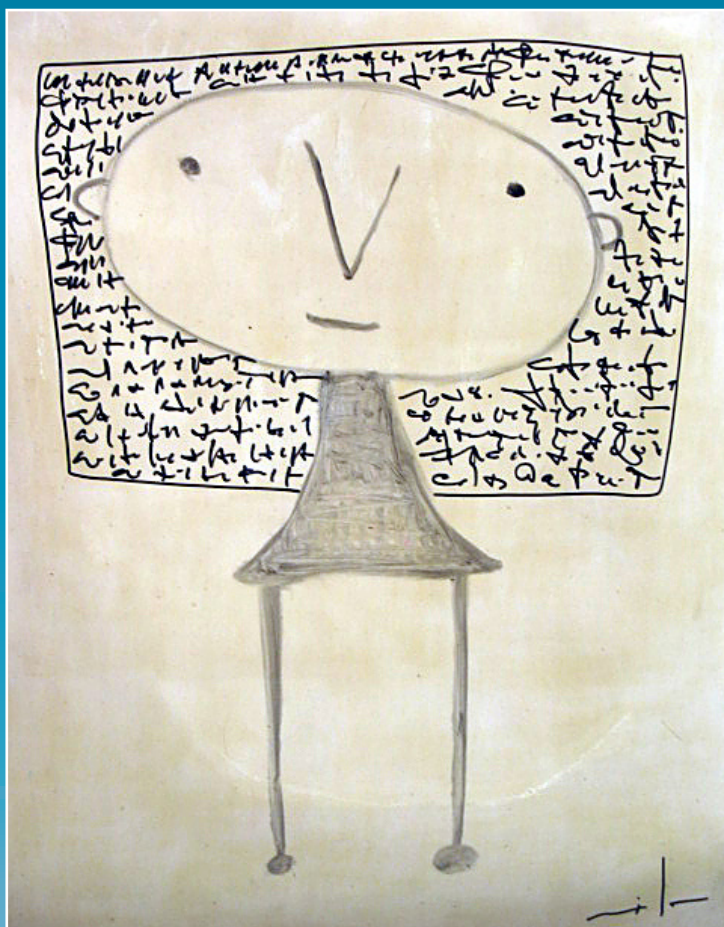


JORNADA DE DEBATE LITIGIO Y REFORMA EDUCATIVA



programa educación

JORNADA DE DEBATE LITIGIO Y REFORMA EDUCATIVA



programa educación

ADC - Asociación por los Derechos Civiles

Av. Córdoba 795 - 8º piso

(C1054AAG) - Buenos Aires - Argentina

TelFax (54-11) 5236-0555

www.adc.org.ar

Equipo de trabajo

Equipo de Trabajo

Director Ejecutivo: Álvaro Herrero

Directora del Programa Educación: Mariela Belski

Abogada del Programa: Micaela Finoli

Edición: Laura Kaganas

Diseño: Liebre de Marzo

Pintura de Tapa: Gentileza de Milo Locket

Agosto 2009

Agradecimientos: agradecemos especialmente a Mercedes Davico por la relatoría del informe que sirvió para la elaboración de esta publicación.

Presentación y agradecimientos

Este documento es el producto de una jornada de debate titulada “Litigio y Reforma Educativa”, organizada por la Asociación por los Derechos Civiles junto al Área de Derecho de la Universidad de San Andrés, en la sede Capital de la Universidad de San Andrés el 27 de agosto de 2009. El encuentro tuvo por objeto continuar con un diálogo que la ADC viene estimulando con el propósito de generar un espacio de reflexión y discusión interdisciplinaria sobre cuestiones vinculadas a litigio y reforma educativa.

Desde hace más de una década, la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) trabaja de modo activo para afianzar una cultura jurídica e institucional que garantice los derechos fundamentales de las personas de acuerdo con el mandato de la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales de derechos humanos y los valores democráticos. En los últimos años, la ADC ha estado trabajando cuestiones vinculadas a educación y justicia. Ello se refleja en las actividades que ha venido desarrollando, que incluyen, entre otras, la identificación de situaciones de discriminación educativa que impacten de modo negativo en los derechos de los/las niños, niñas y adolescentes, y la promoción de reformas dirigidas a mejorar la situación educativa de esta comunidad.

Especial énfasis se ha puesto en la utilización de litigio como una herramienta que puede utilizarse, entre otras, para avanzar en la agenda de derechos humanos, generar cambios educativos de relevancia, develar violaciones de derechos estructurales o, incluso, poner en agenda temas educativos ausentes en el debate público.

En este marco se desarrolló la actividad que aquí se presenta. El encuentro contó con la valiosa participación del profesor William Koski, de la Universidad de Stanford, especialista en temas de litigio y reforma educativa, y director de la clínica de litigio en educación de la Facultad de Derecho de Stanford.

Contribuyeron con la calidad del encuentro, asimismo, la profesora Paola Bergallo de la Universidad de San Andrés y el juez de primera instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires Guillermo Treacy.

El encuentro contó, asimismo, con el apoyo de la Campaña Argentina por el Derecho a la Educación, la Campaña Latinoamericana por el Derecho a la Educación y la Campaña Mundial por la Educación. Participaron del

encuentro especialistas del ámbito educativo, del ámbito de la justicia, de la sociedad civil, funcionarios públicos del sector educativo, magistrados, abogados y académicos.

Agradecemos a la Escuela de Derecho de la Universidad de San Andrés por estimular y organizar junto a la ADC este encuentro.

Finalmente, la ADC agradece a The John Merk Fund por el apoyo a las actividades realizadas en relación con la promoción del derecho a la educación.

A continuación, presentamos la relatoría de las exposiciones y el diálogo generado entre los expositores y el público. El texto ha sido editado y corregido para asegurar una mejor comunicación, sin alterar, por supuesto, los contenidos de las ponencias.

JORNADA DE DEBATE SOBRE LITIGIO Y REFORMA EDUCATIVA

Palabras de bienvenida a cargo de Paola Bergallo, profesora de la Universidad de San Andrés

Les quería dar la bienvenida en nombre de la Universidad de San Andrés. Y agradecer a la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) por hacer posible este encuentro. Nuevamente las gracias a todos ustedes por su tiempo y su presencia.

Palabras de bienvenida a cargo de Álvaro Herrero, director ejecutivo de la Asociación por los Derechos Civiles

Buenas tardes. En nombre de la ADC les damos la bienvenida a esta jornada sobre litigio y reforma educativa. Es un placer para la ADC estar hoy acá y contar con la presencia de todos ustedes. Sabemos que son horarios complicados y que algunos vinieron desde lejos, así que apreciamos que estén presentes. En primer lugar, queremos agradecer a la Universidad de San Andrés, que ha colaborado y ha coorganizado con nosotros este encuentro. Especialmente a Paola Bergallo, quien junto a Mariela Belski ha logrado que esto sea posible y que tengamos a William Koski entre nosotros. Agradecer a Martín Bohmer por el apoyo y estímulo durante la fase preparatoria de este evento y a la Campaña Argentina por el Derecho a la Educación, a la Campaña Latinoamericana por el Derecho a la Educación y a la Campaña Mundial por la Educación por apoyar este encuentro.

Mis palabras van a ser muy breves porque la explicación sobre el por qué estamos acá, el por qué como institución estamos dando este tipo de discusión va a estar a cargo de Mariela Belski, a quien aprovecho a presentar. Mariela es la directora del Área de Educación de la Asociación por los Derechos Civiles, es abogada de la Universidad de Buenos Aires, con un posgrado en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad de Palermo y máster en Derechos Humanos de la Universidad de Essex, Inglaterra. Tiene también un Diploma en Derechos Humanos y Procesos de Democratización de la Universidad de Chile. Voy a abreviar un poco las descripciones.

William Koski va a ser el orador principal luego de la presentación de Mariela. Bill hizo su estudio de grado en la Universidad de Michigan. Posteriormente, obtuvo su título de abogado en la Escuela de Derecho de la Universidad de Michigan y finalmente obtuvo su doctorado en la Escue-

la de Educación de la Universidad de Stanford. Con lo cual tiene una excelente combinación de visiones del mundo del derecho y del mundo educativo. Bill es profesor de clínica jurídica, abogado litigante, fundador y director del Proyecto de Juventud y Educación Legal de la Facultad de Derecho de Stanford. Es especialista en litigio estratégico en materia educativa y junto con sus estudiantes ha representado a cientos de niños desaventajados de su región, defendiendo el derecho a la educación en condiciones de igualdad. Antes de formar parte de la Escuela de Derecho de la Universidad de Stanford, el profesor Koski trabajó en el Proyecto Legal Comunitario de la zona del este de Palo Alto (donde está ubicada la Universidad de Stanford).

Posteriormente va a hablar el Dr. Guillermo Treacy, abogado de la Universidad de Buenos Aires. Tiene un máster en la Universidad de Harvard, es abogado especializado en Derecho Administrativo y Administración Pública, y actualmente se desempeña como juez de primera instancia en lo Contencioso Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires. Es asimismo docente en cursos de posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y ha dictado cursos de capacitación para empleados judiciales en el ámbito del Consejo de la Magistratura de la Ciudad. Cerrará con una exposición Paola Bergallo, abogada egresada con Diploma de Honor de la Universidad de Buenos Aires. Obtuvo su máster en Leyes en la Universidad de Columbia. Realizó una maestría en Investigación Sociojurídica en la Universidad de Stanford y actualmente es candidata doctoral de la misma universidad. Actualmente se desempeña en la Universidad de San Andrés. Es especialista en sociología jurídica, justicia y género.

Vamos a comenzar con la presentación de Mariela y acto seguido va a hablar William Koski.

Introducción

Mariela Belski, directora del Área de Educación de la Asociación por los Derechos Civiles

Hola a todas y todos, y gracias por estar hoy acá. Para la ADC y fundamentalmente para el trabajo que hace tiempo venimos desarrollando desde el Área de Educación es muy importante este espacio de debate, para discutir con ustedes cuestiones de litigio y educación. Para aquellos que no lo saben, este encuentro se enmarca en un proyecto que hace ya más de tres años venimos desarrollando desde la ADC y que tiene por objeto

identificar situaciones de discriminación educativa que puedan posteriormente litigarse.

Para ello, hace más de un año realizamos el primer encuentro sobre litigio y educación, en el cual tuvimos la intención, entre otras cuestiones, de reflexionar acerca de las potencialidades, posibilidades y fragilidades del litigio estratégico en materia educativa. En este encuentro el objetivo es seguir conversando sobre estas cuestiones, pero también poner un acento en las posibilidades reales del Poder Judicial de generar cambios educativos concretos.

A modo de síntesis y para no dar por sentadas cuestiones sobre las que ya hemos conversado en aquel encuentro, y sobre todo porque en ese encuentro no estuvieron todos los que están hoy acá, definimos al litigio estratégico como una herramienta que permite generar cambios educativos mediante la presentación de casos paradigmáticos en la Justicia, promoviendo cambios de gran relevancia social.

Con este tipo de estrategias, decíamos, lo que se busca es generar, a través de la presentación de casos individuales o colectivos, un cambio en una política pública determinada, intentando que la solución del caso, además de beneficiar al/los afectado/s concreto/s, impulse una reforma política o institucional de relevancia. Asimismo y por medio de este recurso, se pueden traducir reclamos sociales de grupos vulnerables en casos concretos, habilitando el acceso a la justicia de grupos tradicionalmente excluidos. Destacábamos que, muchas veces, las estrategias legales sirven para complementar o fortalecer otras formas de reclamo, sobre todo de los grupos más organizados y articulados.

Nos referimos al valor y la importancia de esta herramienta para poner un tema en la agenda pública y llamar la atención de los funcionarios y la ciudadanía sobre un asunto que no se está considerando. Mencionamos, pero no profundizamos tanto, el rol que este tipo de litigios le imprime a la Justicia. Decíamos que en este tipo de litigio se espera que el juez adopte un papel central y un rol mucho más activo; un juez más involucrado en la organización del caso, que piense en remedios estructurales, que monitoree el cumplimiento de esos remedios y, fundamentalmente, su implementación. Hicimos hincapié también en la importancia de que existan grupos capaces de organizarse y articularse para presentar demandas educativas.

Destacamos que en el ámbito educativo esto sucedía solamente en el caso de los gremios educativos, quienes raramente utilizaban la estrategia del li-

tigio como una herramienta más. También nos referimos a los cuestionamientos o críticas que se le hacen al Poder Judicial, fundamentalmente basados en teorías democráticas.

Una de ellas, la más fuerte, es que la Corte no tiene la legitimidad de implementar reformas sociales; que este es un rol político que compete a las Legislaturas, quienes por haber sido elegidas por la ciudadanía estarían más legitimadas a representar y defender sus derechos y, por ende, a diseñar, modificar y determinar políticas educativas.

Otra crítica se refiere al rol que se espera tenga la Justicia. Esta idea de justicia neutral. Como todo lo que es reforma social es, de una manera u otra, política, algunos dicen que la Corte, como foro neutral, no debería hacer política porque justamente su poder proviene de su legitimidad como órgano neutral. Entonces, si la Corte no es imparcial, su legitimidad disminuye y esto limita su capacidad de impulsar reformas educativas.

Por otro lado, está la idea de que un juez aislado en su despacho no puede tomar mejores decisiones que los administradores públicos que trabajan de modo interdisciplinario, y que piensan en soluciones más estructurales y saben cómo invertir recursos del modo más eficiente posible. Entonces, justamente los jueces, al decidir un caso aislado sin considerar diferentes cuestiones ajenas al caso, se ven imposibilitados de dar una respuesta integral.

Otra de las críticas se refiere a la falta de capacidad de los jueces, fundamentalmente, en dos sentidos. Por un lado, la incapacidad de la Justicia de obtener y analizar la información que se necesita para hacer buenas reformas institucionales. Los críticos argumentan que para los jueces es difícil no sólo conseguir cierta información sino administrarla, ya que la información vinculada a políticas sociales suele ser compleja. Por otro lado, se destaca la falta de capacidad de los jueces de ejecutar las sentencias que requieren remedios estructurales que dependen del poder político, ya que si el poder político no obedece esas órdenes, debilita la autoridad del juez que ordenó la medida.

Por supuesto, todos estos interrogantes tienen respuesta. Hoy hay consenso del rol importante que la Justicia puede jugar en la implementación, protección y cumplimiento de los derechos sociales y en el caso del derecho a la educación. Hay muchos ejemplos de casos exitosos y no exitosos en la jurisprudencia norteamericana, y sobre esto nos va a hablar William Koski aquí. También hay algunos casos en la Argentina, y por eso invitamos al Dr. Treacy para compartir sus visiones desde la Justicia acerca de esto.

Existen hoy en nuestra jurisprudencia pocos casos que involucren problemáticas educativas, y me atrevo a decir que no más de seis casos que busquen como resultado un remedio estructural. Una mirada cuidadosa sobre este tipo de litigio permite evidenciar el reducido valor que para la comunidad educativa posee esta herramienta. Esto puede deberse a varios factores: en primer lugar, a la imposibilidad de ciertos grupos o personas de visualizar cómo una demanda educativa puede traducirse en un lenguaje de derechos. En segundo lugar, las dificultades a las que deben enfrentarse aquellos que reclaman para acceder a la justicia, no sólo en términos de costos, sino de especificidad, de información y de esfuerzo. Todo ello desestimula la utilización de este tipo de herramientas, especialmente por las comunidades de padres más desaventajados. Por otro lado, el reducido y casi nulo nivel de participación social de la comunidad educativa. La falta de conocimiento de la existencia de organizaciones que se ocupan de la relación entre educación y justicia limita no sólo las potencialidades que este tipo de estrategias puede presentar, sino la utilización de esta herramienta para exigir y reclamar el cumplimiento de este derecho.

Para terminar, quiero invitarlos a ustedes a debatir y reflexionar sobre las exposiciones a continuación. Una vez más, muchísimas gracias a todos por acompañarnos y estar hoy acá.

Panelistas

William Koski

Profesor de clínica jurídica y director del Youth and Education Law Project de la Facultad de Derecho de la Universidad de Stanford

Litigio en materia educativa. Igualdad de oportunidades. Reforma educativa y algunas lecciones de la experiencia estadounidense

En primer lugar, quisiera agradecer a Álvaro por su generosa presentación, y a la Universidad de San Andrés y la ADC por haberme invitado a participar de este encuentro. Particularmente, quiero agradecer a Mariela por la recepción que me ha brindado desde mi llegada y a sus colegas de la

ADC, con quienes compartí diferentes actividades todos estos días. Especialmente a todos ustedes por estar hoy acá. Finalmente, quiero disculparme por no hablar español, pero voy a tratar de hacer mi presentación corta para dejar lugar al debate y las preguntas.

Quisiera comentarles cuál es mi perspectiva profesional ante este tema. En primer lugar, soy académico e investigador. También soy profesor universitario; dicto una clínica con el fin de formar y estimular el interés público. Y en tercer lugar, me he desempeñado como abogado en cientos de casos educativos que han involucrado tanto acciones individuales como acciones de clase, así que les advierto que no tengo una posición imparcial sobre esta cuestión.

Sin embargo, este tema lo tomo desde una posición muy humilde, porque he tenido bastantes fracasos a lo largo de mi lucha, y mi idea es poder compartir con ustedes esta experiencia para que el camino de ustedes se allane un poco en este ámbito de la justicia y la reforma educativa.

Primero me gustaría hablar de qué significa el litigio para la reforma de las instituciones, no sólo la reforma educativa. En segundo lugar, me voy a referir a qué significa la reforma de las escuelas desde el Poder Judicial. Y en tercer lugar, qué rol debe asumir la Corte para hacer realidad esa reforma. Finalmente, voy a mencionar algunos casos que hemos visto en los Estados Unidos para que después en la sección de debate ustedes puedan comentar y hacer preguntas.

Cuando hablamos en Estados Unidos del litigio estructural versus el litigio en el ámbito privado, hay una diferencia clara que es que, cuando se litiga en el ámbito privado, lo que se trata de obtener es un desagravio reparatorio, compensatorio básicamente para resarcir o corregir hechos que sucedieron en el pasado. En cambio, en la reforma estructural, lo que se trata es de buscar un desagravio hacia el futuro, reparar cosas para el futuro. Otra diferencia entre el litigio privado y el estructural es que en el ámbito privado en general hay dos partes (la víctima y el victimario), y en el ámbito del litigio estructural tenemos múltiples partes intervinientes, que además se extienden a una comunidad mucho más amplia de partes interesadas, que incluyen no sólo al distrito escolar sino también a organismos a nivel federal, los sindicatos de maestros, los sindicatos de administradores escolares, e incluso líderes de negocios. Esto significa que el trabajo que puede empezar como un caso legal, al fin de cuentas, tiene consecuencias políticas y hacen falta estrategias políticas para abordarlo.

Me voy a referir asimismo a las dos fases que pueden encontrarse en este tipo de casos. Una es la fase de responsabilidad, la que declara los derechos y define si hubo o no una violación; y la otra es la fase de reparaciones. Los jueces suelen moverse a través de estas dos fases, primero definiendo y después fijando las reparaciones que hacen falta. Esta bifurcación entre la fase de la responsabilidad y la fase de la reparación nos da la oportunidad de entrar para ver cómo reformar la escuela. Cuando entramos en la fase de la reparación, tenemos que analizar y entender qué institución tenemos por delante; se trate de la cárcel, de un sistema de salud o de las escuelas, como es nuestro caso. Muchas veces hablo con mis estudiantes o con mis colegas y tratamos de definir qué instituciones tenemos por delante y de encontrar la forma en que podemos incentivar a los maestros, a los administradores y, luego, de encontrar la vía judicial de cómo podemos continuar con estos incentivos y hacer que estos se cumplan.

Antes de preocuparme por la responsabilidad en sí, lo primero que miro es qué tipo de problema tenemos por delante: es un problema que involucra la mala calidad de los docentes, es un problema de malas instalaciones en términos de infraestructura, es un problema de segregación de determinados grupos de alumnos; y después buscamos cuáles serían los medios más adecuados para incentivar a estas partes a que se resuelva este problema.

Si bien las escuelas siguen una estructura bastante tradicional y burocrática, al fin de cuentas terminan siendo organizaciones muy poco cohesionadas, donde hay muy poca conexión. El maestro cierra la puerta, hace lo que le gusta, lo que quiere y lo que elige; el secretario acepta o rechaza a los alumnos que se proponen para admisión, y los derechos se cumplen o se violan a un nivel muy básico. Si bien puede ser una organización que esté estructurada de arriba hacia abajo, lo que pasa en el nivel básico es lo más importante.

Cuando hablamos del diseño reparatorio, tenemos que tratar de que las personas involucradas compren la idea. Ahora les voy a mencionar un caso en el que esto no lo pude obtener, no pude obtener la adhesión de estas personas.

Crear una reforma educativa es bastante difícil cuando uno es un hacedor de política. Ya es complejo para el propio Poder Legislativo, que es la autoridad para realizar estas reformas, imagínense qué difícil es cuando se pretende que la Justicia, que no ha sido políticamente designada para tratar estos temas, sea quien debe hacerlo. Voy a referirme a la Justicia como agente de cambio, pero no voy a dedicar demasiado tiempo a hablar de la

Justicia como agente de cambio social, sino que a grandes rasgos voy a comentarles cuáles son las razones normativas y pragmáticas por las cuales la Justicia debería involucrarse como agente de cambio y cuáles aquellas por las cuales no debería involucrarse como agente de cambio.

Si bien creo desde un punto de vista normativo que la Justicia tiene la facultad de ejercer la independencia y velar por los derechos, creo que desde el punto de vista pragmático todavía hay mucho por hacer para poder llevar a cabo esta tarea; es mucho más difícil. En la literatura, hay varias citas que dicen que la Justicia no tiene las herramientas desde el punto de vista pragmático para llevar esto adelante. Hay tres fases en las limitaciones que la Justicia enfrenta: la limitación de los derechos, la limitación de la independencia y la limitación de la implementación. No voy a referirme a las limitaciones de los derechos, para eso voy a dejar a los brillantes abogados argentinos. Pero sí puedo decirles que nuestras leyes locales han sido explícitas en cuanto a estos derechos; sin embargo, las Constituciones tienen un vocabulario muy vago al referirse a ellos. Tampoco voy a referirme a la limitación de la independencia. Las Cortes no son independientes, el personal de los tribunales es designado por los poderes políticos, se mueven en los mismos círculos que los poderes políticos y, en algunos distritos de los Estados Unidos, efectivamente son electos por los poderes políticos. Yo no quisiera minimizar los problemas; sin embargo, pienso que abogados bien preparados y un litigio bien planificado podrían superar estas limitaciones. Además, pienso que la independencia no siempre es un problema. No todos los jueces han obedecido a los poderes políticos, siempre hay algún juez valiente que ha actuado en contra de ellos.

La verdadera limitación que yo veo en todo esto es la limitación de la implementación. Los jueces no tienen un ejército disponible para hacer cumplir las órdenes y tampoco tienen las arcas del tesoro para disponer de los recursos para hacerlas cumplir. Pero sí creo que esta cuestión tiene bastantes matices. Los jueces no pueden diseñar buenas reparaciones y tampoco disponen de tiempo como para ver que estas reparaciones efectivamente se cumplan. A diferencia de los poderes políticos, no tienen que hacer el tipo de concesiones de, por ejemplo, privilegiar las escuelas o la seguridad vial, o la construcción de autopistas. Entonces, están libres de este tipo de consideraciones.

Suele acusarse también a los jueces de no entender suficientemente bien la problemática social. Por ejemplo: ¿cómo aprenden mejor los niños?, ¿las escuelas son los mejores ámbitos para luchar contra la inequidad?, ¿cómo se integra a los niños con discapacidades?

Desde la perspectiva de la reforma escolar (que es una reforma a largo plazo), los tribunales no tienen las herramientas para implementar las decisiones concretas en el aula, porque justamente no tienen la capacidad de monitorearlas, no tienen la capacidad de recopilar datos, ni tampoco asegurarse de que se cumplan. Y también en el largo plazo los que critican la intervención de la Justicia en estas cuestiones dicen que comprometen, ponen en peligro la legitimidad de los jueces. Una vez que esa legitimidad se erosiona, ya no hay vuelta atrás. No voy a negar esto por completo. Hay casos en los que ni siquiera se pudo superar la etapa de la limitación de los derechos.

Ha habido un caso en el estado de Ohio, en el que cuatro veces un juez declaró inconstitucional el sistema de financiamiento de las escuelas y cuatro veces a la Legislatura no le importó nada, se encogió de hombros y siguió adelante. Y de hecho, la Corte tuvo que abandonar su jurisdicción sobre el caso, porque una de las juezas no resultó elegida y hubo un movimiento de la fracción republicana para sacarla del cargo.

Sin embargo, por cada uno de estos casos que fracasaron puedo nombrarles dos casos en los que los tribunales decidieron involucrarse y continuaron involucrados en la reforma educativa.

Así se los voy a explicar. En respuesta al argumento de que las Cortes no están equipadas o preparadas para entender cuestiones que involucran problemáticas sociales y que no pueden implementar remedios o reparaciones para solventarlos, nosotros deberíamos preguntarnos: “¿En comparación con quién no están equipados?”.

Específicamente, el Poder Legislativo no ha hecho un buen trabajo para luchar contra la inequidad en la educación. Sin embargo, los tribunales están mucho mejor preparados para recopilar datos y evidencia de una manera que los legisladores no pueden hacerlo. Los legisladores toman decisiones que ponen en la vidriera, que son más para aparentar que otra cosa. En cambio, el análisis judicial se basa en las opiniones de los peritos, en los registros y en casos bien litigados por ambas partes.

Sin embargo, los jueces cuentan con procesos y con organizaciones para poder llevar a cabo estas investigaciones. Se da un proceso de negociación entre las partes, en el que el juez en general tiene el dedo hacia arriba, el visto bueno para la parte actora; porque ya se ha determinado que la parte actora tiene derecho a hacer el reclamo.

Y quisiera enfatizar el rol de los expertos o peritos en este proceso. El proceso involucra múltiples peritos de ambas partes. Lo hacen las organizaciones que bregan por la reforma educativa y también el Estado emplea sus propios peritos. Y cuando hay desacuerdo entre los peritos de ambas partes, el juez también utiliza sus propios peritos antes de redactar la orden o el mandamiento de reparación. En la mayoría de los casos, se da que estos expertos de ambas partes llegan a un acuerdo, porque son justamente expertos en educación.

Después de diseñado el plan de reparación, hay una serie de instituciones o entidades que se han creado para velar por su cumplimiento. Puede haber, por ejemplo, los monitores designados por la Corte, que están encargados de verificar la implementación e informar en el caso de que no se esté cumpliendo. Y si hay disputas sobre el cumplimiento, hay funcionarios por debajo del nivel del juez que tienen la capacidad de supervisar y reportar esto.

Un punto muy importante es la capacidad de recopilar los datos, verificar que se estén implementando los mandamientos del juez, y de poder informar y de tener la capacidad de poder introducir cambios si algo no está funcionando, de poder repararlo.

Son órdenes que siguen una regla un poco fluctuante; no es una regla fija porque si hay posibilidad de mejorar, se puede introducir un cambio.

Lo que tenemos en este caso es el rol en permanente evolución del Poder Judicial. La gente en Estados Unidos a veces idealiza al Poder Judicial, se piensa que lo que decide la Corte Suprema se va a cumplir, y eso muchas veces sucede y el mejor ejemplo es el de *Brown versus Board*.

Sin embargo, ahora tenemos una visión mucho más modesta de la Justicia, en la que la Justicia tiene un rol de esbozar los lineamientos dentro de los cuales las partes tienen que arreglar las cosas que están mal y después supervisar en el tiempo que estas cosas se estén cumpliendo.

Brevemente, les voy a comentar dos casos en los que participé. Uno de los casos fue con relación a los/las niños/as con discapacidad en un distrito escolar, en donde se argumentó que el distrito violó las leyes por no contemplar el tratamiento que la norma imponía al distrito respecto a la comunidad de niños/as discapacitados. Básicamente, el distrito no establecía políticas que atendieran estas problemáticas, no identificaba a los niños, no los evaluaba, no evaluaba sus necesidades especiales, no desarrollaba planes especiales para ellos, y si los desarrollaba, no los implementaba o

simplemente los relegaba a aulas por separado donde no tenían contacto con los otros niños. Durante 1994 y 1995 llevamos a cabo varios litigios de forma individual, pero no obtuvimos ningún tipo de ayuda ni del distrito, ni del estado de California. En 1996 decidimos llevar adelante una acción de clase contra el distrito y contra el estado. Y ya voy por el tercer año en este caso, porque todavía sigue abierto.

Cometimos algunos errores durante el camino, así que les voy a comentar un par de ellos. Desde un punto de vista técnico, no identificamos cuáles eran las necesidades especiales de estos niños, cómo combinarlas y compatibilizarlas con las de los demás niños, y cuáles eran las mejores intervenciones que podíamos hacer. Sin embargo, superamos este obstáculo. Logramos que el estado de California se pusiera de nuestro lado. Si bien era nuestro contrincante porque era el defensor, estaban tan avergonzados por lo que no hacían que querían ayudarnos y tratar de resolver el caso lo antes posible. Pero el distrito se mantenía en una posición recalcitrante. Finalmente estuvieron dispuestos a hacer una transacción justo antes de que se dictara la sentencia en la parte de la responsabilidad. La transacción consistió en que ellos acordaron en tener peritos que intervinieran y que diseñaran un plan reparatorio. Los peritos incluyeron a prestigiosos académicos universitarios y el distrito estuvo de acuerdo en implementar este plan.

Como resultado, la Corte nombró a un monitor, cuyo rol consistió en recopilar datos sobre este plan correctivo o reparatorio. Nosotros hacíamos audiencias cada tres meses para ver cómo evolucionaba, y lo más importante es que se logró que los defensores negociaran los costos. El estado de California comenzó pagando la mayoría de los costos y con el paso de los años fue pagando cada vez menos costos con relación a este programa. Cada paso era una lucha diferente; qué es lo que vamos a implementar, qué vamos a incluir, cómo lo vamos a hacer, los profesores no están preparados para hacerlo, quién se va a encargar. Nada fue fácil. Llegamos a la conclusión de que el distrito no quería implementar el plan. En el año 2000, el plan comenzó a implementarse. En 2003, hicimos una petición para que se dictara una orden de desacato porque no se estaba cumpliendo. Era muy difícil definir cuál iba a ser el castigo por ese incumplimiento, porque sacarles dinero a esos niños para la implementación de ese plan no era una solución posible.

Afortunadamente, el panorama político cambió porque la comunidad se volvió en contra del distrito cuando advirtió que no estaban atendiendo las necesidades de los niños. El sindicato de los docentes, que estaba trabajando en forma informal, quiso que se hicieran valer sus derechos, en-

tonces se puso de nuestro lado para poder resolver todo el panorama. Con este movimiento político, además, teníamos presencia en los medios. Yo tenía una periodista a quien llamaba cada diez minutos para darle el estatus de lo que estaba pasando en el caso. Lo que se logró fue despedir al superintendente y cambiar el estudio jurídico que lo asesoraba.

Como correlato hubo un cambio de actitud. Se empezó a implementar el plan y la nueva política, y los niños con discapacidades pudieron entrar a las aulas. Sin embargo, hay un punto en el cual fracasamos, porque si bien teníamos la capacidad de monitorear, sabíamos también dónde estaba el problema. El problema estaba en la falta de calidad de los docentes. No podíamos llegar al núcleo del problema. Habíamos resuelto muchas cosas superficiales, pero seguíamos teniendo el núcleo del problema intacto. Nos preocupaba cómo incentivar a los buenos docentes a venir a trabajar a este distrito escolar, que estaba tan traumatizado y que era tan difícil, y ahí es donde creemos que la Justicia tiene algo que decir. En esto estamos todavía trabajando, en cómo incentivar a los docentes.

Este juez que nos ha acompañado en este camino de evolución ya lleva trece años en el caso, y estoy preocupado porque se nos está poniendo anciano. Ha tenido que sostener muchas amenazas, hubo amenazas; pero aun así se ha mantenido convencido y nos ha acompañado durante todo este camino. Su intervención logró cambiar la política a través de un proceso participativo en donde se determinó qué tipo de reforma se quería. El Poder Judicial no va a resolver todo; sin embargo, sí puede señalarnos cuál es el buen camino y eso es lo que esperamos que haga, que nos señale y que nos invite a andar por el buen camino. Y con esto termino mi presentación.

Ronda de preguntas a William Koski

Raquel Asencio

Durante la exposición había mencionado en algunos de los casos una persona involucrada que no logró comprar la idea. Eso a mí me trae la inquietud acerca de cómo son gestados, cómo son detectados, qué rol cumplen los abogados y cuáles son los canales de transmisión de las demandas; hasta qué punto estos casos responden a las demandas generadas por la comunidad o son las lecturas que se hacen desde la clínica.

Yo tengo una filosofía como abogado y estoy muy centrado en el cliente. Todos los casos que han sido objeto de litigio han surgido de una nece-

sidad real, ya sea de clientes individuales que se han identificado o de un problema que se ve repetido varias veces.

Como abogado con experiencia en servicios legales, yo siempre traté de ayudar a las personas individuales. Partí de casos individuales para después construir casos más amplios. Sin embargo, hay otro método que es el que utilizan, por ejemplo, las asociaciones de mexicanos americanos o las asociaciones americanas de derechos civiles. Ellos encuentran una problemática estructural o de política global, desarrollan esa problemática y después buscan los actores que los van a ayudar a plantear ese caso. Ambas políticas son muy aceptables, las dos pueden convivir. De hecho, yo he ayudado a esta organización a encontrar estos actores porque trabajamos desde la base, desde el campo.

Demian Zayat

¿Qué pasa cuando el problema tiene algún grado de urgencia y uno no puede dedicar mucho tiempo a la preparación de la acción? Y en esos casos, puede suceder que se presente una acción y después aparezcan errores, por no haber planificado la estrategia de la acción correctamente desde el primer momento. ¿Qué hacer en estos casos?

Sí, eso sucede. Y tuvimos una situación hace unos años. Estaban por empezar las clases y había unos niños que estaban en situación de riesgo porque estaban con un profesor que cometía abusos. Si bien no teníamos todos los hechos y no teníamos un plan, trabajamos con un juez para que emitiera una orden cautelar para que no se diera comienzo a las clases.

La urgencia es un tema clave en el tema de la educación, porque los chicos envejecen. Sin embargo, no podemos abordar los casos grandes con la modalidad de urgencia, porque tenemos que estudiar los antecedentes, elaborar los argumentos, convencernos de lo que estamos desarrollando, entender las complejidades que suelen tener estos casos y finalmente convencer al juez de que nuestros argumentos son los correctos, de modo de lograr también el involucramiento del juez en el caso.

Jason Beech

Dos cosas. Decía que cuando se hacen estos casos generales se busca la reparación hacia el futuro, pero puedo pensar muchos casos en donde obviamente lo ideal es la reparación a futuro y lo más importante, pero donde algunos chicos tuvieron cinco o seis años de una educación de mala calidad. Pregunto si en esos casos también hay alguna reparación, si se busca alguna reparación para lo que ocurrió. Y otra pregunta es: ¿cómo reaccio-

na ante esta injerencia de la Justicia la comunidad educativa en Estados Unidos? ¿Qué opinan en general los docentes, los administradores?

De la primera parte: ese es un problema muy grande. En los casos de reforma estructural de las instituciones, nosotros tratamos de buscar a los actores que son los que representan a los niños que están sufriendo estos daños, que entiendan que es una reforma a largo plazo, que estén comprometidos a largo plazo. No hay un cambio que se va a hacer de la noche a la mañana. Mientras tanto, se les compensa su educación, por ejemplo, a través de clases de apoyo, fonoaudiología. Sin embargo, créanme que estas partes actoras son muy valientes y saben que lo que están haciendo es para beneficiar a las generaciones futuras. Un ejemplo: una de las actoras, hace seis años, en uno de estos casos (se llamaba Carter), se graduó de la universidad y el caso todavía sigue.

Sobre la segunda pregunta: en general, la comunidad educativa reacciona bastante mal a la intervención de la Justicia. Como abogados en derechos civiles, tenemos que formar fuertes colisiones y, sobre todo, construir dentro del establishment educativo. Tenemos que alinearnos con los sindicatos docentes, con los sindicatos de administradores de escuelas, porque muchas veces se trata más de política que de asuntos legales.

Hay un caso en el que el sindicato docente se unió a nuestra causa y esto ayudó muchísimo al progreso del caso. No le digan al gobernador, pero estamos planeando una acción contra el estado y ya tenemos a la asociación de consejos escolares de nuestro lado para un litigio que estamos planificando.

Nuria Becú

Una inquietud sobre cómo estaba conformado el equipo que armaba los casos en los cuales usted trabaja. Porque los objetivos del litigio son estructurales, complejos y las realidades educativas también son complejas, entonces me interesaba saber si trabaja con otras disciplinas, o si son todos abogados, o cómo piensa enmarcar el caso.

Es esencial desde el primer día trabajar con consultores especializados en las distintas disciplinas. Por ejemplo, en entender el proceso educativo, en interpretar los datos, en manipular los datos, en el diseño de los planes de reparación. Yo ahora sé un poco de todo esto. Antes no sabía y confiaba particularmente en los expertos. Por suerte, hay una tradición en los Estados Unidos, tanto en el ámbito privado como en el ámbito público, de asesorarse y consultar a expertos.

En el ámbito legal también convoco a abogados de otras disciplinas, no estoy solo. Es imposible estos casos tan grandes manejarlos solo. Por eso también confío mucho en estudios jurídicos que hacen este trabajo pro bono y que además tienen muchos trabajadores que están ya duchos en estos litigios complejos.

Martín Sigal

Una de las discusiones que tenemos sobre este tipo de acción es cómo un sistema diseñado para procesos individuales puede resultar para el éxito de procesos tan complejos. Particularmente en el caso que estaban mencionando, donde hay una etapa de ejecución de sentencia de 13 años, con una discusión robusta con expertos, participantes y demás, quería preguntar si esa es una práctica extendida en el sistema norteamericano o si este fue un juez que compró particularmente este caso. Y en el caso de que sea extendida, ¿cómo fue el proceso de discusión hacia este tipo de prácticas?

Esta es una gran diferencia entre la legislación argentina y la estadounidense, porque nosotros tenemos la figura del procedimiento, que permite que las acciones de clase representen a través de niños individuales a una clase mucho más amplia de niños y que ese cambio no se limite a casos individuales, sino que genere un cambio mucho más sistémico.

También tenemos los casos de prueba. Tenemos casos individuales que involucran problemáticas de niños que tienen un padecimiento particular, pero sabemos que ese padecimiento es sistémico. En realidad, el padecimiento es colectivo, no se limita a esos pocos niños; entonces nosotros, a partir de ellos, definimos un principio y amenazamos con que vamos a iniciar muchas más acciones de este tipo.

Sobre la segunda parte de la pregunta, no todos los jueces aceptarían estos casos. Nosotros tratamos de elegir la jurisdicción en donde litigar esos casos. Si tengo la oportunidad de presentar una demanda en dos condados diferentes, en San Francisco o en California, donde uno es mucho más conservador y el otro es más liberal, es obvio dónde voy a querer presentar mi demanda.

Fernando Basch

Se refirió a la idea de que el Poder Judicial es el mejor situado para recopilar la información necesaria para dar soluciones a este tipo de casos, señalando que algunos podrían decir que en realidad el poder mejor situado para ello es el Legislativo, quien debería poner igual o mayor esmero en

esa tarea, y antes de tomar sus decisiones recibir distintas versiones sobre un tema o a peritos para que informen.

Ante esa posibilidad, pregunto si no es posible pensar en el rol del Poder Judicial como el de un actualizador del estado de situación, un actualizador del estado de cosas en el tema, y un impulsor de las reformas que sean necesarias. Así, el Poder Judicial sí se encontraría en mejor situación que los poderes políticos para recibir y procesar las demandas de las personas, y hacer notar la necesidad de que se hagan reformas en las políticas. El procesamiento de los casos puede funcionar entonces como señales de alerta, necesarias en el sistema político para indicar la necesidad de establecer nuevas políticas para dar acceso a derechos.

Ahora, esta posibilidad afectaría el tipo de remedios que el Poder Judicial podría ordenar y sugerir.

Lo que yo pienso es que la crítica que se le hace al Poder Judicial de que no está preparado para analizar los datos es una crítica exagerada, no es real, y también es exagerada la capacidad de la Legislatura de recopilar esos datos.

El tema es que si la Legislatura realmente quisiera recopilar estos datos y hacerse cargo de estos casos, yo iría al Capitolio del Estado y realmente trataría de que las cosas se hagan por ese lado. Una característica distintiva de estos casos es que los poderes políticos les han fallado a los niños. Y ahí es donde justamente interviene el Poder Judicial.

El distrito escolar en el caso que les comenté se equivocó, porque si hubiera aceptado el error y la responsabilidad que le cabían, hubiera tenido abiertos los fondos del Estado; porque el Estado estaba de acuerdo e incluso estaba de nuestro lado, pero no vieron esto, no se dieron cuenta y siguieron negando que tuvieran esa responsabilidad.

El rol de la Justicia es catalizador de la reforma. Lo que puede llegar a lograr la Justicia es cambiar la política de base, cambiar el debate subyacente, enfocarnos en una nueva conversación, fijar una nueva agenda, pero al fin de cuentas, la Justicia no está sola en esto porque sola no va a poder lograr nada; sólo va a poder señalarnos cuál es la dirección correcta.

Guillermo Treacy

Juez de primera instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

El litigio en materia educativa desde la mirada del Poder Judicial

Muchas gracias a todos por venir. Quería agradecer a los organizadores por haberme invitado a participar.

Para tratar este tema, pensé estructurar mi exposición en dos partes. Por un lado, me voy a referir a lo que ha sido la práctica jurisprudencial en materia de derecho a la educación. Hay una variedad de casos y me parece que puede ser interesante verlos, porque todos ellos plantean algunos problemas, sobre todo en la etapa de ejecución. En una segunda etapa, yo pensaba abordar la cuestión acerca de ciertas dificultades procesales que tenemos en cuanto al manejo de estos casos, sobre todo los casos de litigio de derecho público que en nuestro país están apareciendo. Con lo cual, quizá mi exposición no sea tan rica o no tenga tantas certezas como podría tener el profesor Koski, en cuanto a la experiencia de lo que se ha hecho. Acá podemos hablar de cosas que están ocurriendo en este momento, porque no hace mucho estos litigios estratégicos o estos litigios de derecho público han comenzado a aparecer básicamente, luego de la reforma de 1994 y en diversas materias.

Siguiendo este programa que les anunciaba, vamos a ver qué casos ha habido y, como me han invitado por mi función, yo voy a hablar de algunos casos que he tenido y otros que también han tramitado en la jurisdicción en la que yo trabajo, que es la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Tratando de buscar una forma de sistematización, yo pensé en tomar como criterio los distintos caracteres que tiene el derecho a la educación según los define el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Seguramente ustedes que trabajan el tema tendrán presente que se habla de las 4 A: la asequibilidad, la accesibilidad, la adaptabilidad y la aceptabilidad. Pensaba que podemos ir agrupando los casos tomando en cuenta estas características.

Por un lado, tenemos la cuestión de la asequibilidad o disponibilidad. Es el hecho de que tienen que existir instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente. Aquí tenemos, tanto a nivel nacional como en

la Ciudad de Buenos Aires, una serie de normas que se refieren a esto y en principio esa situación parecería impensable; es decir, no puede no haber escuelas. Sin embargo, esta situación se ha planteado, o a veces lo que ocurre son problemas de actuación estatal insuficiente. Es decir, hay algo pero es insuficiente. Quizás uno de los primeros casos que podemos mencionar en esta materia es un caso de la Asesoría Tutelar. Es un caso del año 2001 e involucraba la construcción de una escuela. El caso no era muy complejo desde el punto de vista judicial, porque había una ley que mandaba a construir una escuela en ese lugar y de lo único que se trataba era de ordenar que la ley se cumpliera. La decisión judicial no era demasiado comprometida, porque se suponía que la Legislatura ya lo había ordenado, ya lo había decidido. Había una intervención de los poderes democráticamente electos; es decir, no había objeciones desde el punto de vista de la legitimidad de la decisión. Y por otro lado, también había un presupuesto previsto, con lo cual era simplemente ordenar la ejecución de una ley.

También dentro de este ítem de la asequibilidad, yo mencionaría los casos que se han vinculado a los problemas de infraestructura escolar. Hay escuelas, pero estas tienen deficiencias de seguridad, a lo mejor en las medidas de prevención contra incendios. Este es un tema que apareció sobre todo después del caso Cromañón, pero también se planteó en instituciones que tenían mucho público y en particular a las que acudían adolescentes, por ejemplo, discotecas y escuelas.

Así es como tenemos un caso Iglesias que tramitó la Justicia Contencioso Administrativa y que tenía por objeto ocuparse de estos problemas de la infraestructura. Una infraestructura deficiente que acarreaba inseguridad para las personas, particularmente los usuarios de esas instalaciones. También aparecía en ese caso Iglesias un aspecto en particular que era el que tenía más fama, el de las aulas modulares, aulas containers. La Ciudad tenía ese tipo de aulas con los riesgos que eso implicaba, en cuanto a que es un material inflamable, etc. Por último, es el caso que promovió ACIJ y que tenía que ver con la existencia de jardines maternos. Es decir, no había jardines, al menos en números suficientes, en algunos sectores de la Ciudad. Particularmente, jardines que lograran absorber la demanda educativa de niños de 45 días hasta los cinco años. Había un bache en cuanto a la provisión de este tipo de servicios. Más adelante voy a volver sobre el caso ACIJ, pero déjenme seguir con este panorama.

La otra característica del derecho a la educación es la accesibilidad. El hecho de que la educación tiene que ser accesible a todos sin discriminación.

Aquí también se ha planteado una serie de casos interesantes; algunos tenían que ver con la discriminación, el hecho de no contemplar ciertos sectores tradicionalmente excluidos, por ejemplo, en razón de la pobreza.

Hubo un amparo promovido por Patricia Bullrich, en el cual se toca tangencialmente el derecho a la educación. Se trataba de un programa de recuperadores urbanos establecidos por una ley de la Legislatura de la Ciudad, que consistía en darles una credencial a quienes se dedican a esa actividad (no sé si llamarlo trabajo, por lo menos no parece que sea un trabajo digno). El gobierno consideró que era mejor registrar la pobreza de alguna manera.

El problema es que se les daba este tipo de credenciales a chicos que estaban en edad escolar, con arreglo a las convenciones internacionales, en particular los convenios y la legislación interna. Chicos menores de 15 años, que no estaban en edad de trabajar, y eso parecía un trabajo. La solución fue interesante, más allá de que luego hubo falencias en la implementación, porque lo que se decidió fue otorgar a ese sector becas educativas para que pudieran ser incluidos o reabsorbidos por el sistema educativo, ya que el problema era que muchas veces tenían que acompañar a sus padres en el cartoneo y esto iba en detrimento de sus posibilidades de estudiar. Y además se previó que aquellos de 15 hasta los 18 años que quisieran estudiar también tuvieran acceso a un sistema de becas.

Luego, otros casos en los cuales se abordó el problema de la accesibilidad tienen que ver con los discapacitados, las personas con necesidades especiales. Por un lado, hay que recordar que el Constituyente considera a las personas con discapacidad como una categoría particularmente vulnerable –lo menciona en el artículo 75 inciso 23 del Constituyente Nacional–. También la Constitución de la Ciudad tiene varias disposiciones sobre esta materia, pero así y todo hay muchas dificultades en cuanto a la efectiva integración de las personas con discapacidad dentro del sistema educativo público.

Algunos casos que se han planteado tenían que ver con las maestras integradoras. No sé si están al tanto de la problemática, pero es una maestra que acompaña al chico en el proceso de aprendizaje. Pero es alguien que no pertenece al personal del colegio, con lo cual había inclusive problemas gremiales; es decir, los propios gremios se resistían a que hubiera alguien ajeno a la institución escolar. No es que no estuviera capacitado, porque era una maestra con título habilitante, pero era ajeno al sistema escolar y de alguna manera incidía en el aula acompañando al chico con esta problemática.

En estos casos, el Estado se mostró más comprensivo, receptivo del problema en cuanto a permitirlo; pero así y todo, hay dificultades prácticas, por ejemplo, problemas de peleas entre la maestra del curso y la maestra integradora.

Hay otro tema, que es el caso de las alumnas embarazadas. Hay una ley nacional, creo que es la 25.584, que prohíbe en los establecimientos de educación pública toda medida que impida el inicio y la continuidad del ciclo escolar de alumnas embarazadas, lo cual me parece interesante. En la Ciudad no hemos tenido problemas en las escuelas estatales con esta norma, no ha habido casos, pero sí hay casos de conocimiento público que sucedieron en escuelas privadas y en otras jurisdicciones también; es decir, alumnas embarazadas a las cuales de alguna forma se les obstaculiza su derecho a aprender.

También me parece interesante hablar de los casos de religión, exclusiones en razón de religión o cuando se imposibilita participar del proceso educativo. Esto puede ocurrir con los testigos de Jehová. En la Ciudad de Buenos Aires no hay casos sobre esto, pero sí ha habido en la provincia de Neuquén, y hay casos que han llegado a la Corte Suprema. Hay un caso de Asociación de Testigos de Jehová contra Consejo Provincial de Educación de Neuquén; es un caso de 2005 y tenía que ver con los docentes que debido a requerimientos de su religión no podían reverenciar símbolos patrios y esto se consideraba, según las autoridades, algo que afectaba sus condiciones docentes.

Respecto de discriminaciones en razón del sexo, está el caso González Delgado relacionado con el Colegio Nacional de Monserrat, en Córdoba, y el voto de Petracchi tiene concesiones bastante interesantes en cuanto a proveer un método de análisis cuando se produzcan discriminaciones en razón del sexo en el sistema educativo.

Respecto de la categoría indígenas, no ha habido casos en la Ciudad de Buenos Aires, pero recordemos que la Constitución prevé su derecho a una educación bilingüe e intercultural. Y otros temas tienen que ver con migrantes sin documentos, los hijos de migrantes indocumentados que la ley prevé que no se los puede discriminar en las escuelas, pero a veces tienen problemas en cuanto a la expedición del título; es decir, se plantea de alguna forma la efectividad del derecho a la educación.

También aparece otro tipo de problemas relacionados con la aceptabilidad del derecho a la educación. El estándar consiste en que la educación tiene

que ser de calidad y tiene que tomar en cuenta las necesidades de los padres o las convicciones paternas, y esto es un problema que se planteó en la Ciudad, relacionado con la implementación de programas de educación sexual. Hay una ley de salud reproductiva en la Ciudad que prevé específicamente la cuestión de la educación sexual, y también hay una ley nacional, pero en su momento se planteó contra una ley local que preveía la educación sexual en las escuelas. Y esto llevó a un caso que se planteó ante el Tribunal Superior por vía de una acción declarativa de inconstitucional, una acción abstracta. Es un caso que se llama Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina, una entidad que no tiene nada que ver con la materia que se estaba litigando, pero se preocupó porque le parecía inconstitucional que se introdujera la educación sexual en las escuelas. Es un caso del año 2003.

También hay cuestiones relacionadas con la calidad educativa y en cuanto al reconocimiento de esos estudios. En Ferrer de Leonard, un caso de la Corte Suprema de 2005, se argumenta que la provincia de Tucumán no implementaba la entonces vigente Ley Federal de Educación.

También dentro de este rubro hay que tener en cuenta que aparecen las cuestiones relacionadas con los docentes. Aquí hay una amplia gama de casos de docentes que litigan por salarios o cuestiones relativas a la carrera docente. Es decir, no se respeta la carrera docente, a veces se procura evitar concursos. Este es un problema bastante complejo pero quizá no sea tan original en cuanto a la forma en que se va a resolver. No es un litigio estratégico, es apenas un litigio laboral, pero me parece que es importante porque hace a la calidad educativa; también la forma en que se ingresa a la carrera docente y cómo esta está organizada.

Hay un caso bastante interesante en cuanto a los derechos de los jóvenes que asisten a las escuelas, sobre todo en materia disciplinaria. Aquí también se ha planteado algo de que algún estudiante por razones disciplinarias fue expulsado del Colegio Mariano Acosta y que esto fue objeto de un pronunciamiento judicial donde se consagraba el derecho de los jóvenes al debido proceso.

Y por otro lado, la adaptabilidad, el hecho de que la educación tiene que tener flexibilidad para adaptarse a las necesidades de niñas y niños. Catalina Tomasevski habla de que es la escuela la que debe adaptarse a los niños y no los niños a la escuela.

Me parece que en el caso de las maestras integradoras es un poco eso lo que sucede. La estructura del escalafón docente es tan rígida que no permite soluciones adecuadas para casos que de otro modo serían relativamente sencillos de resolver.

De este conjunto de casos uno puede diferenciar claramente dos tipos de procesos. Por un lado, está el clásico litigio individual, es el litigio tradicional. Yo iba a seguir una caracterización de Abram Chayes que hablaba de estos litigios tradicionales, que son los que conocemos, en los cuales hay una estructura bipolar. Hay una competencia entre dos individuos, o sea el actor y el demandado, y en esos casos lo que se está mirando es hacia el pasado; es decir, se mira hacia una violación de derechos que ocurrió y muy posiblemente tenga una solución relativamente sencilla, a lo mejor una indemnización, el remedio es relativamente sencillo de obtener. Por otro lado, la sentencia tiene efectos limitados al caso concreto. Es decir, los casos salariales de los docentes me parece que son un buen ejemplo. Y por otro lado, son las partes las que tienen el protagonismo dentro de ese proceso. Es decir, son ellas las que lo inician, las que ofrecen al juez los hechos y la prueba, y el juez aparece como un árbitro neutral.

Por otro lado, comienza a aparecer el litigio de derecho público. Yo creo que las cuestiones relacionadas con el derecho ambiental nos brindan un cuerpo de doctrina y de práctica mucho más claro, y entonces se pueden de allí extraer reglas que sean aplicables o trasladables al ámbito del litigio en materia educativa. Creo que los casos de derecho a la educación y ciertas dimensiones del derecho a la salud nos ofrecen un lugar donde mirar o buscar una guía, sobre todo porque han llegado a la Corte y la Corte ha tenido oportunidad de desarrollar algunos principios en torno a cómo llevarlos adelante. Pero así y todo, la reglamentación es insuficiente.

Lo que ocurre con los litigios de derecho público es que aquí tenemos una estructura polinuclear. Hay varios intereses, intereses divergentes. En materia educativa es particularmente claro. Por lo pronto, hay cuatro actores principales: están los niños, están los padres, está el Estado y están los docentes. Es decir, hay que tomar en cuenta todos esos intereses, y de alguna forma, la manera en que se construyen los litigios nos da muchas oportunidades de que todos intervengan y esto es un problema que debería abordarse legislativamente. Aunque quizá las normas procesales permitan algún tipo de solución para esto, pero no siempre va a ser del todo eficaz.

También está el tema de que este litigio mira hacia el futuro y busca una modificación de patrones de conducta. Y los efectos van más allá de las

partes, o por lo menos eso es lo que se pretende. Se pretende modificar una política para el futuro; es decir, acá hace un rato se mencionó el hecho de que los niños crecen, dejan de estar en el sistema educativo, pero la idea es que este tipo de litigio sirva para los que en el futuro se incorporen a él. Y esto parece bastante semejante a algo que ocurre en el derecho ambiental: se piensa en esa equidad intergeneracional, es decir, las generaciones venideras como que de alguna manera tienen que ser también objeto de alguna consideración.

Voy a comentar algunos problemas a partir de un caso que hemos tenido, y luego en la etapa de preguntas quizá pueda mencionar algunas otras cosas en el caso ACIJ, pero creo que es un fenómeno que se da también en los litigios ambientales. Es decir, estos litigios de derecho público nos plantean varios problemas debido a la inexistencia de una reglamentación legal. Lo primero que advierto es un problema sobre cuál debe ser la vía procesal. Es decir, cómo se defiende este tipo de intereses o de derechos. Por un lado, en la Ciudad de Buenos Aires y también a nivel nacional, se ha acudido siempre a la acción de amparo y creo que es algo engañoso, porque se piensa en el amparo como una acción (es verdad que es una acción expedita y rápida) y que procede cuando existe una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta. Estos aspectos son los que llevan a pensar muchas veces que el amparo es una vía adecuada. Esto es correcto.

Por ejemplo, en el caso de ACIJ, era clara la inexistencia de escuelas y esto era claro desde el principio, incluso desde la misma demanda. ¿Pero el gran problema era, una vez recibido el caso, cuál iba a ser el remedio; qué remedio se iba a dar, porque la discusión debería haber versado sobre eso?. Recién cuando escuchaba al profesor Koski, lo que advertía era que en Estados Unidos se reconoce alguna legitimidad al sistema judicial, por lo menos para discutir el problema. En nuestro país esto no sucede para nada. El Estado, cuando se defiende, niega que sea legítimo que el juez siquiera se introduzca a debatir el tema. Todas las defensas que suelen aparecer son de carácter formal. Es decir, son argumentos relacionados con que no se está respetando el principio de división de poderes, que el juez se está inmiscuyendo en alguna pretendida zona de reserva de la administración, que quien mejor puede valorar el interés público es el Estado, los órganos democráticamente electos y a veces ni siquiera lo dicen con tanta sutileza. En definitiva, se le está pidiendo al juez que se introduzca en una cuestión que hace a la política del gobierno y esto no sería aceptable.

Respecto de estos argumentos, creo yo que no han tenido mucha suerte, al menos en la Ciudad. Porque esto depende de la conscripción en cuanto a los derechos. Es decir, a veces las normas relacionadas con los derechos son demasiado vagas. Pero no tenemos ese problema en la Ciudad de Buenos Aires. La Constitución prevé y es demasiado específica en cuanto a qué es lo que pretende, por lo menos, las finalidades que pretende. Es decir, cuando establece que el Estado garantiza y asegura la educación a partir de los 45 días, bueno, no parece dejar demasiado margen como para decir que no. Ese derecho existe y si alguien en esa situación, en esa franja etaria, reclama-se hacer efectivo ese derecho, creo que no hay más que darle la razón porque hay una norma clara que lo dice. Yo creo que lo que influyó en la Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires, en el año 1996, lo que sucedió fue quizá que hubo un error hacia esta teoría de las cláusulas programáticas. Es decir, estas cláusulas que establecen que los derechos no son autoejecutables, es necesaria alguna reglamentación. En ese marco se intentó regular demasiado. Por un lado, se reguló mucho y por otro, poco. Creo que esto también ocurrió con la Constitución Nacional y esto también es un problema con el cual se tiene que enfrentar el tribunal.

Hay problemas en cuanto a la conformación del litigio, es decir, quién debe estar legitimado, y un problema que yo me he plantado a veces es qué pasa si el representante no es el adecuado. A veces se inician estos litigios con finalidades muy plausibles, pero ocurre que quizás el abogado no sea del todo adecuado. Sucede muchas veces que se presentan demandas muy mal construidas, donde apenas lo que se está denunciando es el incumplimiento de una norma constitucional; eso no es una demanda, eso es una denuncia. Y dejan en manos del tribunal, y muchas veces en manos del Ministerio Público, continuar el juicio. Es decir, es el Ministerio Público –cuando se trata de un problema de educación, la Asesoría Tutelar– el que debe intervenir, proponer medidas de prueba; en fin, tratar de construir un caso que en realidad no existe. A ver, existe en forma virtual porque el caso que se presentó está mal armado. Lamentablemente el juez no tiene ninguna libertad como para elegir el representante de la clase y quién es el más idóneo. Otro problema que tenemos es cómo lograr que, la mayor cantidad de voces, sean escuchadas dentro del proceso, porque ya que se va a decidir una cuestión de política pública que está normada constitucionalmente, es bueno que los interesados puedan ser citados. No hay ninguna forma institucional, no hay ninguna regulación que permita una citación de las personas interesadas como para participar útilmente del proceso.

La otra cuestión es el trámite procesal. Aquí nuevamente volvemos al tema del amparo. Pero el amparo tiene ciertas características que quizá no se advienen bien con los problemas del litigio estratégico. Por ejemplo, se supone que en el amparo no debe hacer falta mayor debate y prueba, y sin embargo aquí hay que producir prueba. A veces para diseñar un remedio es necesario prueba. Estas son cuestiones sumamente complejas, en las cuales el juez no tiene conocimiento adecuado. En los litigios ambientales sucede algo parecido. Sí puede ser clara una violación del derecho, y por lo tanto hay que ordenar que cese la omisión o que cese la conducta arbitraria pero, bueno, pero ahí no se acaba el problema. Ahí en todo caso empieza. Hay que pensar qué remedio se le va a ordenar. El problema es que muchas veces los actores no tienen claro qué es lo que piden. Lo único que hacen es una denuncia. Dicen: “Se está incumpliendo una norma”, pero no se está proponiendo ninguna solución. Creo que aquí debería enfatizarse quizá la formación de quienes encaran litigios estratégicos, litigios colectivos, en cuanto a por lo menos pensar qué soluciones viables hay. Quizá se pueda luego discutir o ajustar durante el trámite del proceso, pero tiene que haber alguna petición concreta. La petición, en términos claros y precisos. O sea, qué es lo que se quiere, más allá de la violación que se está alegando.

Otro problema se vincula a los efectos de la sentencia. Hay cuestiones que justamente por esto de que no pueden participar todos en las que se afecta derecho de defensa ¿Qué va a ocurrir con esa sentencia? ¿Se va a proyectar a todos? Pero, ¿qué ocurriría si esa sentencia fuera contraria a los intereses del actor? ¿Ahí cómo se resuelve? Quizá la respuesta podría ser que, si no participó en el proceso, es claro que no le es oponible, pero entonces eso parece una invitación a que se litigue indefinidamente. Hay un dispendio de recursos del Poder Judicial y de tiempos para un litigio que en definitiva estuvo mal armado. Esto creo que hay que pensarlo, tratar de lograr una regulación en la que puedan participar los interesados y que la decisión sea oponible a todos ellos.

También aquí algo a lo que me iba a referir: es a los deberes y facultades del juez. Yo creo que acá sigue funcionando el principio dispositivo, sé que ciertas ONG serían más partidarias a que el juez tome una actitud más activa, pero el principio dispositivo sigue rigiendo y son las partes las que deben decir qué es lo que quieren, cómo lo quieren y el juzgado verá si es algo viable. Hay ciertas propuestas que son sencillamente inatendibles y esto creo que hay que tenerlo en cuenta. Por lo que yo veo de la exposición anterior, hay una preparación del litigio previa que no se advierte

en los casos que se presentan en nuestro país. Por lo menos, en general; hay excepciones, por supuesto.

Por último, el remedio judicial. El diseño del remedio judicial y la etapa posterior, lo que sería la ejecución, a veces son tanto o más complejos que lo que fue tramitar todo el juicio. Yo diría que con la sentencia comienza realmente el problema. Es decir, antes no había, era muy clara la violación, y como la prueba es deficiente, en la etapa previa se llega a una sentencia que normalmente sólo puede ordenar algo que sería como una obligación de fines. Se debe diseñar un plan que tienda a lograr los objetivos y quizás algún lineamiento. Pero los lineamientos los puede dar el juzgado, y eso dependerá del debate que haya tenido lugar en el proceso. A veces el debate es deficiente y aquí estamos frente a un remedio que quizá no esté adecuadamente previsto de una manera muy genérica. En definitiva sucede que el juez termina ordenando algo que no había sido pedido, y, es verdad, nadie lo había pedido, pero es como un proceso que luego en la etapa de ejecución tiene una serie de decisiones, o de minisentencias, o digamos de decisiones interlocutorias tendientes a implementar la decisión. Y esto es bastante difícil, porque hay escasísima colaboración por parte de los demandados. En muy pocos casos se puede ver que el Estado reconozca el problema y esté dispuesto a darle alguna solución. Probablemente sí haya abogados individuales, pero en definitiva, realmente el Estado no es un litigante fácil. Es decir, cuando litiga no se puede contar demasiado con la colaboración del Estado. Y en la etapa de ejecución, por más que se piensen medidas, por ejemplo, astreintes o incluso denuncias penales por incumplimiento de una sentencia, ¿qué ocurre si la sentencia no es del todo precisa? Del mismo modo, tampoco se puede hablar de un incumplimiento absoluto. Sobre todo porque el Estado no la incumple de manera absoluta. Hace algo; seguramente es insuficiente, seguramente apuesta al desgaste de su contraparte, pero, bueno, quizá sea parte del juego procesal. El tribunal lo puede evitar en alguna medida, pero no siempre, y creo que esto tiene que ver con el diseño del remedio. Creo que esta es la gran dificultad y es lo que va a haber que pensar, cómo se litiga y cómo se pide al tribunal un remedio que se pueda llevar adelante.

Lo voy a cerrar acá y más adelante, en todo caso, veremos las preguntas.

Paola Bergallo

Profesora de la Universidad de San Andrés

Una agenda de discusión para pensar el litigio de educación en Argentina

Dividiré mi exposición en dos partes. En la primera, intentaré mapear brevemente el litigio sobre derecho a la educación planteado hoy ante algunos tribunales del país. Dado que mis predecesores han realizado una descripción muy completa de los casos litigados, revisaré sólo las grandes categorías de litigio que planeaba presentar para ofrecer una clasificación alternativa a la esbozada por el juez Treacy. En la segunda parte, identificaré algunas líneas para profundizar las incipientes iniciativas de litigio en la materia.

a) Una clasificación posible del litigio sobre derecho a la educación.

En los últimos años, diversos tribunales del país han recibido casos llevados a sus estrados en nombre del derecho a la educación. Estos casos pueden clasificarse, entre otros, según dos criterios: el tipo de demandante y el contenido del reclamo. Siguiendo el primer criterio, podemos diferenciar los casos planteados por individuos, y aquellos llevados por grupos de individuos u organizaciones de la sociedad civil.

Según el segundo criterio, es posible mapear los casos distinguiendo, por un lado, los que generan obligaciones de no intervención del Estado y demanda del cumplimiento de compromisos ya asumidos, y por otra parte, los casos que requieren prestaciones positivas necesarias para realizar el derecho a la educación. La separación de estas categorías es tentativa y, en algunos casos, un mismo litigio podría ubicarse en más de una de ellas.

El siguiente gráfico combina los dos criterios señalados y muestra cuatro grupos de casos litigados en nombre del derecho a la educación.

	Casos individuales	Casos colectivos y grupales
No discriminación y cumplimiento de compromisos	DISCRIMINACIÓN FORMAL (casos de acceso y expulsión) (1)	CONTENIDOS Y DISEÑO DEL SISTEMA EDUCATIVO (programas de estudio y vacantes) (3)
Prestaciones positivas y reformas	PRESTACIONES POSITIVAS (demandas de servicios educativos y conexos) (2)	IGUALDAD ESTRUCTURAL (garantía en conflictos gremiales, infraestructura y vacantes) (4)

En el casillero (1) puede agruparse el litigio ante una variedad de situaciones de discriminación que pueden haber provocado limitaciones en el acceso, la expulsión o la denegación de reinscripción por parte de un establecimiento educativo privado o público. Como ejemplos de esta categoría podrían citarse el caso Monserrat por el ingreso de mujeres a un colegio universitario en Córdoba y casos de discriminación de estudiantes embarazadas, estudiantes con capacidades diferentes, inmigrantes indocumentados/as, estudiantes pertenecientes a religiones no mayoritarias.

En el casillero (2) ubicamos una cantidad de casos individuales en los que se reclama la prestación de servicios educativos específicos y otros servicios conexos. Por ejemplo, existen numerosos de estos litigios en temas de discapacidad. Los reclamos incluyen en ocasiones demandas de prestaciones de la legislación en materia de discapacidad reivindicando el principio de integralidad en su atención. Así, en algunos de ellos, las familias demandan el servicio educativo y la atención integral de la discapacidad del niño o niña en una institución específica, y servicios accesorios, como el transporte al instituto educativo. Otros casos en los que se reclaman subsidios por pobreza incluyen a veces reclamos en torno al derecho a la educación.

En el casillero (3) se inserta un conjunto de casos colectivos en los que una organización de la sociedad civil o un grupo de personas identificadas individualmente reclaman por los contenidos o el diseño del programa educativo. Aquí podemos ubicar los pedidos de información sobre ausentismo, accesibilidad física o financiamiento realizados por la Asociación por los Derechos Civiles. También en este conjunto se clasifican los casos de reclamos frente al cambio de programas establecido en la Ley Federal de Educación (Tucumán), las reformas de las escuelas técnicas (Santa Fe y Córdoba) o la introducción de la educación sexual en las escuelas (CABA y Provin-

cia de Buenos Aires). Podríamos sumar a esta categoría las demandas de introducción de educación en la lengua de pueblos originarios prevista en los compromisos constitucionales de algunas provincias (Neuquén).

Por último, en el casillero (4) es posible agrupar a un litigio más ambicioso surgido recientemente, en el que se persigue alguna reforma más estructural o de garantía de igualdad sustantiva de oportunidades respecto del derecho a la educación. Estos casos aún son escasos, pero podríamos citar entre ellos: (a) una serie de planteos surgidos en el contexto de conflictos gremiales en los que grupos de padres reclaman el derecho a la educación de sus hijos (Santa Fe y Río Negro); (b) casos de infraestructura, como el litigado en la Ciudad de Buenos Aires sobre condiciones de higiene y seguridad; (c) litigio de grupos o de organizaciones de la sociedad civil por la disponibilidad de vacantes en ciertas áreas del sistema de educación pública, como el nivel inicial o una zona geográfica determinada (Tucumán y CABA). Aquí finalmente también podría citarse el reclamo de una política de distribución de vacantes sensible al género en un instituto de formación en profesorado de gimnasia en la CABA.

b) Ideas para pensar el rol de los tribunales en el litigio de derecho a la educación.

Quisiera resaltar primero un problema, en algún nivel, compartido por todos los casos observados en los cuatro casilleros de la tabla anterior, y luego proponer unas ideas sobre el tipo de demanda al que podría orientarse el litigio sobre derecho a la educación.

(b.1.) Los casos descriptos hasta aquí suponen un menú de situaciones diversas en las que los actores reivindican de distinta forma y con diverso alcance su derecho a la educación. Pero los casos plantean también algunos problemas compartidos. En todos, con frecuencia (no siempre, claro está), se observa la ausencia o el déficit de funcionamiento de un foro administrativo directamente previsto para canalizar demandas hacia el sistema educativo y sus responsables. A veces, simplemente los foros no existen ni han sido previstos. En otros casos, han sido reglamentados por las normas vigentes pero no se ha efectivizado la creación del espacio de reclamo y participación. Finalmente, en otras circunstancias los foros previstos han sido creados, pero los actores desconocen su existencia o el acceso a los mismos se encuentra bloqueado en los hechos. Ante cualquiera de estas situaciones, las familias, los padres, los ciudadanos, como sea que definamos al grupo interesado en cada caso, recurren a la justicia en búsqueda de canales de participación y respuestas. Algo similar sucede con los canales de participación po-

lítica y ciudadana en la gestión educativa, que podrían vehiculizar demandas como las de creación de vacantes y redistribución de recursos en pos de una igualdad sustantiva de oportunidades en materia educativa. Entonces, creo que la falta de foros alternativos o la inaccesibilidad de los mismos influyen en la transformación del Poder Judicial como un actor que no tiene más opción que aceptar, como mínimo, ser un espacio para el diálogo y la transmisión de demandas al circuito político y de gestión de la política pública en educación. Esto en conflictos individuales y colectivos a la vez.

(b.2.) Ahora bien, además de convertirse en un foro para la comunicación de demandas a los gestores de la política educativa en todos los tipos de planteos de los cuatro casilleros, ¿hay algo más que podría hacer el Poder Judicial para hacer exigible el derecho a la educación? En otras palabras, ¿qué implica aceptar la exigibilidad judicial del derecho a la educación cuando de demandas estructurales frente al mismo se trata?

Creo que la respuesta a ambos interrogantes exige repensar qué tipo de reclamos de intervención más estructural tendría sentido formular al Poder Judicial en este tema. Y para ello, me parece necesario discutir el tipo de situaciones que encajan como una violación más estructural del derecho a la educación. Quiero proponer dos tipos de situaciones que me parece podrían dar lugar a litigio en la temática. La primera, vinculada con el punto b.1., es la idea de que el reconocimiento del derecho a la educación supone la organización de los canales institucionales para reclamar, primero en una instancia administrativa, ante supuestas violaciones del mismo. Si ello es así, entonces podría reclamarse ante el Poder Judicial por la omisión en la instalación o la garantía de acceso –cuando los espacios están instalados al menos reglamentariamente– a foros de participación y demanda ante problemas específicos en materia de derecho a la educación.

Un segundo tipo de demandas más estructurales que podría llevarse a los estrados judiciales es el que observa las condiciones mínimas de elaboración de las políticas públicas educativas y, en especial, aquellos aspectos vinculados a la asignación presupuestaria más general, y se pregunta por los criterios explícitos de priorización de recursos, la información en base a la cual se realizan y su transparencia.

Como sabemos, todas las políticas públicas se desarrollan en contextos de escasez más o menos moderada. La transparencia de las razones y los criterios con los que se asignan esos recursos escasos y la información disponible al efecto son un presupuesto para contextualizar el ejercicio de un derecho como el de la educación. Si la información, los criterios y las razones no son

públicos y no satisfacen estándares mínimos de razonabilidad, podría configurarse una violación del derecho a la educación. En efecto, un proceso de gestión de la educación en el que nunca está disponible la información, ni están explicitados como razones públicas los criterios de priorización, o los estándares de razonabilidad, puede no ajustarse al respeto requerido por el reconocimiento constitucional del derecho a la educación.

Y entonces aquí la idea es mirar al litigio como instrumental para alcanzar una reivindicación de mínima. Quizá no para obtener los resultados redistributivos directos que la sociedad civil estima que deberían obtenerse, sino para exigir que no haya políticas de asignación de recursos educativos en las que no esté claro que el Estado va a hacer sus esfuerzos para dar respuesta a las necesidades de provisión de servicios de educación a nivel inicial, o de condiciones mínimas de infraestructura, o condiciones de sanidad y seguridad para los estudiantes, priorizando en base a información, razones públicas y criterios de razonabilidad e igualdad sustantiva de oportunidades conforme a la Constitución.

Reconcebir al litigio en torno a estas demandas procedimentales de mínimos estándares de información y razonabilidad de medios y fines en la gestión de la política educativa requerirá también repensar el tipo de remedios a demandar. Ante la nueva definición de la violación del derecho a la educación, el reclamo no será por la falta concreta de una vacante para tal o cual persona sino por la falta de una práctica de estándares mínimos democráticos en la formulación de políticas públicas con estándares de razonabilidad que incluyan: la democratización en la información, la transparencia y la disponibilidad de razones públicas así como la creación de foros reales de participación y canalización de demandas.

La propuesta reconoce, en un sentido, que es cuestionable que el Estado no tenga mecanismos de accesibilidad física para personas con capacidades diferentes en las escuelas, pero es mucho más cuestionable que el Estado no sepa que no tiene esos mecanismos de accesibilidad, tal como sabemos por los casos de pedido de acceso a información planteados por la ADC, por ejemplo. Lo primero que el juez podría exigir es que la información con la que se tomaron las decisiones —que se tomaron hasta el momento o que no se tomaron hasta el momento— sea presentada a las partes. Me parece que empezar por tener datos, hacerlos transparentes y después explicitar las razones que llevaron a esos datos es un mínimo con el que podríamos comenzar y terminar con algunos cuestionamientos más estructurales a esta idea de hacer exigible el derecho a la educación. Nada más, gracias.

Diálogo de los expositores con el público

Alejandro Segarra

No es una pregunta, es más bien una reflexión para ambos, sobre todo para Guillermo. A partir de 1994 hubo varios intentos de litigios de clase, de litigio estratégico. Básicamente porque, de acuerdo al artículo 43, a quienes estamos en la sociedad civil se nos generó un estatus especial de reconocimiento. Ahora, quienes intentamos el litigio estratégico vemos que hay varios problemas y que nos diferencian mucho de la situación de Estados Unidos. Primero que acá la amenaza del caso testigo es bastante incierta, en el sentido de que decirle al Estado que vamos a llevar muchos casos de estos, y de esa manera lograr un cambio, es irreal, porque básicamente los actores tienen un problema de acceso a la justicia enorme y es difícil que lleguen en esa cantidad que significa una amenaza de ese tipo. El caso de que los privados lleven un litigio estratégico tiene el problema de que, básicamente, los estudios pro bono no quieren llevarlo a cabo en general porque no hay plata de por medio, porque no está legislado. Entonces es muy caro llevar adelante eso y no tienen ningún tipo de compensación económica. En general, sacando quizás el caso de alguna legislación provincial. Entonces queda la sociedad civil, que tiene el problema que vos, Guillermo, hacías notar; que nuestra arma termina siendo el amparo; que tiene el gran problema de que no permite un debate y prueba amplios. Y vos también hacías notar que los jueces ven al Estado como alguien que no complementa esto, en cuanto a que opone defensa formal. A mí me parece que mucho del activismo judicial en general, litigio estratégico, queda en decir que “somos activistas porque dejamos que a través del amparo se discuta mucho de esto”. O sea, en esta primera parte si somos activistas y están demostrando, por supuesto, un avance que es sacar el corset de lo que hace a la legislación procesal y dejar que haya un debate en ese sentido. Ahora, cuando va a la etapa remedial, la excusa general es: “Esto no está legislado” y rige el principio dispositivo. “Las partes no me trajeron esto, es difícil como juez ponerme a decidir. Acá habría que legislar de alguna manera, pero cuando vamos a la historia de legislación vemos que lo más reciente...”. Bueno, el legislador de la Ciudad tiene toda la parte del amparo colectivo y en Nación hay 250 millones de procesos que jamás salen. Entonces, este es el dilema, cómo hacemos para romper esta separación grande entre forma y remedio, cuándo se dan estas condiciones particulares en la Argentina. Y yendo a la parte de Paola que es muy importante, el derecho de acceso a la información en Argentina. En general, los jueces lo

tienen por cumplido cuando el Estado dice: “No contesto porque no tengo esta información”. La posibilidad de obligarlo a producirla es hasta el momento incipiente.

Guillermo Treacy

Volviendo al tema del amparo. Yo reconozco que esto es así y no es una crítica a que las ONG usen el amparo. Evidentemente, es lo único que tienen. Simplemente quiero plantear qué dificultades hay, porque el Estado objeta la utilización de esta vía y entonces eso un poco conspira. Siempre va a correr algún riesgo de que un tribunal, cuando vea lo que puede desencadenar eso, pueda llegar simplemente a decir que estuvo todo mal armado, que estuvo todo mal, y que la sentencia sea nula.

Ahora, creo que hay un tema muy interesante, la demanda de la sociedad civil de las vacantes, bueno, está en el Tribunal Superior, no sabemos qué puede pasar allí. Puede pasar cualquier cosa, puede decir que es todo nulo, que está mal y que el juez se estuvo inmiscuyendo en la zona de reserva de la administración. Pero, evidentemente hay un problema. No solamente el Estado no colabora en ayudar al problema de fondo sino que tampoco colabora con legislación, esto que vos decís es cierto. En el gobierno de la Ciudad, la regulación de amparo colectivo que no era del todo, pero por lo menos era algo, fue vetada, de manera que no tenemos ninguna caución que sea apropiada. Decimos: “Esto es un amparo”, pero termina siendo un juicio ordinario, algo raro. Quizás habría que pensar que en la ley general del ambiente hay algunas disposiciones procesales y quizás uno podría buscar inspiraciones acerca del trámite en esas disposiciones que son lineamientos muy generales. Pero no es una crítica que usen el amparo. Yo entiendo la situación pero planteo que hay una deficiencia normativa que dificulta este tipo de litigios. Y en el tema del acceso a la información, creo que la ley, al menos en la Ciudad, dice que el Estado está obligado a producir la información si no la tiene, con lo cual creo que se refiere un poco a la efectividad del derecho.

Alfredo Urteaga

A mí me interesaba hacer un comentario, más que una pregunta, que está relacionado con lo que decías vos.

Cuando se discute la legitimidad de que los jueces intervengan en este tipo de cuestiones vinculadas con políticas públicas y dicten sentencias, una de las respuestas que se da es que los jueces son especialmente idóneos, no tanto por lo que saben, por lo que han aprendido en la universidad, sino por

el método de decisión, por el procedimiento que precede a la decisión, que es un procedimiento en el cual los jueces se informan a partir de lo que aportan las partes del proceso. La decisión del juez va más allá de anunciar el juicio, el juez pueda recibir información en el proceso. Entonces quiero rescatar algo que decía Guillermo. Aun cuando sea un amparo, la actividad de las partes debe ser robusta. Porque eso es lo que permite superar, me parece a mí, la objeción que llamaba Koski, la objeción discriminatoria, la objeción vinculada con la falta de idoneidad del juez. Lo que contrapesa la falta de idoneidad del juez es que, justamente, le da el aporte que hacen las partes durante el debate, que precede a la decisión. Esto me interesaba rescatar. Lo que me parece importante es la contribución de las partes, porque lo que importa es que la decisión del juez sea una buena decisión. No solamente que tenga tal o cual sentido, sino que sea una buena decisión, una decisión que pueda asegurar el derecho e imponer un remedio que se sostenga en el tiempo; es decir, que pueda generar un sentido adecuado para que cuando la intervención judicial cese, el remedio continúe, no se retraiga; y esto requiere que el juez tenga una muy buena información.

Nuria Becú

Al Dr. Treacy, de acuerdo a su exposición reciente. La pregunta es si no le parece inconsistente que el rol del juez, por un lado, sea reconocer la admisibilidad del amparo, y por otro lado, aceptar pasivamente que el trámite es engorroso, que la procuración tiene una forma de trabajar migratoria, que es difícil que el gobierno de la Ciudad pueda comprometerse. La pregunta es si no le parece inconsistente el rol del juez.

Guillermo Treacy

No. Creo que lo que sucede es que muchas veces las partes quizá no sean del todo conscientes de su responsabilidad. El caso es de las partes. El juez reconoce la violación, pero el caso lo tienen que conducir ellas. El juez dirige el proceso, es verdad, pero lo que también tiene que ver es la igualdad de las partes. Puede haber sanciones procesales a alguna de ellas, pero quien tiene que proponer las medidas que considere adecuadas es la parte; es la parte la que debe encarar los estudios necesarios para lograr, por ejemplo, un remedio judicial adecuado. No me parece que baste con decirle al juez: "Acá se está violando un derecho", cosa que a lo mejor el juez reconoce, y luego: "Vamos a ver cómo vamos a hacer el remedio porque no tenemos muy claro qué estamos pidiendo". Me parece que la precisión en lo que se pide es importante. No hay inconsistencia, porque sino

el juez tendría que empezar a actuar de oficio y a pedir un montón de cosas que a lo mejor se le pueden ocurrir, pero también se le pueden ocurrir a las partes. En algunos casos que hemos visto, hay temas ambientales, por ejemplo, en los que también sucede algo parecido; se alegan violaciones ambientales pero, qué es lo que quiere, qué es lo que propone para poder tener alguna idea clara de qué es lo que se va a hacer. No advierto inconsistencia porque concibo que lo que hay acá es el principio dispositivo, no es el juez el que va a suplir a la parte en eso que la parte no hace.

Ángela Inés Oría

Me interesaba entender a quién se le puede demandar causas de igualdad estructural. Es evidente para nosotros que miramos el sistema educativo que todo lo que deviene en desigualdad, exclusión, abandono tiene que ver con cuestiones estructurales de gobierno, y lo que observaba es que los distintos casos de demanda tenían que ver con cuestiones más de terreno, una alumna embarazada, algún problema edilicio. ¿Cómo se hace, en general, a nivel más macro? ¿A quién se apela?

Paola Bergallo

Quisiera aclarar primero que describí algunos casos como de igualdad estructural porque buscaban reformas más ambiciosas y sustantivas que el resto. Son casos que de ganarse podrían incluir importantes reasignaciones de recursos. Eso no implica que esas reformas sean efectivamente grandes reformas estructurales. Utilicé la clasificación para identificar un tipo de litigios que, cuando se lo mira en detalle, puede parecer poco estructural en sus resultados. Sólo con ese fin.

Mi propuesta es que no le podemos pedir a los jueces que el resultado de su intervención sea la igualdad estructural, pero le podemos pedir que controle a quienes hacen políticas públicas exigiéndoles estándares de razonabilidad que, presumimos, son indicios de que sus políticas buscan la igualdad real de oportunidades prevista en la Constitución. Estándares, como exigir que las políticas se hagan con información, que los recursos se asignen con datos sobre las necesidades; son los mínimos estándares que podemos demandar de una política que en última instancia debería aspirar a ser estructural.

Mi punto es, por ejemplo, que existen casos de pedidos de información en los cuales la respuesta fue: “No le puedo dar la información porque no la tengo”, y no tener información es la violación al derecho a la educación en su nivel más elemental. Me parece que en algunos temas (no en todos),

no tenemos ni los datos mínimos que necesitamos para gestionar. Y eso es lo que deberíamos comenzar fijando como una violación del derecho a la educación: no se puede no tener la información.

Raquel Asencio

Coincido con lo que mencionaron anteriormente, donde tenemos una limitación previa, donde se usa el amparo colectivo no porque se lo considere el arma idónea, sino porque es lo único que hay.. Y acá lo que sí me parece es que el hecho de que no haya una herramienta idónea creo que exige al juez una actividad mucho más participativa, y no podemos mantenernos en el mismo paradigma; el proceso es de las partes y ellos tienen que debatir. Entonces, yo coincido con los problemas que genera el amparo colectivo, posiblemente en este momento estén debatiendo mis derechos en un proyecto y yo no estoy enterada. Pero entonces esto exige no sólo la preparación del caso de las partes, creo que también exige una actitud más creativa, innovadora y más original de parte de los jueces para decir: “Busquemos una forma de dar a publicidad”. Idealmente esto debería estar en una ley, lo cierto es que no está. Y si nos tomamos en serio que sostenemos esta idea de la Corte Suprema de: a donde existe un derecho debe existir un remedio procesal, esperamos lo mismo que apreció la Corte en su momento con el amparo y que tengan una actitud mucho más activa.

Es cierto que las partes tienen que pedir y hacerse responsables de lo que les compete, pero quien está litigando derechos respecto a los que no están presentes creo que exige un plus a los jueces. Y que es cierto que hay una falta que no es de los jueces, que es que no hay legislación, pero alguien tiene que asumir esta carencia y me parece que el juez con la posibilidad del Estado tiene que asumir parte de esta falta.

Y una segunda reflexión es: yo no pertenezco a la sociedad civil, pero da la sensación de que usted ha leído muchos amparos mal preparados. Y tal vez habla de cierta experiencia. Pero también hay que tener más experiencias y es que primero, cuando se pide con detenimiento de qué forma resolver un problema, donde no hay posibilidades de conocerlos, pero sí sabemos que hay una violación de un derecho y si creemos que hay que intentar los medios para corregir esta situación, creo que hay que ver las posibilidades y para eso estamos discutiendo hoy acá.

Guillermo Treacy

Sí, estoy parcialmente de acuerdo. En materia de amparo colectivo, estamos en una situación parecida a la que pudo existir en los casos Siri y Kot,

del año 1966, en el que se dictó la ley. Es decir, la jurisprudencia va viendo qué se hace, va cambiando y a veces acierta y a veces, no. Es verdad que el juez puede dirigir el proceso, pero las partes tienen una responsabilidad en cuanto a traer los hechos y probarlos. Eso me parece que es lo elemental y es lo básico. No todos los amparos están mal hechos, pero es verdad hay muchos amparos mal hechos; hay de todo tipo. Pero yo estoy hablando de deficiencias que se ven en los amparos individuales; en los amparos colectivos son peores, cuando aparecen esas mismas deficiencias en un amparo colectivo es mucho peor. ¿Por qué? Porque el juez puede quedar obligado a producir pruebas que no se le ocurrieron a la parte. Es posible que a la parte no se le haya ocurrido prueba, no sé. Existen las medidas para mejor proveer, el juzgado las puede llevar adelante, pero creo que hay una responsabilidad de la parte y yo lo que percibo es que muchas veces hay poco trabajo en ese aspecto. Desde ya, la parte puede ofrecer medidas que al juez no le parezcan adecuadas, pero me parece que decir: “Yo presento el caso porque acá hay una violación manifiesta, y ahora que el juzgado haga todo” no funciona. Porque lo que termina ocurriendo es que al final es el Ministerio Público (a veces el asesor tutelar) el que tramita el caso.

Creo que quizá los casos deban prepararse mejor. Insisto, estamos todos experimentando con esto, de un lado y de otro. Creo que las partes tienen que armar mejor los casos para lograr que haya una respuesta efectiva. Y no estoy hablando de casos puntuales, estoy hablando en general. Quizá la novedad del problema hace que las partes no tengan muy claro cómo hacer el planteo.

Julietta Rossi

Mi pregunta tiene que ver con cuál es su concepción de juez, cuál es el rol que tiene que tener el juez en el cumplimiento de los derechos, más allá de la legislación en general; más allá de limitarnos a discutir cuestiones procesales, cuál es su concepción del juez respecto del cumplimiento efectivo de los derechos, quizás a la luz de la concepción norteamericana. Yo creo que más allá de que las partes tengan un rol importante, el juez tiene un rol súper importante en donde está violado un derecho constitucional. Me parece que está demasiado dejado a las partes. Yo creo que pondría un poco más la cara por el juez, en tratar de resolver el problema, porque justamente en casos tan complejos no es tan sencillo decir: “Esta es la solución”. Justamente lo que estamos viendo es que son problemas complejos que necesitan de la administración. No es tan fácil decir: “Que la parte me traiga la solución”. Frente a tu exposición, yo creo que tu concepción sobre el

rol de la Justicia es un poco débil en cuanto al cumplimiento de los derechos y también considerando los avances que tuvo la Corte Suprema en el último tiempo, tratando de abrir caminos diferentes. Como el caso Verbitsky, condiciones de detención, el caso Mendoza; hay posibilidades de hacer más y de introducir variantes con más posibilidades y no quedarnos con que la parte me trae la solución.

La segunda cuestión. Usted dijo que en general los casos que traen las organizaciones están mal armados con excepciones. Habrá casos mal armados, pero me parece que es una generalización injusta. Hay muchísimos casos bien armados que han sido leading cases, Verbitsky, Simón, traídos por organizaciones no gubernamentales que trabajan de manera muy seria y que se toman el trabajo muy en serio. Y hacer afirmaciones de este tipo me parece un poco injusto; que la mayoría de los casos están mal armados, yo, la verdad, disiento con eso.

Guillermo Treacy

Una imprevisión, los jueces no actúan de oficio, por lo menos en el ámbito no penal no hay actuación judicial de oficio. Sí pueden adoptar algunas medidas; de hecho, yo las he adoptado cuando fue necesario, pero de allí a hacer reposar toda la carga en un juez. Me parece que si la parte decide asumir la responsabilidad de un litigio que ella estudió y que conoce por lo menos mejor que el juez en una primera etapa, me parece que eso debería traducirse en su actividad procesal. Esto no tiene nada que ver con cuál es mi concepción respecto de la vigencia de los derechos. Es una pregunta un poco obvia, es decir, evidentemente si estamos acá es porque nos preocupa el derecho, pero también que las cuestiones se puedan litigar de una manera adecuada y también que la sentencia sirva, porque a veces mi percepción es que lo que se procura es el impacto de una sentencia o de una medida cautelar y en realidad no se piensa demasiado cómo esto después se va a ejecutar. Lamentablemente eso existe. Hay abogados que persiguen la fama de esa manera.

Y lo otro tiene que ver con el aspecto gremial de ONG. Yo no dije que todos los amparos que presentan las organizaciones no gubernamentales están mal armados, mal hechos. Yo estoy hablando en general de ciertos problemas. Yo dije que: “Muchas veces los casos vienen mal armados”. Conocemos los amparos exitosos, que son los que usted mencionó, pero vamos a los otros, a los que están mal armados; sentencias que quedan en la nada porque simplemente no hay formas eficientes de ejecutarlas y que también debería el juzgado ocuparse de eso. Creo que la actividad de

la parte es muy importante, porque es ella la que alega elementos para que pueda decidir mejor. Cada juzgado tramita una infinidad de casos muy diversos, problemáticas absolutamente disímiles. Es la parte la que puede colaborar en lograr una buena decisión, y obviamente dentro del compromiso por la vigencia de los derechos, pero me parece que la parte también tiene algo que hacer. No alcanza con decir: “Que el juez sea más activo”. Y la Corte es la Corte, y la Corte puede innovar, crear. No todas las creaciones la Corte termina encontrándolas interesantes o novedosas, o las acepta; es un riesgo y eso está en cuestiones que cada tribunal maneja.

William Koski

Un comentario para el juez. Mencionó que hay casos que no están bien preparados y que tampoco están bien preparadas las etapas de las preparaciones remediales, que no hay intercambio entre las partes y no hay información.

En estos casos puede haber amplias ramificaciones o consecuencias. ¿Hay alguna posibilidad en el derecho argentino de hacer una bifurcación como la que mencionaba antes en la etapa de la determinación de la responsabilidad y la etapa del remedio? Porque en ese caso se podría, en la primera instancia, presentar la información y los motivos por los cuales se menciona esto, y la otra es que pensaría la posibilidad de proponer reparación a esos remedios.

Guillermo Treacy

Yo creo que sí. Creo que lo que hay que pensar es que hay una etapa dictada, una sentencia, que reconoce una violación de derechos. Lo que se abre es la etapa de ejecución de sentencia. Si bien no ha sido común hasta ahora, porque es novedoso este tipo de problemas. Creo que la etapa de la ejecución de sentencias se va a convertir en el lugar donde van a discutirse estas distintas opciones. Es decir, justamente por las características de nuestro amparo, habrá que declarar por un lado la violación del derecho y establecer alguna orden, quizás algo flexible y fluido, no del todo definido, y el resto para la discusión en la etapa de la ejecución de la sentencia.

El punto, y es algo que no es habitual en la Argentina, es que generalmente la ejecución de una sentencia ha sido algo más sencillo. A veces consiste en lograr el pago de una suma de dinero y acá aparece una relación de trato sucesivo; es decir, continuamente las partes tienen que dialogar para lograr llegar a acuerdos para lograr ejecutar la decisión. Creo que la respuesta es sí. Y el lugar para hacerlo va a ser la ejecución de la sentencia; es decir, lo posterior al dictado de la sentencia.

Palabras de cierre

Martín Bohmer, profesor de la Universidad de San Andrés

Muchas gracias. Es un placer tenerlos a todos aquí. Me parece evidente que, dada la reconfiguración del derecho argentino que estamos escribiendo, gran parte de la biblioteca que teníamos y que más o menos describía lo que eran los derechos no existe más; esa biblioteca se murió, se incendió. Y tenemos que repensar el derecho y repensar los materiales con los que vivimos el derecho y, sobre todo, en el caso de una Facultad de Derecho como la nuestra, repensar los materiales con los que enseñamos el derecho. Los alumnos de derecho de toda la Argentina tienen un problema de acceso a la educación, porque básicamente las Facultades de Derecho en toda la Argentina estamos generando un engaño cuando decimos que el derecho es de determinada manera cuando ese derecho no existe más. Hace muchos años, así que también nosotros tenemos un problema con el derecho a la educación. El derecho a la educación de los operadores jurídicos, que van a tener que ladear con esos problemas en los que nadie sabe cómo funcionan o van a funcionar. Y en este trayecto estamos. Ahí habló el profesor de derecho.

Yo también tengo mi corazón como abogado litigante (que supongo que volveré a utilizar cuando tengamos la clínica jurídica en San Andrés en 2011), y desde ese punto de vista, el abogado ese del interés público, mi sensación cuando venimos teniendo estas conversaciones (que ya van 16 años) es que desde el comienzo, cuando no había pro bonos, ni clínicas, ni derecho de interés público, ni amparo colectivo, ni nada, las discusiones eran que esto no es posible. Y fue posible y es posible. Muchas de las discusiones que estamos teniendo teóricas, que son fascinantes, al profesor le suenan bárbaro, le encantan, las podemos discutir. El problema del colapso de la política mayoritaria en la Argentina que obliga a la política contra mayoritaria a ponerse de pie y a hacer las cosas que el colapso y la impericia de nuestros políticos mayoritarios no pueden hacer. Bueno, los jueces y los abogados van a tener que hacerlo, porque si no la gente va a estar fuera de competencia constitucional. Eso es fascinante desde el punto de vista del profesor.

Desde el punto de vista del abogado, la verdad, lo que a mí me dan ganas de decir es: "Vamos a trabajar". Ninguna de las cuestiones que se plantearon ha sido excusa para limitar el poder de los abogados y los jueces cuando han tenido ganas de trabajar. Por supuesto que estamos en un país po-

bre, desestructurado, que no tiene Estado –como dijo Paola–, y también es una obligación nuestra tratar de ayudar a crearlo. Pero las sutilezas procedimentales que algunos advertimos en la dogmática procesal argentina se convierten en excusas cuando realmente uno baja al llano de los tribunales. Los jueces han hecho cosas impensadas en la Argentina, han funcionado y han modificado la estructura de la política nacional. Entonces, mi propuesta es: todo muy lindo, sigamos discutiendo todo lo que quieran, va a haber un espacio para la discusión cada vez que se necesite en San Andrés, esperamos que esto se convierta en material de estudio, pero que eso no sea un obstáculo para que la sociedad civil y la Justicia ocupen el lugar que, para bien o para mal, tienen que ocupar en el cumplimiento de la promesa constitucional.

Muchas gracias por estar acá.



programa educación

 **ADC** / Asociación por los
Derechos Civiles

Av. Córdoba 795 - 8º piso
(C1054AAG) - Buenos Aires - Argentina
TelFax (54-11) 5236-0555
www.adc.org.ar