo evaluado van a desarrollar un interés en las interpretaciones que sean más acorde con su desempeño.

El modelo que estamos considerando se inclina por lidiar con los problemas de información limitada, articulación y predicción mediante la provisionalidad

¹⁷⁶ Ver Estipulación de Plata, *supra* nota 73; entrevista telefónica con Don Specter, abogado, Oficina Legal Penitenciaria (6 de julio de 2002). La Ley de Litigio de Reforma Penitenciaria de 1996 limita el uso típico de los masters como intermediarios, al requerir que todas sus actividades queden registradas. No está claro si la limitación se aplica solo a aquellos designados con poderes de investigación de los hechos o de manera más amplia a roles más informales, como los de mediadores o controladores designados por el tribunal. Ver Boston, *supra* nota 65, al 722.

¹⁷⁷ [N.d.T.] Un régimen de *rolling-rule* se basa en la experimentación local, y los reguladores usan propuestas y resultados reportados para reformular una serie de estándares mínimos y objetivos deseables. Los actores locales proveen información, y el sistema genera mejoras continuas y aumenta la rendición de cuentas. Ver *infra*, nota 159.

¹⁷⁸ Charles Sabel y otros, *Beyond Backyard Environmentalism* 7 (2000).

¹⁷⁹ Mirando en retrospectiva a un caso de educación especial de Nueva York, el abogado de los actores escribió: lo que los abogados de ambas partes no apreciaron completamente al principio, sin embargo, fue que el plan de reorganización del Dr. Gross no constituía un sistema educativo comprobado que pudiese ser implementado totalmente a través del tiempo si se asignaban recursos suficientes. En cambio, era una propuesta imaginativa para empezar un proceso de reforma estructural cuya dirección y sustancia estarían sujetas a una reformulación permanente. Michael A. Rebell, Jose P. v. Ambach: Special Education Reform in New York City, in *Justice and the School Systems* [Jose P. v. Ambach: reforma de la educación especial en la ciudad de Nueva York, en La justicia y en el Sistema escolar], *supra* nota 41, al 35.

más que mediante la informalidad. En el comienzo, las partes interesadas tratan de generar medidas de desempeño que sean tan específicas como sea posible. Estas medidas van a dejarle una discrecionalidad sustancial a las partes, pero van a especificar metas específicas. Además, se especifican en detalle algunos procesos que en general incluyen documentación y generación de información, lo que facilita la evaluación del cumplimiento. Pero se espera que la aplicación de las normas también sea una ocasión para su reevaluación y revisión. Las partes interesadas siguen estando involucradas en los procesos de monitoreo y evaluación. En la medida en que cualquiera de ellas crea que las normas ya no reflejan sus expectativas de manera apropiada, aquéllas pueden ser reconsideradas y revisadas mediante el proceso de evaluación. Por ejemplo, si los resultados de las evaluaciones educacionales son buenos solo porque los docentes, de manera inapropiada, adaptaron un modo de "enseñar para la evaluación", esa evaluación debe ser revisada o el peso de sus resultados cambiado. Si los administradores en los casos de vivienda esquivan el mantenimiento a largo plazo para responder de manera más rápida a las quejas de los inquilinos, se puede introducir una nueva medida de desempeño que se enfoque en las tareas de largo plazo. Los participantes que buscan excusar las fallas de cumplimiento criticando los estándares aplicables tienen que dar razones de sus críticas y proponer estándares revisados en base a los que serían responsables en el futuro. Por supuesto, en cada interacción los participantes van a intentar renegociar los estándares de modo que beneficien sus intereses propios. Los mismos controles sobre el oportunismo que operan en las negociaciones iniciales -la conciencia sobre los intereses en común, las presiones psicológicas hacia la honestidad del proceso de persuasión deliberativa, y la posibilidad de una penalidad en caso de que no se llegue a un acuerdo- funcionan también en estas etapas posteriores. Además, en las etapas más tardías, los demandados pueden enfrentar una presión adicional: en la medida en la que están atacando estándares acordados que no han logrado cumplir, tienen una carga de persuasión más alta.

Los reformistas de Texas, por ejemplo, informaron un progreso significativo lidiando con el fenómeno de "enseñar para la evaluación". El primer examen de evaluación adoptado bajo el Sistema de Rendición de Cuentas de las Escuelas Públicas enfatizó el aprendizaje por memorización de un modo que motivó a los docentes a enfocarse en una instrucción que tenía poca utilidad por fuera de los exámenes. A los estudiantes que estaban aprendiendo a diferenciar el área del perímetro se les podía enseñar que el área era "sobre la multiplicación" y el perímetro "sobre la suma". Pero aun este régimen relativamente crudo produjo sorpresas importantes. Algunos docentes que habían perdido toda esperanza en las aptitudes de sus estudiantes se sorprendieron al descubrir que se les podía enseñar a rendir un examen. Pero cuando surgieron las quejas sobre la "enseñanza para la evaluación", la colaboración entre los docentes y los directivos produjo un nuevo régimen para las evaluaciones, enfocado menos en la pedagogía algorítmica y más en el aprendizaje conceptual. Los estudiantes que se preparan para el examen ahora aprenden que el área es sobre la cobertura y se mide multiplicando las longitudes de los lados, y que el perímetro es sobre el encuadre y se mide sumando las longitudes de los lados.

“Enseñar para la evaluación” está empezando a significar enseñar el poder de la abstracción¹⁸⁰.

En muchos casos, las decisiones se limitan a descripciones generales de los objetivos de las partes, prescripciones para medir su progreso hacia ellos, y compromisos a poner información a disposición. Pero el régimen completo también incluye una variedad de otras normas que presentan, a veces en detalle, prácticas o procedimientos de funcionamiento. Estas normas de prácticas seguramente van a ser establecidas en “planes”, que pueden o no ser presentados al tribunal pero que generalmente no se espera que sean examinados y aprobados por un juez. Los planes están pensados para ser fácilmente revisables¹⁸¹. Algunas veces los demandados pueden revisarlos unilateralmente sin notificar a los actores y al tribunal. Otras veces, los actores tienen que aceptar que haya revisiones, y el tribunal puede intervenir en casos de disputas, pero se espera que esa intervención sea excepcional. La decisión puede ordenar que el demandado cumpla con los planes vigentes, pero las normas en los planes en general no son directa o inmediatamente ejecutables mediante un proceso de incumplimiento. En principio, una directiva judicial más específica puede ser la base de una declaración de incumplimiento, pero en la práctica los tribunales en general solo intervienen en casos de incumplimiento sistemático.

Por ende, cualquiera que sea el estatus legal de los planes, su función no es tanto generar obediencia sino inducir deliberaciones internas y transparencia externa. Forzar a los demandados a acordar sobre una descripción clara de sus prácticas les pone presión para reflexionar y explicar lo que están haciendo. Además, las normas de prácticas les permiten a las terceras personas determinar qué esfuerzos realizan los involucrados, y complementan las normas de desempeño describiendo los insumos que generan los resultados indicados en esas normas¹⁸².

El tercer elemento del modelo es la transparencia. Como mínimo, este elemento confirma el requisito de que las políticas y normas de funcionamiento de los regímenes de *rolling-rule* tienen que ser explícitas y públicas. De manera más ambiciosa, la transparencia implica que tienen que haber medidas y procedimientos acordados para evaluar el cumplimiento, y que esos procedimientos y sus resultados se deben hacer públicos.

La transparencia es tanto una norma de rendición de cuentas como un instrumento de aprendizaje. Busca, en parte, facilitar las prácticas de comparación disciplinada. Al decidir qué nivel de desempeño se puede esperar razonablemente, el tribunal y las partes pueden mirar unidades de desempeño

¹⁸⁰ Entrevista con W. David Hill, Director Adjunto, Charles A. Dana Center, University of Texas at Austin, Texas (15 de agosto de 2002).

¹⁸¹ La Regla 23(e) de las Reglas Federales de Procedimiento Civil requiere que el tribunal apruebe los acuerdos de las acciones de clase, y bajo *Rufo v. Inmates of Suffolk County Jail*, 502 U.S. 367 (1992), una parte que busca alterar una sentencia homologatoria con la objeción de la otra debe demostrar un “cambio significativo en los hechos o el derecho”. *Id.* al 393. Aunque la doctrina no es explícita, parece poco probable que cualquier de los requisitos se aplique a normas de prácticas que no estén directamente incorporadas en la decisión.

¹⁸² Para una discusión sobre las normas de desempeño y prácticas, ver *Am. Corr. Ass’n*, *supra* nota 62, al xxii-xxviii.

comparables. Una vez que se han identificado a quienes van a la cabeza, los más rezagados deberían poder aprender de las prácticas de aquéllos. Quienes se desempeñan exitosamente deberían ser recompensados con más autonomía, y quizás con reconocimientos formales o beneficios tangibles. Los más rezagados deberían recibir sanciones, asistencia para los remedios, o ambas. Las intuiciones aquí son obvias, pero la transparencia requiere de procesos que no son muy frecuentes y que muchas veces solo se logran con bastante dificultad. Los obstáculos son tanto políticos como técnicos y las organizaciones de todo tipo muchas veces resisten la transparencia. Quienes tienen un mal desempeño la resisten porque los hace vulnerables; los que tienen un buen desempeño, a veces la resisten porque les quita su ventaja competitiva. En la práctica, las decisiones típicamente requieren que la información se ponga a disposición de las partes y de otras partes interesadas, pero no del público. El régimen educacional de Texas, parcialmente nacionalizado por la Ley Para que Ningún Niño Sea Dejado Atrás¹⁸³, es una excepción relevante: ordena que los datos sobre desempeño de escuelas y distritos estén públicamente disponibles.

Además, las comparaciones disciplinadas requieren que los datos sobre desempeño sean formulados de una manera que permita la evaluación comparativa. Se debe diseñar un conjunto común de mediciones e incentivar a los participantes a remitir información en esos términos. En el sector público, este proceso es más comúnmente desarrollado en el campo de la educación. El sistema de evaluación de la vivienda pública del DVDU representa otro desarrollo sofisticado en esas líneas¹⁸⁴. En otras áreas, como las de conducta policial y prisiones, incluso los sistemas bastante sofisticados de monitoreo aún no han desarrollado la clase de mecanismos de reporte y parámetros que permitan esas comparaciones.

Un tema más difícil es el de discernir qué clase de intervenciones deberían hacer los tribunales una vez que los desempeños ya fueron clasificados. Mientras que los premios tangibles por buen desempeño son una opción posible, como en algunos programas legales sobre educación, la principal recompensa por buen desempeño en el contexto judicial va a ser la autonomía que genera la relajación del control judicial y la terminación de la jurisdicción. Las comparaciones disciplinadas también pueden generar recompensas intangibles en la forma de respeto y prestigio de las instituciones con buen desempeño.

En el caso del mal desempeño, el secreto es balancear el apoyo para el remedio, la pérdida del control, y las sanciones directas. Los administradores rápidamente alegan que el mal desempeño es el resultado de la insuficiencia de recursos. En alguna medida, las comparaciones disciplinadas de desempeño en relación con los niveles de recursos pueden verificar esas alegaciones. En los casos en que ellas sean reales, los recursos con finalidades específicas pueden ser la solución, como lo fueron en algunos regímenes legales de la "nueva rendición de cuentas" en materia de educación. En los casos en que el mal desempeño no puede ser

¹⁸³ Ver 20 U.S.C.A. §9622(c)(1)(A) (West Supp. 2003).

¹⁸⁴ Ver supra, Sección II.E.

excusado, las opciones son mayor intervención externa o sanciones punitivas. Si la mayor intervención toma la forma de directivas de conductas específicas, va a generar los problemas de las regulaciones de comando y control y le puede permitir a los demandados pasar la responsabilidad por los problemas al tribunal o a los actores. El reemplazo directo de los administradores fallidos, como una intervención que el Congreso ha aprobado en los casos de autoridades de vivienda con mal desempeño, no resulta en los mismos problemas pero ese remedio solo está disponible en situaciones extremas. Las sanciones punitivas son difíciles de calibrar, y hay muchos obstáculos doctrinarios y políticos para aplicarlas¹⁸⁵. Además, desincentivan la cooperación y la posibilidad de compartir información entre las partes interesadas de las que el régimen de rolling-rule depende.

El experimentalismo no provee pautas determinadas sobre la cuestión de las sanciones. Deposita en buena medida sus expectativas en los efectos de la transparencia. Al exponer el mal desempeño de la manera más clara posible, abre el sistema al control generalizado y lo expone más prontamente a la intervención no judicial.

D. Efectos de desestabilización

Las preguntas prácticas equivalentes a la cuestión doctrinaria de la relación entre derechos y remedios son: ¿qué pasa en el litigio que hace posibles los acuerdos entre partes adversarias? ¿Y por qué el acuerdo que resulta de allí sería beneficioso en términos generales? En algunos casos, el acuerdo sobre los remedios le sigue a una fuerte batalla sobre la responsabilidad. Aun en los casos en que se admite la responsabilidad, los actores y demandados muchas veces están en desacuerdo. Aun así, con una frecuencia sorprendente la pelea precede a un acuerdo sustancial sobre un marco de remediación que contempla una cooperación permanente¹⁸⁶ ¿Qué sucede? La idea de derechos de desestabilización sugiere una parte importante de la respuesta. La determinación de responsabilidad impuesta o ratificada por un tribunal y sujeta a la disciplina experimentalista de la fase de remediación puede tener grandes efectos para “desenmascarar”¹⁸⁷. Estos efectos funcionan en un nivel individual, institucional, e inter-institucional o social. En el nivel individual, los efectos parecen estar enraizados en características muy discutidas sobre los rasgos cognitivos y psicológicos de la sociabilidad humana, que contradicen las concepciones tradicionales sobre las personas como seres que tienden a maximizar la utilidad privada o bien como moralistas Kantianos desapasionados.

¹⁸⁵ Ver *Evans v. Williams*, 206 F.3d 1292, 1295-97 (Circuito del Distrito de Columbia, 2000) (que discute las barreras doctrinales a la imposición de multas punitivas).

¹⁸⁶ Ver, por ejemplo, Haar, *supra* nota 112, al 57 (que reporta que luego de años de un litigio peleado duramente, las partes acordaron en una metodología de implementación para Mount Laurel); Nota, *The Wyatt Case: Implementation of a Judicial Decree Ordering Institutional Change* [El caso Wyatt: implementación de una decisión judicial que ordena un cambio institucional], 84 *Yale Law Journal* 1338, 1367 (1975) (que advierte que aunque los demandados en el caso de salud mental de Alabama inicialmente resistieron la intervención judicial, luego de una determinación de responsabilidad ellos y los actores pudieron acordar respecto de “más del 90% de los estándares requeridos”).

¹⁸⁷ En algunos casos que se acuerdan si una determinación judicial de responsabilidad, en general en el área de mala conducta policial, los demandados no reconocen explícitamente sus prácticas indebidas y el acuerdo puede llegar a excusar esa declaración. Ver, por ejemplo, sentencia homologatoria de Los Angeles, *supra* nota 87, pág. 3. Esas excusaciones, sin embargo, tienen en buena medida el propósito de obviar admisiones de prueba que puedan incentivar acciones de daños en el futuro. Para pasar a la fase de negociaciones remediales y terminar un acuerdo de remediación, el demandado tiene que reconocer al menos una probabilidad sustancial de que el actor podría triunfar en su pretensión. Esa concesión muchas veces debería ser suficiente para inducir los efectos psicológicos que describimos.

En este contexto, hay seis efectos principales:

1. El efecto del velo.- La lucha por la obtención de ventajas individuales se ve impedida al inicio de las negociaciones sobre remedios por el hecho de que las partes se encuentran parcialmente sujetas a un velo de ignorancia. No pueden confiar en sus posiciones previas y puede ser difícil para ellas anticipar cuáles van a ser sus posiciones en los distintos regímenes futuros que están sujetos a consideración.

Cuanto más reformas audaces estén bajo consideración, y cuantas más partes haya comprometidas a una auto-revisión permanente, va a ser más difícil para cada actor en particular anticipar qué va a significar para él cada reforma con relación a cuestiones como compensaciones, recursos, autoridad, satisfacción laboral, y carga de trabajo. La habilidad para perseguir intereses individuales se ve limitada por la incertidumbre inherente acerca de cómo se cumplirían algunos objetivos egoístas en esquemas que aún no están explorados, y por la dificultad de definir cualquier esquema particular en un régimen que está continuamente sujeto a autoevaluaciones y revisión.

Considérese por ejemplo la posición de un director de escuela en un caso en que se cuestiona el sistema del que su institución es parte. Él puede creer que su institución es excepcionalmente capaz de ir bien en ciertas mediciones de desempeño, o creer que es excepcionalmente probable que vaya mal. En ese caso, en el que los resultados probables son conocidos, el interés individual puede llevarlo a favorecer ciertos remedios (vamos a llamar a esto el "efecto parte interesada" en un momento). Pero parece probable que al menos igual de frecuentemente el director tenga incertidumbre sobre cómo se va a desempeñar su escuela. Puede no saber cómo se va a comparar su desempeño con otras instituciones pares. Además, puede no saber si las consecuencias del mal desempeño, que en principio posiblemente incluyan asistencia para el remedio, van a ser en general buenas o malas para él.

O considere al representante de un sindicato de guardias de una prisión que responde a una propuesta, en una negociación sobre remedios, para mejorar la seguridad mediante el chequeo y el aislamiento de algunos presos con ciertos diagnósticos psiquiátricos. La propuesta sin dudas se vincula con los intereses egoístas de sus representados. Se va a crear una nueva clase de roles especializados y los profesionales de la salud mental van a tener un rol más importante en la institución. Aun así, el modo en que esas contingencias se van a reflejar en los intereses egoístas de los guardias es algo más difícil de determinar. Quizás los nuevos oficiales van a disminuir la autoridad y autonomía de los guardias; quizás van a facilitar su trabajo, o hacerlo menos estresante. Por otra parte, el impacto de la reforma sobre el interés en la seguridad que los guardias comparten con otras partes interesadas parece más fácil de predecir y evaluar. En estas circunstancias, las partes interesadas pueden no tener mejor predicción de sus propios intereses que una mera intuición sobre intereses generales. Al hacer menos nítida la relación entre intereses particulares y generales, el juicio sobre responsabilidad se aproxima en los hechos a las condiciones que los teóricos políticos como John Rawls han considerado

hipotéticamente útiles para la toma de decisiones democráticas. Rawls nos insta a evaluar las propuestas de decisiones públicas preguntándonos ellas si serían adoptadas si no supiéramos cómo van a afectar nuestros intereses egoístas¹⁸⁸.

Hay una diferencia crucial, sin embargo, entre la “posición originaria” de Rawls y la situación creada por una decisión sobre responsabilidad. Al entrar en la “posición originaria”, los participantes de una discusión política están saliendo del mundo. La imparcialidad de sus intercambios depende de abstraerlos de todas las características de su persona y de sus actividades. Hay un debate considerable sobre si es posible lograr esa visión neutral, “desde ninguna parte” y, si la hay, sobre si los arreglos decididos así son suficientemente específicos como para ser trasladados a la realidad¹⁸⁹.

El velo de ignorancia que surge del establecimiento o reconocimiento de responsabilidad no requiere que los participantes salgan del mundo, sino en cambio que se abran al mundo de formas nuevas. El aprendizaje mutuo que sugiere la prudencia los puede hacer cambiar su punto de vista sobre sus posibilidades, incluso cuando ponen sus identidades en riesgo al reorientar sus objetivos, sus ideas de colaboraciones posibles, y sus entendimientos sobre las estrategias fructíferas en la resolución de conflictos.

2. El efecto de *status quo*.— La determinación de responsabilidad revierte la presunción usual en favor del *status quo*. Sin saber cómo va a ser el nuevo régimen, las partes presumen que va a ser diferente al modo en que las cosas han sido hasta entonces. La desaprobación del *status quo* tiene un efecto cognitivo distintivo: abre la llave mental de las estructuras convencionales a la posibilidad de considerar alternativas.

Hay psicología empírica reciente que enfatiza que hay tendencias cognitivas fuertes hacia el mantenimiento del *status quo*. La “heurística de la disponibilidad” sugiere que las contingencias que pueden ser visualizadas más fácilmente en general van a recibir más consideración o más peso que las cuestiones igualmente relevantes, pero más difíciles de imaginar. El “efecto de la dotación” sugiere las personas tienden a demandar más para renunciar a algo que ya tienen de lo que harían para adquirir la misma cosa de alguien más. Estudios sobre las actitudes hacia el riesgo indican que las personas tienen más aversión a los peligros que perciben como pérdidas que a las omisiones en adquirir algo nuevo, aunque estas percepciones son bastante manipulables (un precio diferencial por efectivo o crédito va a ser percibido de manera diferente dependiendo de si se llama recargo por crédito o descuento por efectivo)¹⁹⁰.

La determinación de responsabilidad mitiga estos efectos. Genera contrapesos a la disponibilidad relativa del *status quo* como una alternativa, al estigmatizarlo. Señala que muchas posiciones supuestas en el *status quo* en realidad no son

¹⁸⁸ John Rawls, *A Theory of Justice* [Teoría de la Justicia] 195-201 (1971).

¹⁸⁹ Ver, por ejemplo, Amy Gutmann y Dennis Thompson, *Democracy and Disagreement* [Democracia y desacuerdo] 37-39 (1996).

¹⁹⁰ Ver Daniel Kahneman y otros, *Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias* [Anomalías: el efecto de la dotación, aversión a las pérdidas y parcialidad por el *status quo*], *5 J. Econ. Persp.* 193, 194-96, 197-99 (1991).

derechos de aquellos que las apoyan. El pronunciamiento de que el estado de cosas actual no va a continuar debería generar la percepción de ciertos riesgos relacionados al cambio. El régimen anterior ya no representa una pérdida potencial sino simplemente una de muchas alternativas, y de hecho una poco prometedora. La voluntad de considerar alternativas, entonces, debería ser más amplia.

3. El efecto de deliberación. – La creciente apertura de las partes a alternativas va de la mano con una presión creciente para apoyar posiciones dando razones basadas en valores públicos. Dado que no pueden aludir a la inercia institucional, las partes tienen más incentivos para crear argumentos que persuadan por la validez de sus razones. Es una premisa central de una tradición venerable recientemente revivida en la política que justificar la posición propia dando razones y respondiendo a argumentos razonados sobre puntos de vista contrapuestos puede cambiar el entendimiento de una persona sobre sus circunstancias de hecho y sus intereses, evidenciando oportunidades que antes estaban fuera de vista¹⁹¹.

Por ejemplo, en un acuerdo reciente en un caso sobre elaboraciones de perfiles raciales, la Patrulla de Autopistas de California aceptó terminar su práctica de solicitarle a los conductores de motos que “consintieran” las requisas en casos en los que no hubiera “causa probable”¹⁹². Los actores objetaron que la incidencia de ese requisito tenía un prejuicio racial y que los “consentimientos” que se daban invariablemente no eran voluntarios. La Patrulla estuvo de acuerdo en abandonar la práctica cuando supo, durante las negociaciones, que la práctica no estaba generando básicamente ninguna prueba o arrestos. Hasta que la autoridad estuvo sujeta a presiones para justificar su posición, no evaluó sistemáticamente la práctica. Una vez que lo hizo, aceptó que era indefendible¹⁹³.

4. El efecto de publicidad. – La defensa de la pretensión de los actores va a llevar atención pública a los problemas. En consecuencia, el control público sobre las partes interesadas, en especial sobre los demandados, puede aumentar. Este control acrecentado va a generar presiones difusas, aunque muchas veces poderosas, en favor de un desempeño responsable. Los agentes públicos que están tratando de reformar sus instituciones pueden advertir que pueden capitalizar la publicidad para movilizar apoyo hacia sus esfuerzos. Los agentes que hubieran preferido evitar estos temas ahora son presionados para tomar una posición. El resultado podría ser la demagogia irresponsable; pero dada la presión por ofrecer razones públicas, aumentada por el efecto de la deliberación, el resultado en la determinación del nuevo derecho de interés

¹⁹¹ Ver, por ejemplo, Gutmann y Thompson, *supra* nota 170, al 37-39.

¹⁹² [N.de T.] La causa probable es un estándar, basado en la cuarta enmienda de la Constitución Federal, que se usa en el derecho penal para evaluar cuándo hay razones suficientes para creer que se cometió un delito, y sin el cual no se pueden realizar ciertos pasos de una investigación penal. De acuerdo con la Corte Suprema, la configuración de una causa probable depende de varios factores y es una noción flexible.

¹⁹³ Ver Términos y Condiciones del Acuerdo, Rodríguez v. Cal. Highway Patrol, No. C 99-20895-JF/HRL (Distrito norte de California, 27 de febrero de 2003), disponible en <http://www.aclunc.org/police/030227-rodriguez.pdf>; correo electrónico de Michelle Alexander, abogada de los actores, Rodríguez, a William H. Simon (2 de marzo 2003) (en el archivo de la biblioteca de la Facultad de Derecho de Harvard).

público posiblemente sea un involucramiento constructivo. En los primeros casos de prisiones, por ejemplo, la publicidad de las condiciones terribles -algunas veces bienvenidas por los agentes, otras no- parece haber jugado un rol importante en facilitar al progreso del remedio¹⁹⁴.

5. Los efectos de las partes interesadas. – Hay tres efectos sobre las partes interesadas: el balance de poder entre actores y demandados cambia; se generan presiones internas dentro de la clase de actores y de la institución demandada; y hay nuevas partes interesadas que se ven motivadas o empoderadas a participar.

Primero, la determinación de responsabilidad empodera a los actores frente a los demandados, y les da legitimidad oficial a sus reclamos. Los actores ahora tienen el poder, solo por objetar al remedio propuesto por el demandado, para exponer al demandado a más riesgo e incertidumbre. En consecuencia, el demandado tiene razones más fuertes para lidiar con los actores.

En segundo lugar, la situación remedial puede transformar tanto a los actores como a los demandados. Los abogados de los actores o las organizaciones para las que trabajan pueden tener derechos a honorarios. Además, el tribunal puede inducir a que el demandado u otra institución provea recursos para la negociación y también se pueden atraer contribuciones privadas por el éxito de los actores¹⁹⁵. En consecuencia, los actores se van a ver fortalecidos tanto por el prestigio que viene con el éxito como por nuevos recursos. Pero puede haber efectos internos del lado del demandado también. Como institución, el demandado en general está compuesto de diversas comunidades. La determinación de responsabilidad o su admisión puede alterar los espacios de cada una de ellas. Los grupos con puntos de vista o intereses que se superponen con los de los actores van a ver la declaración como una oportunidad para ampliar su influencia. El orgullo por su oficio de algunos agentes de rango y de menor jerarquía, y el profesionalismo de algunos de los directores los van a llevar a resentir las prácticas descuidadas o corruptas cuestionadas por los actores y por ende van a favorecer estándares más altos. Algunos administradores de más jerarquía pueden ver en el proceso remedial una posibilidad de obtener más recursos o prestigio.

¹⁹⁴ Para una consideración de la influencia de la publicidad relacionada con el litigio sobre la reforma penitenciaria, ver Margo Schlanger, *Inmate Litigation*, 116 *Harvard Law Review* 1555, 1678-80 (2003). En un ensayo que evalúa las resoluciones negociadas sobre cuestiones de calidad del agua, David J. Hayes identifica el grado de interés del público en general sobre las negociaciones como una variable importante que favorece el éxito. David J. Hayes, *Federal-State Decision-Making on Water: Applying Lessons Learned [Toma de decisiones federales-estadales sobre agua: implementación de las lecciones aprendidas]* 15-16 (2002) (manuscrito no publicado, en archivo en la biblioteca de la Facultad de Derecho de Harvard).

¹⁹⁵ Ross Sandler y David Schoenbrod argumentan que la participación de las partes interesadas está dominada por los abogados, con poca rendición de cuentas efectiva a sus clientes. Ver Sandler y Schoenbrod, *supra* nota 8, al 124-29. Consideramos que este argumento es implausible. Se contradice específicamente con varias historias de casos que registran participación sustancial y significativa de las partes interesadas. Ver, por ejemplo, Moore, *supra* nota 106, al 240-55 (Autoridad de vivienda Boston); Rothman y Rothman, *supra* nota 51, págs. 114-18 (Willowbrook); Liebman y Sabel, *supra* nota 16, págs. 67-108 (casos de educación de Kentucky y Texas). Es cierto que las partes interesadas en estos casos generalmente están desorganizadas y son vulnerables, y que hay muchas fallas de lealtad profesional y rendición de cuentas. Sin embargo, la asunción de Sandler y Schoenbrod de que el litigio estructural disminuye la participación efectiva de los miembros de la clase actora es contra-intuitiva. Si asumimos que las partes interesadas están tan mal organizadas y son tan vulnerables que no pueden hacer responsables a los abogados que se suponen que las representan, no hay razón para creer que les iría mejor en los procesos electorales o administrativos general. Además, el mecanismo remedial designado para hacer efectiva la responsabilidad del demandado también puede fortalecer la responsabilidad de los representantes de los actores. Ver *infra* Sección IV.B.

Colin Diver especula que hay una tendencia al cambio de poder dentro de la institución demandada desde los agentes ejecutivos de más jerarquía con responsabilidades generales de supervisión hacia los “gerentes operativos” y, en un nivel más bajo, de los empleados no profesionales como los guardias y asistentes hacia los profesionales, como los abogados y médicos¹⁹⁶. Los gerentes operativos tienen la clase de conocimiento detallado necesario para planificar el cumplimiento, y los profesionales son los que están en mejor condición de entender y comprometerse con los estándares que un tribunal ha aplicado. La tendencia, bajo este enfoque, es descentralizar al nivel de la institución, pero centralizar dentro de la institución.

Este punto de vista puede haber sido generalmente cierto en los viejos casos de interés público. Supuestamente describe, por ejemplo, la trayectoria de los primeros casos de reforma en las prisiones de los estados del sur. Sin embargo, caracteriza erróneamente el cambio bajo el nuevo derecho de interés público porque presupone una intervención del estilo de comando y control que está siendo superada en la práctica. Los regímenes experimentalistas muchas veces involucran una descentralización dramática dentro de las instituciones, ya que los agentes de menor jerarquía tienen más discrecionalidad para lidiar con las contingencias con las que tienen más familiaridad. Por ejemplo, los docentes en el régimen de la “nueva rendición de cuentas” tienen más flexibilidad en la planificación en el aula que antes. Uno de los primeros movimientos de los interventores de vivienda social es aumentar la responsabilidad por mantenimiento de los administradores de proyectos individuales con relación a la oficina central.

Al mismo tiempo, los mecanismos de responsabilidad relativamente objetivos y transparentes también pueden facilitar un monitoreo más eficaz desde encima de la institución. Este monitoreo reduce la dependencia en el conocimiento no hablado e “interno”, al forzar a los participantes a generar información importante en una forma que pueda ser usada por agentes externos, no involucrados directamente en el proceso. El objetivo principal es facilitar la rendición de cuentas de distintas partes interesadas, aunque la práctica es compatible con algunas formas de recentralización.

Por ejemplo, la calificación del desempeño en la reforma educativa de la nueva rendición de cuentas está diseñada para tener efectos tanto centralizadores como descentralizadores. Las agencias estatales deben usar información para asignar recursos entre distritos y para presionar a los distritos con malos resultados; la provisión de datos sobre escuelas en particular está establecido para estimular y asistir la participación de los padres en los esfuerzos por mejorar las escuelas de sus hijos. Ambos efectos fueron observados en algunas áreas de Texas¹⁹⁷.

El efecto de la parte interesada sobre el demandado no puede evaluarse solamente en términos de distribución de conocimiento y competencias al

¹⁹⁶ Ver Diver, *supra* nota 2, al 70-73.

¹⁹⁷ Ver Liebman y Sabel, *supra* nota 16, al 241-47.

momento en que comienzan las negociaciones. La implementación muchas veces involucra una capacitación significativa del personal existente, la búsqueda de nuevo personal y, a veces, el cambio de los agentes. Por ende, mientras que el efecto interno sobre el demandado es potencialmente dramático, no podemos hacer generalizaciones fuertes sobre esta dirección. Muchas trayectorias son posibles dependiendo del tipo de régimen remedial que las partes favorezcan.

Finalmente, el tercer efecto sobre las partes interesadas es que es posible que aparezcan nuevas partes. La decisión del tribunal puede llevar a que una variedad de actores vean sus intereses amenazados o adviertan oportunidades que los induzcan a querer participar. *Wyatt v. Stickney*, el caso emblemático de salud mental, comenzó como una protesta de los trabajadores de la salud mental que invocaron los intereses de los residentes a protestar las reducciones de personal planificadas¹⁹⁸. La perspectiva del “remedio del constructor” en Mount Laurel movilizó a los desarrolladores inmobiliarios a aliarse con los actores en varios temas¹⁹⁹. De manera similar, hemos identificado que algunos de los casos de educación han movilitado a los grupos empresariales y universidades a participar en la planificación e implementación de los remedios. En Texas, por ejemplo, el régimen de *Edgewood* disparó la creación de dos organizaciones sin fines de lucro a nivel estadual –*Just for Kids y la Educational Innovation Network*– dedicadas a ayudar a los grupos locales en el uso de datos sobre desempeño para mejorar sus escuelas²⁰⁰.

En el caso de *Willowbrook*, el cambio de internación comunitaria en vez de institucional fue acompañado de la emergencia de organizaciones sin fines de lucro que querían dirigir las nuevas instituciones y de intereses inmobiliarios que querían lucrar con su desarrollo. Ambos grupos dieron gran apoyo a los esfuerzos de los actores, llevando a quienes siguieron de cerca estos eventos a concluir que “el proceso de abrir los albergues, como el de contratar con las agencias voluntarias, creó una masa para la desinstitucionalización”²⁰¹.

6. El efecto de red. – Del mismo modo que la determinación de responsabilidad de un tribunal desestabiliza las relaciones y las prácticas dentro de la institución demandada, la decisión también se ramifica a otras instituciones y prácticas. Estas ramificaciones, y sus repercusiones monitoreadas sobre las instituciones del caso, son el efecto de red. Este efecto hace posible abordar secuencialmente –en una sucesión determinada en el curso mismo de la resolución de problemas– reformas que son muy complejas para ser abordadas en conjunto. Este efecto

¹⁹⁸ Ver *Wyatt v. Stickney*, 344 F. Supp. 373, 373 (M.D. Alabama, 1972); Nota, supra nota 167, pág. 1347.

No sugerimos que estas nuevas partes interesadas vayan a ser siempre útiles en los esfuerzos de reformas. Los sindicatos de guardias de cárceles y prisiones, por ejemplo, muchas veces resisten las reformas. Ver Pamela A. MacLean, *The Strong Arm of the Law* [El brazo fuerte de la ley], *California Law*, noviembre de 2002, al 24 (que reporta cómo el sindicato de guardias de prisiones de California usa su poder político extensivo para impedir los esfuerzos para hacer responsables a los guardias por sus conductas abusivas). Los sindicatos de empleados públicos a veces promueven una protección similar. Ver Sandler y Schoenbrod, supra nota 8, págs. 78-81 (que sugieren que el sindicato de los trabajadores sociales persuadió al juez en un caso de educación especial para forzar a la comisión de la escuela a incluir trabajadores sociales en los equipos de evaluación, de manera innecesaria).

¹⁹⁹ Ver Haar, supra nota 112, al 44-45.

²⁰⁰ Ver Liebman y Sabel, supra nota 16, al 243-46; ver también Raffel, supra nota 117, al 120-53 (que discute el apoyo de las organizaciones comunitarias para la implementación de la decisión de desegregación de Wilmington).

²⁰¹ Rothman y Rothman, supra nota 51, al 195. Ver, en general, id. al 150-99.

ve al poli-centrismo como una ayuda, y no un obstáculo, para la resolución de un problema.

Por supuesto, la idea de “poli-centrismo positivo” fue un oxímoron para los autores post-Chayes quienes, como vimos, asumieron que si los tribunales no pueden controlar todos los efectos de la intervención, entonces los efectos colaterales debilitarían sus esfuerzos. Mejor dejar el problema librado a una institución que puede intervenir de manera comprensiva o, en un mundo en el que todas las instituciones tienen información y control limitados, mejor no hacer nada. Estos autores negaron, por ende, la posibilidad que da pie al efecto de red y que ayuda a explicar la promesa del nuevo derecho de interés público en general. Esa posibilidad es que, bajo condiciones favorables, la intervención acotada que permite la información limitada puede ser suficientemente informativa para generar medidas correctivas subsecuentes, y dar lugar a nuevas tandas de intervenciones y correcciones.

Albert Hirschman anticipó esta posibilidad en su crítica del “crecimiento desbalanceado”, tanto del planeamiento centralizado omnicompreensivo como del laissez-faire en el desarrollo económico. Hirschman señaló que el desarrollo económico en sociedades de mercado sucede mediante “cadenas de desequilibrios”²⁰². Un disturbio concreto causa presiones que se ramifican en otras áreas. En particular, las presiones van y vienen entre el dominio de lo público y de lo privado. La actividad previa genera presiones y demandas por bienes públicos complementarios (por ejemplo, rutas o educación), y viceversa. Usando la misma metáfora de Fuller, pero llegando a la conclusión opuesta, Hirschman sugirió que las estructuras “de telaraña” de las disrupciones y ajustes del mercado no son imperfecciones a ser minimizadas o superadas por procesos más coordinados. El proceso de desequilibrio y reajuste reiterado es, de hecho, un proceso de aprendizaje que no puede ser interrumpido a voluntad. Potencialmente genera un capital humano valioso y crea incentivos de una manera distintivamente eficaz.

En otras palabras, nuestro objetivo debe ser mantener vivo, en vez de eliminar, el desequilibrio. Si la economía ha de seguir avanzando, la tarea de las políticas de desarrollo es mantener las tensiones, desproporciones y el desequilibrio, la pesadilla de la economía del equilibrio. La telaraña que nunca para de girar es el tipo de mecanismo que debemos buscar como una ayuda invaluable en

²⁰² Hirschman mantiene que “las fuerzas ajenas al mercado no necesariamente son menos “automáticas” que las fuerzas del mercado”. Albert O. Hirschman, *The Strategy of Economic Development* [La estrategia del desarrollo económico] 64 (1958). Y elabora: por ejemplo, cuando aparecen dificultades de suministro en el curso de un progreso desparejo en sectores -como la educación y los servicios públicos- en donde no operan las empresas privadas, hay presiones fuertes sobre las autoridades públicas para “hacer algo”; y desde que el deseo de supervivencia política es al menos una motivación tan fuerte como el deseo de generar ganancias, podríamos esperar de manera ordinaria que se tome alguna acción correctiva. Id.

el proceso de desarrollo²⁰³. Un indicador del efecto de red en el nuevo litigio de interés público es la tendencia a que el foco de preocupación cambie en el curso del litigio. Por ende, en educación y vivienda, las preocupaciones sobre discriminación muchas veces llevan rápidamente a preocupaciones sobre la calidad del servicio. En las prisiones, las preocupaciones sobre las condiciones llevan a preocupaciones sobre la duración del encierro. En todas las áreas suelen surgir problemas de personal, capacitación y contrataciones. También surgen cuestiones de recursos. Estas conexiones no eran invisibles antes de la determinación de responsabilidad; simplemente ahora parecen más prominentes y urgentes. El efecto de red también es evidente en las complementariedades institucionales que genera el derecho de interés público. Del mismo modo en que la inversión, por ejemplo, en la construcción de un edificio de oficinas puede generar inversiones en hierro y concreto al aumentar las ganancias prospectivas de los productores de los últimos, en el contexto de la reforma institucional una intervención dentro de una institución puede llevar a ulteriores intervenciones. Los críticos del litigio de reforma institucional señalan continuamente que los tribunales no tienen la capacidad de ordenar la apropiación de fondos para las mejoras que ordenan. Aun así, en todas las áreas discutidas en este artículo, las legislaturas, agencias, y organizaciones no gubernamentales ofrecieron recursos una vez que los tribunales actuaron²⁰⁴. Para estos defensores, la intervención del tribunal parece aumentar la perspectiva de tener ganancias invirtiendo en una institución.

IV. El enfoque experimentalista y las cuestiones doctrinarias

Si nuestro relato descriptivo de la sección II es correcto, entonces mucha de la discusión académica y de los tribunales superiores sobre el litigio de interés público no responde a los elementos más prometedores de la práctica reciente. Ahora vamos a abordar cómo el enfoque experimentalista se relaciona con cuatro áreas claves de la discusión doctrinal: el alcance de la discreción para los remedios de equidad de los tribunales de juicio, la separación de poderes, el problema de la atribución del mal desempeño de los agentes a las instituciones gubernamentales, y el problema de la representación de intereses. En cada caso, el modelo más nuevo tiene sugerencias prometedoras para la resolución de estos problemas recurrentes.

A. Discrecionalidad remedial

La Corte de Rehnquist no ha empatizado con el litigio de interés público. En una serie de decisiones, la Corte ha intentado derivar las limitaciones a la

²⁰³ Id. al 66. La estrategia de “sustitución de las importaciones”- subsidios y protección comercial para las empresas locales que producen para la demanda local, que los tomadores de decisiones derivaron de la idea de Hirschman- omite considerar la posibilidad de que los grupos con intereses egoístas exploten la agitación que genera el desequilibrio para ingresar y “atrincherarse” en la maquinaria estatal en los países en desarrollo. Cuando esto ocurrió, las prescripciones de Hirschman en favor de una política económica del gobierno perdieron apoyo. Ver, por ejemplo, Anne O. Krueger, *The Political Economy of the Rent-Seeking Society* [La política económica de la sociedad que persigue la renta], 64 *American Economic Review* 291, 302 (1974). Pero la aparición subsiguiente en la práctica de negocios de disciplinas de mejoramiento continuo, que usaron desequilibrios inducidos, defendió la intuición básica de Hirschman de que ese desequilibrio puede generar oportunidades de aprendizaje importantes. Ver, por ejemplo, Paul Adler, *Time and Motion Regained* [Tiempo y movimientos recuperados], *Harvard Business Review*, enero-febrero de 1993, al 97. Estas disciplinas combinaron la clase de mecanismos de desestabilización que Hirschman favorecía con procedimientos de monitoreo y transparencia que controlaban el oportunismo. Ver Charles F. Sabel, *Learning by Monitoring: The Institutions of Economic Development* [Aprendiendo mediante el monitoreo: las instituciones del desarrollo económico], en *Handbook of Economic Sociology* [Manual de sociología económica] 137, 137-65 (Eds. Neil J. Smelser y Richard Swedberg, 1994).

²⁰⁴ Ver, supra, Sección III.B. y n° 150.

discrecionalidad remedial de la naturaleza de los derechos en cuestión. Sin embargo, sería un error rechazar la hostilidad de la Corte como meramente ideológica. En primer lugar, en algunos de sus ataques centrales al derecho de interés público, la Corte problematizó regímenes remediales que eran manifiestamente ineficaces. Además, estas decisiones identificaron condiciones importantes para la eficacia de los remedios estructurales. Sin embargo, los motivos de la Corte para sus decisiones han sido individualmente dudosos y, a la vez, colectivamente incoherentes.

Tres casos ilustran estos problemas. Primero, *Missouri v. Jenkins*²⁰⁵ propuso que los tribunales de primera instancia limitaran su discrecionalidad remedial mediante un ejercicio complejo de determinaciones de hecho. En segundo lugar, *Lewis v. Casey*²⁰⁶ propuso que, en la medida en que las cuestiones remediales fueran indeterminadas, los tribunales inferiores deberían ser deferentes a los demandados. En retrospectiva, el enfoque de *Jenkins* es imposible de ejecutar, y el de *Lewis* cae por su propio peso. La premisa compartida de estos casos es que la indeterminación remedial debe resolverse sea mediante la propia decisión de la corte o mediante deferencia a la agencia administrativa. De hecho, el enfoque experimentalista muestra que aquélla es una falsa dicotomía que excluye la alternativa más prometedor. Entendemos que un reconocimiento parcial de esta mayor complejidad existió en un caso anterior, *Youngberg v. Romeo*²⁰⁷, que aun cuando trata de evitar la intervención judicial señala el camino hacia sus variantes experimentalistas.

Luego de decidir que había una segregación ilegal en Kansas City en el Distrito Escolar de Missouri, atribuible al distrito y al estado, el tribunal de primera instancia de *Jenkins* emitió una serie de órdenes con el propósito declarado de “eliminar todos los vestigios de la segregación impuesta por el estado”, en particular el mal “desempeño escolar”²⁰⁸. Dada la fracción pequeña de estudiantes no pertenecientes a minorías en el distrito, la reasignación de los estudiantes generaría poco progreso hacia un balance racial. Por eso, las decisiones se enfocaron en medidas orientadas a mejorar la calidad de la educación lo suficiente para atraer a los estudiantes desde los suburbios mediante un movimiento voluntario entre distritos. A falta de alguna idea precisa de lo que hacía a las escuelas más eficientes y por ende atractivas, este programa de “atracción des-segregadora” se convirtió en un programa para establecer una “comparabilidad suburbana”: hacer las escuelas de Kansas City lo más parecidas a sus mejores contrapartes suburbanas, en la medida que permitieran las vastas reservas de buena voluntad y financiamiento (la última de ellas, mejorada por nuevas contribuciones del estado²⁰⁹). Al amparo de esta decisión, los tamaños de las clases se redujeron a los niveles requeridos

²⁰⁵ 515 U.S. 70 (1995) (*Jenkins IV*).

²⁰⁶ 518 U.S. 343 (1996).

²⁰⁷ 457 U.S. 307 (1982).

²⁰⁸ *Jenkins IV*, 515 U.S. al 74 (con cita de *Jenkins v. Missouri*, 69 F. Supp. 19, 23, 24 [Distrito oeste de Montana, 1985]) (comillas internas omitidas).

²⁰⁹ *Id.* al 78, 98.

para conseguir una certificación de la máxima categoría en el sistema de clasificación de la Comisión de Educación estadual y se aumentaron los salarios de prácticamente todos los 500 empleados. El distrito realizó un programa de desarrollo temprano, jardines de jornada extendida, expandió las escuelas de verano, y puso a disposición tutorías escolares antes y después de las clases, disponibles para todos los estudiantes. Cerca de cincuenta y cinco escuelas fueron renovadas, dieciocho cerradas, y diecisiete construidas. Al ordenar las renovaciones, el tribunal rechazó el enfoque del estado de “emparchar” porque “no generaría una comparabilidad suburbana o la atracción visual que el tribunal buscaba, dado que resultaría en coberturas para el suelo con secciones desparejas de alfombras que no combinaban y con paredes que tendrían individualmente colores diferentes”²¹⁰. El plan requería aire acondicionado y quince computadoras personales en cada aula de las escuelas secundarias. Otros servicios incluían: un planetario de 2000 pies cuadrados; viveros e invernaderos; una granja de 25 acres con una sala de reuniones con aire acondicionado para 104 personas; un modelo de Naciones Unidas con conexiones para traducciones; un estudio de televisión y radio con capacidad de transmitir, con un laboratorio de edición y animación; una galería de arte con control de temperatura; salones de edición y proyección de películas; un salón de mecánica de Diesel de 3500 pies cuadrados y libre de polvo; salones de 1875 pies cuadrados para las escuelas primarias para usar en proyectos de zoológico; [y] piletas...²¹¹ El plan del tribunal de primera instancia podría ser descrito como “el programa remedial más ambicioso y caro en la historia de la desegregación escolar”²¹².

Analizados frente al objetivo del tribunal de eliminar los “vestigios de la segregación”, sin embargo, los beneficios de los primeros pasos de este programa, tal como fueron reflejados en el rendimiento de los exámenes estandarizados, fueron insuficientes. El tribunal notó una “tendencia a la mejora” en el desempeño académico, pero encontró que el distrito estaba “todavía en el límite o por debajo de la media nacional en muchos grados”. No proveyó ningún lineamiento sobre cómo acelerar la reforma. En cambio, el tribunal observó casi de manera reflexiva que había “permitido soñar a los planificadores en el distrito” y “provisto los mecanismos para que esos sueños se hicieran realidad”²¹³.

Cuando el estado apeló, la Corte Suprema decidió que este esquema de remediación era inapropiado sobre la base de que no estaba adecuadamente conectado con las violaciones de los derechos de los actores probadas en el caso. Al escribir por la mayoría, el Presidente de la Corte Rehnquist enfatizó el carácter inconexo de la decisión del tribunal inferior:

²¹⁰ Id. al 78.

²¹¹ Id. al 79 (con cita de *Missouri v. Jenkins* (*Jenkins II*), 495 U.S. 33, 77 (1990) (concurrencia del Juez Kennedy).

²¹² Id. al 78 (con cita de *Jenkins ex rel. Agyei v. Missouri*, 19 F.3d 393, 397 (Octavo Circuito, 1994) (Juez Bean, en disidencia en la negativa a volver a entender en el caso en plenario).

²¹³ Id. al 79-80 (con cita al apéndice del pedido de certiorari) (comillas internas omitidas).

El objetivo del tribunal de primera instancia de lograr una “atracción desegregativa” no puede ser reconciliado con nuestros casos que ponen limitaciones a la autoridad remedial de los tribunales de primera instancia. Sin dudas es teóricamente posible que un mayor gasto por alumno en el distrito escolar involucrado haga más probable que un número (imposible de estimar) de estudiantes que no pertenezcan a minorías y que hoy no van a la escuela en dicho distrito, decidan anotarse en aquellas escuelas. Bajo este razonamiento, sin embargo, cada aumento en el gasto, sea para docentes, no docentes, libros, o infraestructura, haría al distrito en cuestión más atractivo de alguna manera y quizás induciría a estudiantes no pertenecientes a minorías a inscribirse en estas escuelas. Pero este razonamiento está fuera de cualquier limitación objetiva ²¹⁴.

La “limitación objetiva” que la Corte tenía en mente era la doctrina anunciada en casos anteriores acerca de que la práctica remedial debe estar limitada a deshacer el “efecto segregativo incremental” de actos particulares que violan la Constitución –esto es “restablecer a las víctimas de una conducta discriminatoria a la posición que hubieran ocupado de no existir esa conducta”²¹⁵. Desde este punto de vista, el exceso del tribunal de primera instancia resultó de su falla inicial en “identificar el efecto incremental que la segregación ha tenido en el desempeño de los estudiantes pertenecientes a minorías, o los objetivos específicos de los programas de calidad educativa” ²¹⁶.

La objeción de la Corte Suprema sobre el estilo indisciplinado y vago de los esfuerzos del tribunal de primera instancia es entendible, pero la doctrina del “efecto incremental” tiene pocas perspectivas de mejorar las cosas. El esfuerzo por aislar esos efectos genera cargas sobre la investigación de los hechos que son insuperables por el “poli-centrismo” que los críticos del litigio de interés público han enfatizado. Los problemas del derecho de interés público nacen de manera invariable de una interacción compleja de la conducta de un sinnúmero de actores. Es muy improbable que los tribunales puedan alguna vez manejar la prueba o metodología necesaria para aislar los efectos de decisiones ilegales en particular.

Además, incluso si un tribunal pudiera aislar los efectos presentes de actos pasados ilegales específicos tampoco está claro cómo este hecho podría limitar su autoridad remedial. Si el tribunal tiene que limitar sus decisiones a las mismas cuestiones involucradas en la conducta ilegal anterior –por ejemplo, la asignación de estudiantes–entonces podría encontrar que sus únicas opciones disponibles posiblemente no disminuirían el daño. Las reasignaciones de estudiantes, por ejemplo, tienen poco potencial de remediación en los casos en los que los estudiantes pertenecientes a una minoría predominan en todo el sistema.

Por supuesto, la futilidad era una objeción crítica al decreto de *Jenkins*. De manera alternativa, la doctrina del efecto incremental puede significar que el

²¹⁴ Id. al 98 (con cita de *Milliken v. Bradley*, 433 U.S. 267, 280 [1977]).

²¹⁵ Id. al 87 (con cita de *Milliken v. Bradley*, 433 U.S. 267, 280 [1977]) (comillas internas omitidas).

²¹⁶ Id. al 101 (con cita de *Dayton Board of Education v. Brinkman*, 433 U.S. 406, 417 [1977]).

juez de primera instancia tiene autoridad para ordenar medidas de remediación de cualquier tipo en tanto y en cuanto sea claro que tienen la posibilidad de producir mejoras proposicionales al daño demostrado de la ilegalidad del pasado. Pero esto no parece ser un límite muy grande. Hay formas potencialmente innumerables de producir cualquier medida de mejoras.

Por último, las decisiones acotadas y específicas incentivadas por la mayoría en *Jenkins* pueden ser ineficazmente rígidas e innecesariamente intrusivas en el poder del ejecutivo. Aunque Ross Sandler y David Schoenbrod apoyan el enfoque de *Jenkins*, uno de sus ejemplos principales de intervención judicial inapropiada es una disposición que impone vencimientos estrictos para procesar las evaluaciones de los alumnos en el programa de educación especial en la Ciudad de Nueva York. Ellos objetan, de manera plausible, que estos requisitos indujeron al personal de la escuela a sacrificar la calidad y desviar recursos de otros programas importantes a fin de cumplir con los plazos. Pero los plazos estaban entre las disposiciones de la decisión derivadas directamente, al estilo de *Jenkins*, del derecho establecido en una ley aplicable a este caso²¹⁷.

Un segundo enfoque de la discrecionalidad remedial está ilustrado en *Lewis v. Casey*. En un caso anterior -*Bounds v. Smith*²¹⁸- el tribunal había confirmado una decisión, basada en el derecho constitucional de acceso a los tribunales, que le requería al sistema de prisiones estadual tener bibliotecas jurídicas. En *Lewis*, los presos cuestionaron las bibliotecas de Arizona como inadecuadas a la luz de *Bounds*. Luego de decidir a favor de los actores, el tribunal de primera instancia designó un *special master* para determinar “cómo lograr de la mejor manera el objetivo de un acceso constitucionalmente adecuado de los presos a los tribunales” y adoptó, casi sin modificaciones, su propuesta de veinticinco páginas como una decisión permanente²¹⁹. Esta decisión “microscópicamente detallada” incluyó disposiciones que determinaban las horas de funcionamiento de las bibliotecas, la cantidad de tiempo que se tenía que permitir a los presos usarlas, las credenciales mínimas de los empleados de las bibliotecas, las formas de pedir libros, los niveles de ruido permitidos en las bibliotecas, el programa del curso introductorio de investigación jurídica para los presos, y los libros y otros materiales que deberían estar disponibles²²⁰.

La Corte Suprema dejó sin efecto la orden. Escribiendo para la mayoría, el Juez Scalia²²¹ criticó al tribunal inferior por actuar como si el derecho constitucional en cuestión fuera el “derecho a una biblioteca jurídica”²²². El remedio era por ende objetable desde dos puntos de vista. Primero, no se apoyaba en una

²¹⁷ Sandler y Schoenbrod, *supra* nota 8, págs. 68-72, 92-93, 197-204.

²¹⁸ 430 U.S. 817 (1977).

²¹⁹ *Lewis v. Casey*, 518 U.S. 343, 347 (1996) (con cita al apéndice del pedido de certiorari) (comillas internas omitidas).

²²⁰ *Id.* al 390 (concurrancia del juez Thomas).

²²¹ [N.de T.] Antonin Gregory Scalia fue un juez de la Corte Suprema designado en la Administración de Ronald Reagan, quien ejerció sus funciones desde 1986 hasta su muerte en 2016. Ha sido una figura notoria, conocida especialmente por su defensa de las interpretaciones constitucionales originalistas en apoyo de sus votos generalmente conservadores.

²²² *Lewis*, 518 U.S. al 350.

demostración adecuada de la violación de un derecho. Los actores no solo necesitaban demostrar que la biblioteca era inadecuada, sino también que tenían pretensiones que no habían podido presentar a los tribunales. En segundo lugar, incluso si los actores hubieran demostrado un impedimento en el acceso, sería un error ordenar esta respuesta en particular cuando una variedad de otras respuestas -diferentes clases de biblioteca, o diferentes combinaciones de materiales escritos y asistencia profesional- podrían ser igualmente eficientes. El tribunal inferior debería haberle dado al demandado más oportunidades para diseñar un remedio que dé respuestas antes de imponérselo por sobre sus objeciones.

Posiblemente, el tribunal de primera instancia en *Lewis* había seguido el mandato de *Jenkins* para definir el daño constitucional de la manera más acotada y precisa posible. La Corte Suprema, al insistir en que el derecho en cuestión era considerablemente más general que lo que el tribunal de primera instancia había asumido, hizo las opciones de remediación más amplias y más indeterminadas. La decisión de *Lewis* propuso resolver esta indeterminación siendo deferente a la agencia. Sin embargo, esa deferencia es una solución cruda al problema de indeterminación, exacerbado por el enfoque expansivo de la Corte para definir los derechos. En cualquier caso, es posible que haya una disputa sobre cuánta deferencia es apropiada dado el mal desempeño corroborado de un demandado. La disidencia del Juez Stevens²²³ en *Lewis* argumentó que la agencia había tenido chances de desarrollar planes remediales tanto en este caso como en uno anterior que involucraba pretensiones similares y que sus antecedentes de falta de cooperación justificaban la decisión del tribunal de primera instancia²²⁴. Además, tiene que haber algún límite a la diferencia y *Lewis* no dice mucho sobre cuál debería ser ese límite.

Una respuesta posible puede encontrarse en un tercer caso, *Youngberg v. Romeo* -un cuestionamiento a las condiciones de encierro de Pennhurst, una institución conocida para personas con discapacidad mental en Pennsylvania²²⁵. El actor del caso alegaba que, como paciente internado involuntariamente, tenía derechos constitucionales a una seguridad razonable, a ser libre de limitaciones innecesarias, y a una rehabilitación mínimamente adecuada, todos ellos violados por las prácticas desaprensivas de Pennhurst. Luego de aceptar que los pacientes internados involuntariamente tenían derechos constitucionales de la clase que el actor alegaba, el tribunal consideró cómo se deberían delimitar esos derechos. Rechazó la decisión del tribunal inferior de que las medidas que infringieran la libertad de los pacientes o sus intereses de seguridad requieran demostrar una "necesidad apremiante o sustancial". Concluyó que este estándar impondría "una carga inapropiada en los administradores de

²²³ [N.d.T.] John Paul Stevens fue juez de la Corte Suprema designado por la Administración de Ford entre 1975 y 2010, cuando se retiró. Está comúnmente aceptado que Stevens se encontró en el lado más liberal y progresista de la Corte.

²²⁴ *Id.* al 411-14 (disidencia del Juez Stevens).

²²⁵ U.S. 307 (1982). *Youngberg* era una acción de daños individuales y no un caso de reforma institucional, pero la cuestión que generó sobre el estándar constitucional de cuidado fue el tema central de los casos de reforma institucional y el holding, por ende, fue influyente en casos institucionales siguientes. Ver, por ejemplo, *Soc'y for Good Will to Retarded Children v. Cuomo*, 737 F.2d 1239, 1248-49 (Segundo Circuito, 1984).

instituciones como Pennhurst”, y requeriría que los jueces “adivinaran” criterios institucionales que no estaban calificados para evaluar. Aun así, en vez de requerir la deferencia administrativa general propuesta por *Lewis*, el tribunal de *Youngberg* habló de “deferencia al juicio ejercido por un personal calificado”: solo se impondría responsabilidad cuando la decisión del profesional fuera un apartamiento tan sustancial del criterio profesional comúnmente aceptado, sus prácticas o estándares, que demostrara que la persona responsable de hecho no basó su decisión en tales juicios²²⁶.

Este precepto es una forma más limitada de deferencia que la de *Lewis*. Hemos advertido que quienes proveen servicios profesionales en las instituciones demandas frecuentemente están de acuerdo con un rango sustancial de las pretensiones de los actores y que los directivos de mayor jerarquía a veces admiten que sus propias decisiones no cumplen con los estándares aplicables y por ende no son “decisiones profesionales” en el sentido en que lo usa la Corte. Aunque el estándar de *Youngberg* fue prescripto para casos de salud mental, expresa la realidad práctica en muchos casos de otras áreas: los equipos profesionales adquieren mayor influencia sobre el cumplimiento, al margen de las disposiciones expresas de una decisión²²⁷.

Sin embargo, el enfoque de la Corte está sujeto a dos críticas. Primero, al aceptar como “presuntivamente válida” cualquier decisión oficial que no sea lo suficientemente escandalosa como para ser calificada como “no profesional”, la Corte en verdad no está sustituyendo una especulación judicial amateur por la pericia administrativa. En verdad, lo que está haciendo es darle preferencia a la opinión de un experto designado por la administración en vez de a un experto designado judicialmente. Cuando los tribunales imponen remedios en los casos de interés público, no los diseñan *ex nihilo*, sino que los formulan en base a las recomendaciones de los expertos que designaron. El sistema de bibliotecas de *Lewis*, por ejemplo, no fue designado por el tribunal sino por “un profesor de derecho de Flushing, Nueva York”²²⁸. Aun aceptando las críticas de la Corte hacia algunos de estos remedios, no hay razón para considerar que la pericia de una autoridad elegida por un juez para revisar las decisiones de otros expertos sea sistemáticamente inferior al juicio de uno de los expertos sujetos a la decisión.

La perplejidad aumenta cuando –ésta es la segunda objeción– el oficial hacia cuyo juicio el tribunal va a ser deferente es parte de la institución que las opiniones profesionales en general condenan. Esto es, claramente, el caso en Pennhurst. Basándose en una decisión anterior en otro caso contra Pennhurst, el tribunal de primera instancia notó que “nadie discrepó con las muchas opiniones profesionales en el campo de la salud mental que testificaron que la “normalización” [es decir, la desinstitucionalización] ha sido universalmente aceptada como el único método exitoso de rehabilitar a una persona con

²²⁶ *Youngberg*, 457 U.S. al 322-23.

²²⁷ Ver *Diver*, supra nota 2, al 70-73. Pero adviértase la calificación hecha en supra, Sección III.D.

²²⁸ *Lewis*, 518 U.S. al 363.

discapacidad”²²⁹. No hay duda de que hay mejores y peores formas de administrar una institución que no cumple con sus obligaciones -legales y de otro tipo- hacia las personas que tiene que servir. Un tribunal, sin embargo, posiblemente no pueda discernir las mejores opciones solamente siendo deferente a los puntos de vista de los agentes de la institución condenada.

El litigio en Pennhurst, del modo en que evolucionó luego de la decisión de la Corte Suprema, reflejó un cambio ulterior, más general, en la caracterización de las opiniones profesionales. *Youngberg* asumió la imagen tradicional en la que un practicante individual, basado en una disciplina particular y especializada, confronta y resuelve problemas de una manera sustancialmente única e implícita. En las décadas durante las que el litigio de Pennhurst avanzó esta concepción cambió. De manera creciente, la toma de decisiones profesionales empezó a ser vista como el resultado útil pero provisional de una discusión permanente, mutuamente crítica, entre expertos con experiencias en diferentes disciplinas. Cuanto más pronunciada es esta tendencia, menos sentido tiene hablar de deferencia a los puntos de vista de un profesional en particular: los profesionales individuales no tienen puntos de vista, los grupos de expertos colaborativos son los que los tienen.

El Acuerdo Final de Pennhurst mostró de manera sucinta cómo este cambio podría transformar el significado de “profesional” que *Youngberg* asumió: el acuerdo especificó que los servicios provistos por el Commonwealth y otras entidades gubernamentales a los miembros de la clase serían determinados por “juicios profesionales, expresados mediante equipos interdisciplinarios”²³⁰. De hecho, este uso no era muy excepcional. Para mediados de los 1980, “equipos interdisciplinarios” era una noción que aparecía frecuentemente en casos que involucraban los derechos de las personas con discapacidad mental, como un término bien establecido que no requería una definición ulterior²³¹.

Las características claves de esta nueva noción sobre las tomas de decisiones profesionales son el diálogo colaborativo, la provisionalidad, y la transparencia²³² (las mismas características de lo que llamamos enfoque experimentalista). En la medida en que esta visión del profesionalismo converge con el experimentalismo, sugiere una solución al problema de la discrecionalidad judicial. El tribunal no necesita elegir entre remedios derivados de normas sustantivas ambiguas, por un lado, o deferir a agentes del ejecutivo manifiestamente no confiables, por el otro. En cambio, puede intentar crear un proceso en el que las partes interesadas generen estándares de manera colaborativa, procedimientos para revisarlos, y mecanismos de rendición de cuentas de quienes están sujetos a ellos. Al hacerlo, hay un sentido en el que el tribunal puede estar difiriendo al juicio profesional, aunque en una forma diferente a la que asumió *Youngberg*. Antes de que el tribunal pueda deferir a

²²⁹ Halderman v. Pennhurst State Sch. & Hosp., 784 F. Supp. 215, 220 (Distrito este de Pensilvania, 1992).

²³⁰ Id. al 218.

²³¹ Ver, por ejemplo, Sermak v. Manuel, No. 98-3345, 1999 WL 801571, al *4- 5 (Sexto Circuito, 1 de octubre de 1999); S.H. v. Edwards, 860 F.2d 1045, 1049 (Onceavo Circuito, 1988); Ky. Ass’n for Retarded Children v. Conn, 718 F.2d 182, 186 (Sexto Circuito, 1983).

²³² Ver, por ejemplo, Instituto de Medicina, Crossing the Quality Chasm: A New Health System for the 21st Century [Cruzando la grieta de la calidad: un nuevo sistema de salud para el siglo 21]111-63 (2001). Para un ejemplo de uno de nuestros contextos, ver Schiff y Shansky, supra nota 74, al 21-25, que afirma que “los equipos multidisciplinarios son los verdaderos impulsores” de un esfuerzo por mejorar el

a cumplir ciertas obligaciones legales (una característica esencial del “Estado de Derecho” en la tradición Angloamericana)²³⁸. Sin dudas, esas injuncions eran más acotadas y menos frecuentes en el pasado, pero también lo era la actividad del ejecutivo que buscaban controlar. Un grado de expansión de los remedios parece necesario para dar significado al principio del Estado de Derecho en una era en la que las actividades del gobierno se han expandido y cambiado vastamente. Además, no hay dudas de que hay límites constitucionales importantes a la autoridad de las legislaturas para limitar (o no proveer) la implementación de los derechos sustantivos, incluso los derechos que la propia legislatura ha creado²³⁹. Presentar a la actividad judicial en la reforma estructural como entrometiéndose en la discrecionalidad administrativa y legislativa ignora la complejidad de las relaciones entre los poderes en muchos de los casos. A veces, como en los casos de vivienda y salud mental, la legislatura ha materializado el remedio estructural. Solo en el área de prisiones se encuentra una actitud prominente y categórica de hostilidad legislativa –la Ley de Litigio de Reforma Penitenciaria de 1996- y aun aquí la ley podría haber sido interpretada razonablemente como imponiendo límites más modestos de los que los tribunales han inferido²⁴⁰.

Además, los regímenes remediales que emergen de los casos de interés público a veces involucran legislación elaborada y creativa. Las legislaturas de Texas y Kentucky sancionaron reformas educativas innovadoras en respuesta a los casos de “adecuación” escolar y las legislaturas de Nueva Jersey y Oregon desarrollaron programas a nivel estadual para supervisar las decisiones locales que afectaban la vivienda accesible. Después de que los tribunales en Maryland y Nueva Jersey aceptaran demandas sobre la formulación de perfiles raciales muchos gobiernos estatales y municipales aprobaron leyes que ordenaban regímenes de monitoreo con el mismo espíritu que los remedios judiciales anteriores. En todos estos casos, las legislaturas posiblemente no hubieran sancionado leyes como lo hicieron sin los incentivos de los tribunales, pero los esquemas que surgieron fueron sustancialmente sus propias creaciones²⁴¹.

Yendo al poder ejecutivo, hemos visto que el disenso interno es moneda habitual²⁴². De manera muy frecuente, las cabezas de las agencias o los oficiales de operaciones reciben bien las demandas judiciales o al menos admiten muchas de las alegaciones de los actores. Quizás bajo los principios

²³⁸ Ver Edith Henderson, *Foundations of English Administrative Law: Certiorari and Mandamus in the Seventeenth Century* [Bases del derecho administrativo inglés: certiorari y mandamus en el siglo diecisiete] (1963). Sobre el control judicial de la acción administrativa como un principio central del Estado de Derecho, ver A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* [Introducción al estudio del derecho de la Constitución] 388-90 (10ma ed. 1959).

²³⁹ Ver *Legal Servs. Corp. v. Velazquez*, 531 U.S. 533, 542-43 (2001); *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254, 260-62 (1970).

²⁴⁰ Ver *supra*, Sección II.C. Incluso luego de las restricciones de la Ley de Litigio de Reforma Penitenciaria, ver *supra*, Sección II.C., la Ley de Derechos Civiles de las Personas Institucionalizadas de 1980, 42 U.S.C. §§ 1997-1997j (2000), continúa autorizando las demandas del Departamento de Justicia por remedios estructurales en contra de las prisiones estatales.

²⁴¹ Ver, por ejemplo, *supra*, Sección II.A. y la ley citada, n°.35; Sección II.D y II.E.

²⁴² Dado que el poder ejecutivo de los estados está formalmente más fragmentando que el del ejecutivo federal, la división entre los agentes estatales muchas veces hace difícil discernir qué significaría la deferencia judicial al ejecutivo. Por ejemplo, en el caso de las cárceles de Santa Clara, California, el alguacil -un oficial electo que fue demandado junto con la Comisión de supervisores- se sentó en la sala de juicio en la mesa de los abogados de los actores. El alguacil y la Comisión estaban peleados. El primero le atribuía los problemas de las cárceles al financiamiento inadecuado; la Comisión, a la mala administración del alguacil. Ver Feeley y Rubin, *supra* nota 6, al 116.

de separación de poderes es la posición que toma el funcionario que encabeza la jurisdicción –el gobernador, en el caso del estado demandado- y no la de los oficiales de menor jerarquía la que más importa. Sin embargo, aun admitiendo este punto, es destacable que es infrecuente que las prácticas que atacan los actores parezcan ser el resultado del ejercicio de poder de alguien en particular. La situación, la mayoría de las veces, es una consecuencia de una falla o negativa a hacer políticas. El componente más característico de las decisiones estructurales actuales es una exigencia de que el demandado simplemente apruebe alguna política, muchas veces con limitaciones mínimas o totalmente aceptadas acerca de los contenidos de dicha política.

Considérese a este respecto el trasfondo de un caso institucional reciente a nivel estadual²⁴³. El abogado de los actores determinó que las prácticas de una agencia estatal en una de las áreas repasada en la sección II estaban en total incumplimiento con los deberes legales aplicables. Los abogados se acercaron a los oficiales de mayor jerarquía de la agencia con estas alegaciones. Los oficiales en buena medida aceptaron las violaciones denunciadas y expresaron su voluntad de negociar una resolución que pudiera ser volcada en una ley o en una sentencia homologatoria. Las partes se pusieron de acuerdo tentativamente en los grandes lineamientos de una resolución. Cuando los oficiales se acercaron a la oficina del gobernador, sin embargo, se les informó que el gobernador no estaba dispuesto a asumir los costos políticos de tomar medidas que requerirían gastos adicionales en beneficio de un grupo políticamente impopular. Los esfuerzos por persuadir al gobernador de que la negativa a acordar involucraría al estado en un litigio costoso que eventualmente perdería no cambiaron su opinión. Cuando los oficiales de la institución incluyeron un ítem sustancial en su presupuesto para la defensa en el juicio, sin embargo, uno de los líderes de la legislatura notó este problema. El legislador luego presionó exitosamente al gobernador a aceptar un acuerdo. Los actores, la legislatura y el gobernador prefirieron que el acuerdo estuviera volcado en una decisión judicial antes que en una ley, por lo que los actores presentaron un caso con la confirmación del estado de que lo acordaría rápidamente, lo que luego hizo. Esta historia es más elaborada que la de la mayoría de los casos, pero la cuestión básica de evadir las responsabilidades en vez de ejercerlas por parte de oficiales del ejecutivo y la legislatura es común. La objeción más plausible en este caso al rol de un tribunal basada en la separación de poderes no es que aquél usurpó responsabilidades del ejecutivo, sino que permitió el uso de su autoridad para cubrir políticamente a un gobernador que debió haber asumido la responsabilidad por sí mismo.

²⁴³ Tal como nos fue relatado en confidencialidad por dos participantes.

Aun así, sin la posibilidad de un cuestionamiento judicial, hubiera persistido una situación que nadie podría haber defendido de buena fe²⁴⁴.

En la medida en que los viejos regímenes de comando y control bloquean de manera comprensiva la autoridad del ejecutivo podrían surgir preocupaciones tanto de fragmentación como de rendición de cuentas. Pero dado que el enfoque experimentalista les da a las agencias más discrecionalidad que el enfoque de comando y control, estas preocupaciones parecen menos acuciantes²⁴⁵.

Además, el enfoque experimentalista parece resolver, en aspectos importantes, las preocupaciones sobre división de poderes. Esto parece ser particularmente claro respecto de la rendición de cuentas. La intervención experimentalista sirve directamente a la rendición de cuentas electoral al requerir a los oficiales del ejecutivo que hagan explícitas las políticas y que se sujeten a los mecanismos de medición y monitoreo que hacen ese desempeño más fácil de evaluar. Este esquema hace al ejecutivo potencialmente más responsable ante la legislatura y el electorado, como también hacia el tribunal²⁴⁶.

Estos mecanismos de transparencia también deberían mejorar la rendición de cuentas del abogado de los actores, otras partes interesadas, y el tribunal mismo. El nuevo régimen hace más claros los objetivos a los que se comprometieron estos representantes, y hace al progreso medible en términos de criterios que los representantes han aceptado. Cuando no se progresa, los representados a veces van a estar en una posición de presionar o reemplazar a sus representantes. De manera similar, la falta de progreso se va a reflejar en el tribunal. Aunque los mecanismos directos de rendición de cuentas judicial son limitados, los jueces pueden ser reticentes a continuar dedicando esfuerzos excepcionales y sufrir las críticas públicas que estos casos muchas veces generan cuando no creen que se está haciendo un progreso tangible.

La intervención experimentalista sirve a la dispersión y la rendición de cuentas en otra forma menos tradicional. Abre las instituciones que se desempeñan mal a la influencia y participación de los ciudadanos insatisfechos, mediante la negociación de partes interesadas. El proceso de intervención de las partes interesadas es, por definición, una fragmentación de poder y, cuando

²⁴⁴ Sandler y Schoenbrod hacen la versión de “protección política” del argumento de la rendición de cuentas reducida. Ver Sandler y Schoenbrod, *supra* nota 8, al 117-38, 153-61. Su preocupación es importante, pero sus propuestas para restringir la intervención judicial no pueden mejorar la rendición de cuentas cuando el ejecutivo está predispuesto a la pasividad y no siente presiones para actuar. No hay dudas de que hay ejemplos de agencias con mal desempeño que han comenzado de modo independiente proyectos de reforma prometedores, en formas en las que se han abierto a las partes interesadas. El relato de Sandler y Schoenbrod de la reorganización de la Administración de la Niñez de Nueva York sugiere que este puede ser un ejemplo. Pero en el caso promovido contra la agencia, el tribunal se demostró capaz de reconocer la calidad de los esfuerzos de la agencia y respondió de manera apropiada, negándose a emitir la clase de órdenes intrusivas que objetan Sandler y Schoenbrod. Ver *id.* págs. 193-97; ver también Marisol A. ex rel. Forbes v. Giuliani, 185 F.R.D. 152, 164 (Distrito sur de Nueva York, 1999) (que advierte que incluso si los actores establecieran la responsabilidad en el juicio, “el tribunal podría no haber estado en una posición de dar un mayor remedio que simplemente incentivar la continuación de los esfuerzos y las mejoras por parte del demandado”). Nuestra noción de derechos de desestabilización anticipa esas situaciones, al requerir como condiciones de los remedios estructurales ambiciosos tanto una falla en el desempeño como el “atrincheramiento” político.

²⁴⁵ Ver Nagel, *supra* nota 3, al 708-10 (que discute como una decisión detallada intensifica las preocupaciones basadas en la separación de poderes).

²⁴⁶ Sin dudas, la legislatura podría prescribir un régimen de monitoreo, participación y rendición de cuentas por sí misma. Cuando un tribunal ordena esos regímenes, está por ende afirmando poder frente a la legislatura. Pero la separación de poderes permite, e incluso requiere, órdenes judiciales que limitan la práctica legislativa cuando las limitaciones son del tipo que induce a la legislatura a cumplir su propia función adecuadamente. Piénsese en la redistribución nula por su vaguedad, o en la doctrina de la delegación.

funciona, mejora la rendición de cuentas hacia esos con mayor interés en las instituciones. Como una forma de democracia directa más que representativa, y como un proceso informal sin criterios fijos de legitimación u operación, el proceso de involucramiento de las partes interesadas se aparta de las premisas tradicionales del constitucionalismo estadounidense. Pero es potencialmente una elaboración valiosa, una que sirve los valores generales de fragmentación y rendición de cuentas en circunstancias en las que los procesos políticos tradicionales, por sí mismos, no lo harían de manera eficaz.

El litigio de interés público rechaza la noción de que la rendición de cuentas pueda ser dada por sentada a partir del hecho de que una agencia está inserta en una estructura administrativa mayor, formalmente liderada por un oficial electivo. Esa asunción convertiría a la doctrina de la separación de poderes en un formalismo vacío. El electorado como un todo tiene información e interés limitados sobre el funcionamiento de instituciones públicas, y los asuntos de estas instituciones están entremezclados con varios otros cuando se presentan en las votaciones. Los oficiales de más jerarquía en las tres ramas del gobierno tienen información e intereses limitados y también un rango amplio de responsabilidades. El proceso de participación de las partes interesadas permite una manera más informal y *ad hoc* de compartir el poder y de rendición de cuentas hacia aquellos a quienes más afecta²⁴⁷.

C. El problema de la atribución.

La siguiente cuestión doctrinal puede ser llamada el problema de la atribución. El actor busca un remedio estructural contra los oficiales de jerarquía o contra el gobierno. Algunas veces, como en los casos de segregación de *jure*, el actor va a poder probar una mala conducta sistemática por parte de los oficiales de más jerarquía. Más comúnmente, sin embargo, su prueba va a consistir en una serie de episodios concretos de mala conducta por agentes de mejor jerarquía. De aquí surge la pregunta de cuándo esos episodios van a ser considerados como demostrativos de un mal desempeño sistemático, o dicho de otra manera, cuándo van a ser atribuidos a los oficiales de más jerarquía o al gobierno, contra quienes se busca el remedio.

El asunto está presente, en teoría, en todos los contextos repasados más arriba, pero surge de modo más prominente en los casos de abuso policial. El remedio federal disponible bajo Código de los Estados Unidos, título 42, § 1983 contra los gobiernos locales o los oficiales de jerarquía estatales basado en la mala conducta de sus subordinados requiere demostrar que dicha mala conducta fue una cuestión de "política" expresa o de una "práctica o patrón" tácitamente

²⁴⁷ Por ende, un estilo experimentalista de remedios de interés público comparte el mismo espíritu, como una variedad de las reformas recientes que se basan en la participación ciudadana directa en áreas que incluyen la policía, la protección ambiental, y el desarrollo económico local. Ver, en general, Jeffrey M. Berry, *The New Liberalism: The Rising Power of Citizen Groups* [El nuevo liberalismo: el poder naciente de los grupos ciudadanos] (1999); *Deepening Democracy: Institutional Innovations in Empowered Participatory Governance* [Profundizando la democracia: innovaciones institucionales en la gobernanza participativa empoderada] (Eds. Archon Fung y Erik Olin Wright eds., 2003); William H. Simon, *The Community Economic Development Movement: Law, Business, and the New Social Policy* [El movimiento de desarrollo económico comunitario: derecho, negocios, y la nueva política social] (2001).

aceptados²⁴⁸. Además, tanto la tradicional “lesión irreparable” que exige el remedio de equidad como los requisitos de legitimación activa dependen de una demostración de que la conducta cuestionada posiblemente se repetirá en una escala significativa en ausencia de un remedio estructural²⁴⁹.

Dado que la mala conducta en cuestión rara vez está expresamente autorizada, los actores en general intentan mostrar una “práctica o patrón” permanentes. Típicamente, la prueba toma la forma de evidencia sobre un número de episodios de mala conducta acompañado de un conocimiento y falta de reacción por parte de los superiores. En algún punto, si se prueban instancias concretas y repetidas, es inevitable una inferencia de la aceptación de esas conductas.

Pero los actos de mala conducta de los agentes de menor rango no establecen por sí solos la responsabilidad de los supervisores, excepto que permitan una inferencia sobre un cierto “estado mental” de estos últimos. El caso típico es el de la participación intencional o la incentivación. Los casos más recientes, sin embargo, difícilmente encuadran en este escenario. Los tribunales no han acotado la responsabilidad de los agentes de mayor jerarquía a los casos en los que éstos activamente tienen conductas ilegítimas. Pero tampoco se han sentido cómodos con la idea de que la simple omisión de los oficiales en frenar una conducta sea suficiente para atribuir responsabilidad. En cambio, los tribunales exigen la prueba de un estado mental intermedio entre la intención y la indiferencia. De esta interpretación surgen estándares como el de la “indiferencia deliberada”²⁵⁰.

El cuerpo de doctrina que lidia con estos temas tiene dos deficiencias principales. Primero, trata lo que son problemas centralmente institucionales en términos psicológicos y, de hecho, términos psicológicos incoherentes. La “indiferencia deliberada” es un oxímoron. Capta mal las realidades psicológicas e institucionales más relevantes. En un caso típico, actualmente, los agentes de mayor jerarquía ni desean ni promueven activamente el mal desempeño. De hecho, si hubiesen podido eliminarlo sin costos, lo hubieran hecho. El problema es que eliminar la conducta generaría costos sustanciales de varias clases –económicos, políticos, emocionales– y por razones que pueden ser tanto egoístas como de opinión pública, dichos agentes hacen compromisos que permiten que la mala conducta continúe. La pregunta importante es si esos compromisos son aceptables o si por el contrario implican darle menos peso de lo que la ley requiere a algunos valores. La preocupación por los estados mentales simplemente quita atención y energía de consideraciones más pertinentes.

En segundo lugar, el foco en el estado mental de los oficiales genera el riesgo de crear fuertes desincentivos para la clase de monitoreo interno que es crítica para abordar muchos otros problemas involucrados en estas demandas. Si la responsabilidad depende de la intención, entonces los oficiales pueden

²⁴⁸ Por ejemplo, *Porter v. Nussle*, 523 U.S. 516, 530 (2002). Los principios de inmunidad soberana sobreviven lo suficiente para impedir la responsabilidad general del superior por los agentes que realizan funciones públicas del tipo considerado aquí. La justificación principal es que las tareas públicas requieren suficiente discrecionalidad y que los oficiales tienen derecho a tener suficiente deferencia debido a su posición en el poder ejecutivo. Ver *Monell v. Dep’t of Soc. Servs.*, 436 U.S. 658, 676-83 (1978).

²⁴⁹ Ver, por ejemplo, *Rizzo v. Goode*, 423 U.S. 362, 371-73 (1976).

²⁵⁰ Por ejemplo, *City of Canton v. Harris*, 489 U.S. 378, 388 (1989).

concluir razonablemente que la ignorancia es la mejor defensa²⁵¹. En general no pensamos que las personas quieren lograr consecuencias de las que no tienen siquiera conocimiento. Por supuesto, los tribunales en algún punto van a asumir que los agentes “tienen que haber sabido” acerca de ciertas conductas que eran extendidas y salientes en una institución, y algunas veces van a concluir que la elusión deliberada del conocimiento es equivalente al conocimiento mismo. Sin embargo, los tribunales no llegan a esas conclusiones fácilmente; muchas veces requieren una prueba bastante elaborada por parte de los actores. Los agentes que admiten el conocimiento del mal desempeño sostenido en general van a estar en una posición peor que los que pueden negarlo razonablemente. Los agentes rara vez están en una mejor posición por haber buscado ese conocimiento.

La perspectiva experimentalista sugiere dos mejoras a los estándares presentes sobre responsabilidad institucional. Primero, saca la evaluación del desempeño de las instituciones demandas del campo de las motivaciones de los individuos que ocupan sus cargos de más jerarquía. En cambio, sugiere que estas fallas son más comúnmente el producto de una serie de compromisos políticos en los que los valores a los que apelan los actores han sido dejados de lado o, de manera relacionada, el producto de una clase de equilibrio político de poca monta en el que todo funciona peor de lo que es posible, pero en el que ningún actor en particular tiene ni los incentivos ni el poder para realizar cambios sin presiones.

En segundo lugar, la perspectiva experimentalista favorece un cambio de la “sanción por monitorear” que está implícita en el enfoque del estado mental. Si el enfoque remedial más prometedor para la implementación de los derechos de interés público exige monitoreo, participación, y comparaciones disciplinadas, entonces los demandados que ya han iniciado estas prácticas deberían tener crédito por hacerlo. La iniciación de buena fe debería contradecir la existencia del atrincheramiento político que, a nuestro juicio, es un prerrequisito de la responsabilidad en estos casos. Estas prácticas tienden tanto a crear presiones para cumplimiento por parte de los empleados de mejor jerarquía, como así también a abrir los sistemas en general a las presiones políticas. Por ende, le dan credibilidad a la defensa de que los procesos políticos (no judiciales) son suficientes para inducir una reforma. Por el contrario, la omisión por parte de las instituciones demandas de adoptar procedimientos de cumplimiento de avanzada debería ser considerada negativamente en las determinaciones de responsabilidad.

El enfoque experimentalista en el derecho de interés público es análogo a algunas tendencias recientes en la responsabilidad de las organizaciones privadas. En el área corporativa, por ejemplo, la misma tendencia a rechazar la responsabilidad de los directivos por omisiones en supervisar el cumplimiento

²⁵¹ Durante el juicio, en un caso que cuestionaba las condiciones médicas de las prisiones, la cabeza del Departamento Correccional de California testificó que se había resistido a desarrollar un procedimiento para examinar a los internos con afecciones mentales “porque él sabía que una vez que se identificaran individuos con padecimientos mentales, él sería responsable de tratarlos”. Craig Haney y Donald Specter, *Treatment Rights in Uncertain Times* [Derechos al tratamiento en tiempos inciertos] en *Treating Adult and Juvenile Offenders with Special Needs* [tratando a los infractores adultos y juveniles con necesidades especiales] 51, 70 (Ed. José B. Ashford y otros, 2001).

con deberes legales y a tratar la inadvertencia de la mala conducta (incluso la rutinaria) de los subordinados como exculpatoria es prominente hace tiempo. Esta tendencia ha cambiado significativamente en las décadas recientes. Como una cuestión práctica, se ha vuelto la norma que las empresas tengan programas de cumplimiento en una variedad de áreas sensibles, como derecho ambiental y finanzas. Las Pautas Federales sobre Condenas a Demandados Corporativos de 1991 abrieron camino en este sentido, al hacer a los esfuerzos de monitoreo sobre cumplimiento realizados de buena fe un factor de mitigación importante al decidir la persecución penal federal de empresas²⁵². Los tribunales han comenzado a sugerir que el deber de cuidado de los ejecutivos corporativos incluye una obligación afirmativa de monitorear²⁵³. Un cambio en el foco del litigio de interés público que cambia el eje de los estados mentales para pasar al de la eficacia institucional estaría en línea con esos desarrollos del derecho privado.

D. El problema de la representación de intereses

El artículo de Chayes concluyó con una discusión del “problema de la representación de intereses”²⁵⁴. El litigio de interés público requiere la representación de las personas afectadas. De hecho, la mayor parte de la participación debe hacerse mediante representantes. Por ende, el tribunal debe identificar a las personas afectadas, evaluar la representatividad de quienes intentar hablar por ellas, y a veces asignar pesos a los intereses contrapuestos alegados en el proceso. Chayes argumentaba que los tribunales no están mal equipados para identificar los intereses afectados, y lo hacen rutinariamente bajo las reglas federales de acumulación y las de las acciones de clase. Él apoyaba la tendencia de las teorías sobre acumulación y de las prácticas remediales hacia la inclusividad y advertía varias técnicas para inducir la representación de grupos que no se presentaban por su propia iniciativa. Estas técnicas incluían una amplia notificación de la demanda y del proceso, la negativa a proceder hasta que las partes originarias procuren la representación de algunos intereses en particular, los esfuerzos de búsqueda por parte de los *special masters*, y las invitaciones a *amicus curiae*. Con respecto al problema de cómo ponderar los intereses, Chayes dijo, sin más elaboración, que “una parte de la respuesta puede encontrarse en la sugerencia de que la decisión, o al menos el remedio, involucra una especie de negociación entre las partes”²⁵⁵. Nuestra perspectiva sugiere algunas elaboraciones sobre esta respuesta. Como primera medida, la tendencia experimentalista trata a la participación no solo como un aspecto de la formulación remedial inicial sino como una característica clave del remedio en sí mismo. Los términos sustantivos del remedio son provisionales: se espera que sean renegociados en base a la experiencia. Por ende, un elemento crítico de la decisión es el establecimiento de un proceso participativo para

252 Comisión de Sentencias de los Estados Unidos, Manual de directrices, capítulo 8 (1994).

253 El Canciller Allen discutió estos desarrollos en *In re Caremark International, Inc. Derivative Litigation*, 698 A.2d 959, 969-70 (Del. Ch. 1996). Otro contexto privado análogo es la discriminación laboral por acoso sexual, en donde nociones como “ambiente de trabajo” han cambiado el foco de las motivaciones de los gerentes, individualmente, hacia las estructuras institucionales, y han llevado a un deber implícito de monitoreo. Ver Sturm, *supra* nota 10, al 480-90.

254 Chayes, *supra* nota 1, al 1310-14

255 *Id.* al 1312.

esas renegociaciones. La tarea de identificar los intereses afectados e inducir su participación no necesita ser lograda completamente desde el principio. Nuevos representados van a aparecer en el curso de la implementación, y dado que las reglas son revisables, ellos van a tener la oportunidad de cuestionarlas.

Aún más, la sugerencia de Chayes de que la dificultad de balancear intereses se puede remediar en parte mediante una “especie de negociación entre las partes” es más poderosa en el enfoque experimentalista. La discusión de Chayes de la negociación era ambigua. Desde una lectura, él la concebía como una suerte de negociación pluralista en la que diferentes grupos comprometían sus intereses pluralistas en una resolución que reflejaba su poder relativo. Bajo esta lectura, el problema de balancear intereses genera un dilema. O bien la resolución negociada simplemente reflejaría el balance de poder preexistente entre los grupos afectados, en cuyo caso estaría manchada por las desigualdades que la demanda quiso abordar; o, alternativamente, reflejaría una reasignación de poder mediante la declaración de derechos por parte del tribunal en su determinación de responsabilidad. En este caso, sin embargo, el tribunal tendría que tener capacidad de especificar los derechos de las partes y requeriría algo así como una ponderación específica de intereses que Chayes admitía que sería difícil.

Bajo otra lectura, Chayes discutía la negociación remedial en términos del consenso deliberativo del experimentalismo democrático. En oposición a la negociación, la deliberación está centralmente comprometida con la provisión de razones y la apertura a ser convencido. Insiste en que las partes estén abiertas a la posibilidad de que no puedan entender totalmente sus intereses individuales y de que al menos deben aspirar a encontrar soluciones que defiendan valores comunes. La deliberación intenta ser un proceso de aprendizaje y construcción de solidaridad, más que una simple resolución de controversias.

Los derechos de desestabilización y la remediación experimentalista complementan el enfoque del consenso, pero no son útiles y pueden incluso ser dañinos a la negociación pluralista. La negociación pluralista procede mediante amenazas implícitas de las partes sobre los costos que cada una le puede imponer a la otra si no se alcanza un acuerdo. Cuanto más estén de acuerdo las partes en cuáles son esos costos, más posible será que consideren que es en su propio interés llegar a un acuerdo. Cuantas más diferencias haya entre las estimaciones de las partes sobre los costos de no acordar, más probable será que la negociación pluralista falle²⁵⁶.

Además, cada parte en el proceso pluralista evalúa los beneficios de un acuerdo, centralmente, en términos de sus propios intereses, y la contraparte calcula su estrategia en términos del comportamiento que anticipa en función de su entendimiento personal de los intereses propios de su adversario. En la medida en que las partes no están seguras acerca de sus propios intereses,

²⁵⁶ Cfr. con Robert H. Mnookin y Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce* [Negociando en las sombras del derecho: el caso del divorcio], 88 *Yale Law Journal* 950, 975-80 (1979) (que argumenta, sobre asunciones pluralistas, que las diferencias en las expectativas sobre el resultado del litigio tienden a reducir la probabilidad de un acuerdo).

las decisiones de ambas sobre qué resultados aceptar y sus predicciones sobre lo que van a aceptar sus adversarios se hacen más difíciles. Esto hace a la negociación pluralista más vigorosa. Los derechos de desestabilización están designados para aumentar la incertidumbre sobre los intereses de ambas partes y los costos de negarse a acordar y, por ende, pueden amplificar los impedimentos que ya son inherentes a una negociación pluralista. Por otra parte, esta incertidumbre tiene la potencialidad de mejorar la negociación deliberativa en las formas discutidas anteriormente. Puede abrir a las partes a las orientaciones cognitivas y morales más amplias que producen soluciones creativas. Si seguimos la perspectiva de desestabilización para entender a la negociación remedial como deliberativa, podemos darle algo de sustancia a la sugerencia de Chayes de que esa negociación responde al problema de balancear intereses. Desde una perspectiva pluralista, balancear intereses privados es importante porque la solución es vista como un esfuerzo por maximizar la satisfacción de intereses diversos. En contraste, la deliberación es un intento de alcanzar un interés común. Incluso en la medida en que conocen sus intereses y poderes actuales, los deliberantes asumen que esos entendimientos pueden cambiar durante la deliberación; no pueden asumir que haya una relación fuerte entre la posición de poder de un determinado participante y su capacidad de contribuir al descubrimiento de soluciones generalmente valiosas.

Esta alegación, sin embargo, no debe exagerarse. Bajo las mejores circunstancias, los deliberantes van a tener compromisos definidos con intereses particulares, y van a estar influenciados por un sentido general acerca de las posiciones posibles que tendrían en el caso de que no se llegue un acuerdo. Aquellos con mejores posiciones alternativas van a tener más poder en la negociación. Las partes se van a beneficiar por tener más capacidades y recursos en el proceso de negociación en sí mismo, y de sus ventajas culturales y psicológicas. En este caso, las dinámicas de desigualdad en el poder de negociación afectan tanto a las negociaciones deliberativas como a las pluralistas. Además, incluso una negociación que genera un resultado ostensiblemente consensual puede aparecer frente a un observador externo, o ante uno o más de los participantes, como impuesta. La intuición que reside detrás de los derechos de desestabilización sugiere, solamente, que hay recursos de buena fe y creatividad que pueden ser extraídos de la combinación de incertidumbre y oportunidad.

Los "intereses" en el sentido pluralista van a seguir jugando un rol, pero ese rol va a ser uno más provisional. En la medida en que los efectos de desestabilización inducen negociaciones deliberativas, la carga del tribunal de definir y balancear intereses debería ser menor que bajo una negociación pluralista.

V. Conclusión

Los debates recientes han tendido a menospreciar el potencial del litigio de interés público, porque frecuentemente han percibido erróneamente sus formas. Muchas críticas se han dirigido a un modelo de intervención centrado

en el juez, jerárquico, y basado en reglas que ha dejado de corresponderse con las prácticas en los tribunales de primera instancia. De hecho, los jueces de primera instancia y los litigantes han creado formas de intervención más descentralizadas e indirectas, que descansan en la negociación entre partes interesadas, los regímenes de rolling-rule, y la transparencia. Aun no es posible hacer una evaluación definitiva de la eficacia del enfoque experimentalista, pero éste evita los defectos enfatizados por los críticos del régimen anterior, y los resultados iniciales de algunos de sus esfuerzos dan motivos para ser optimistas. El enfoque experimentalista también responde a preocupaciones sobre la legitimidad de la intervención judicial en los casos de interés público. La intervención experimentalista es a la vez más consistente con la práctica judicial de los casos del common law y más compatible con los mecanismos electorales de rendición de cuentas democrática de lo que admiten muchas descripciones sobre el litigio de interés público. Los remedios experimentalistas exponen a las instituciones públicas a las presiones de las comparaciones disciplinadas, que se asimilan a las presiones del mercado defendidas por las normas del common law. Al mismo tiempo, la transparencia que ellos inducen facilita ciertas formas de intervención democrática relacionadas, incluidas las electorales.

Las características de la intervención experimentalista que responden a las preocupaciones sobre eficiencia y legitimidad están capturadas en la idea de derechos de desestabilización. Al estigmatizar el status quo, la intervención del tribunal abre la institución demandada a la participación de partes interesadas antes marginalizadas y despeja el camino para la redefinición de las relaciones entre las partes más establecidas. De manera contra-intuitiva, la desestabilización mediante el nuevo derecho de interés público crea oportunidades para el aprendizaje colaborativo y la rendición de cuentas democrática que muchas veces se ven impedidas en el terreno más certero de la negociación pluralista guiada por los tribunales o las legislaturas.