

XXX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

Título: El impacto de los nuevos paradigmas protectorios de los derechos sociales en materia procesal.

Resumen: *“Para lograr la plena efectividad de los derechos sociales, no debemos reducirnos exclusivamente a el estudio de normas constitucionales, sino que desde allí, se debe mirar la realidad jurídica compleja que se enfrenta el juez al momento de resolver estos casos, observar cómo impacta ello en todo el sistema jurídico y cómo actúan las normas procesales frente a ello”*

Autor: Ana Valeria Guerci Romero

Comisión 1 (civil): Nuevos paradigmas de la jurisdicción protectoria

Teléfono:0264-154594547

correo electrónico: anaguerci@hotmail.com

Dirección postal: Laprida 468-Oeste-San Juan CP: 5400

CONTEXTO GENERAL Y UBICACIÓN DEL PROBLEMA:

El problema que se expone en esta ponencia es respecto a la falta de claridad en la aplicación de los estándares jurídicos que aplica el poder judicial nacional en el resguardo o protección de derechos sociales básicos que se ven lesionados, incumplidos y amenazados. Por ello, resulta necesario, empezar a precisar y sistematizar cada uno de ellos a los fines de esclarecer la tarea judicial diaria. Esta incertidumbre que se enfrente el juez en su tarea diaria impacta en forma directa en todo el sistema jurídico, por lo que no están excluidas las normas y principios procesales.

A los efectos de esta ponencia, se entiende por derechos sociales, todos los que enumera nuestra Constitución Nacional en su art 14 bis y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre ellos, derecho a la salud, alimentación, vivienda digna. Estas personas titulares de tales derechos, que se ven amenazados o violados, se encuentran en situaciones de vulnerabilidad económica, social o cultural.

Es decir, cuando hablamos de derechos sociales amenazados estamos hablando desde otra mirada de personas en situación vulnerable, ya que el término vulnerabilidad es siempre relativo y específico con respecto a una amenaza particular subyacente. Las ciencias aplicadas han coincidido históricamente en afirmar que solo es posible hablar de un grado de vulnerabilidad desde el punto de vista de la probabilidad de la amenaza y en función de su intensidad particular, de su frecuencia y de su duración (ESTUPIÑAN-SILVA, Rosmerlin, “La vulnerabilidad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Esbozo de una tipología”, https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhpp_pdf/DHPP_Manual_v3.193-232.pdf).

Siguiendo la línea de razonamiento, recordamos que durante muchos años la doctrina negó la exigibilidad de los derechos sociales, es por ello, que comenzaron cerca del año 2008 en el ámbito internacional y nacional, autores como Víctor Abramovich, Laura Pautassi, entre otros, a elaborar sistemas de indicadores y medición de tales derechos, a los fines de evitar que queden a merced de la voluntad política. Paralelamente en el ámbito internacional, se empezaron a ver elaboraciones por parte de los órganos internacionales orientados a concretarlos. En Argentina, a partir del año

2010 se comenzó a observar un cambio jurisprudencial y una tendencia doctrinaria hacia la operatividad de los derechos sociales. Por todo ello, hay escasa elaboración doctrinaria, ya que es una postura relativamente nueva, y por ende, hay diversos interrogantes que se deben comenzar a responder.

La jurisprudencia Argentina en los últimos 10 años ha variado constantemente mediante el dictado de sentencias contradictorias respecto al modo en que se exigen los derechos sociales. En nuestro país por primera vez a través de las reformas de la constitución nacional de 1957 y 1994, se incorporó una gama amplia de derechos sociales. Desde allí comenzó una serie de debates académicos respecto a su estructura, fundamentación y exigibilidad de estos derechos.

La exigibilidad significa que existen mecanismos jurídicos para reclamar, ante una violación actual o inminente de los derechos sociales, que el Estado garantice su cumplimiento efectivo. En otras palabras: que el respeto a estos derechos no depende de la buena voluntad del gobierno o de personas privadas, ni representa una concesión o una dádiva. Por otra parte, esta pauta no abarca sólo al Poder Judicial, sino a todo el Estado, en todos sus poderes y niveles.

Nos encontramos con un panorama doctrinario que no es suficientemente claro respecto a cuándo y cómo se debe proceder al control judicial de estos derechos.

Así, en el inicio de nuestra labor, nos enfrentamos con un problema de incertidumbre en lo que concierne al modo en que se llegan a las soluciones judiciales. Si bien la elaboración doctrinaria y jurisprudencial ha permitido avanzar en su protección, es menester empezar a definir los márgenes del campo de la discrecionalidad en que se desenvuelve el poder judicial, para evitar la inseguridad jurídica de la protección de tales derechos.

Víctor Abramovich y Laura Pautassi son autores destacados en esta materia, que mediante la publicación de diversos libros y artículos, tales como, “Revisión Judicial de las Políticas Sociales” estudio de casos, compiladores (Editores del Puerto s.r.l. 2009) , “La medición de derechos en las Políticas Sociales”, compiladores (Editores del Puerto s.r.l. 2010), “Perspectiva de derechos, políticas públicas e inclusión social”, (Editorial Biblos, 2010), entre otros, se han esforzado por concretar la exigibilidad de los derechos sociales, mediante el desarrollo y elaboración de diversos estándares jurídicos. Se observa que dichos trabajos, realizan un enfoque de los derechos sociales en relación a su precaria exigibilidad judicial, buscando como horizonte ampliar su protección legal mediante la consagración de nuevas herramientas jurídicas.

También se resalta en este campo otros autores, tales como Roberto Gargarella y Horacio Etchichury, que a través de diversos artículos científicos, buscan resolver la tensión que existe entre el control judicial de estos derechos y el principio de la división de poderes.

Si bien, estas investigaciones precedentes, se han esforzado por concretar la exigibilidad judicial de los derechos sociales, lo cierto es que también han dejado muchas preguntas que se deben empezar a responder.

La misma doctrina internacional suele enfatizar la existencia de problemas aún no resueltos, al manifestar que el déficit en la protección de estos derechos surge precisamente por no tener obligaciones claras respecto a lo que los Estados deben cumplir, y ello es así, por la generalidad de los conceptos jurídicos con que se enfrenta al juez al momento de su exigibilidad.

En el marco de dicho contexto normativo se inscribe esta ponencia.

Partimos de la hipótesis de que, en la Jurisprudencia Argentina, en especial de nuestra Corte Suprema de Justicia, no se ha demostrado un criterio claro respecto a cuándo y cómo debe procederse al control judicial de los derechos sociales.

Por ello, nuestro objetivo en esta ponencia es reflexionar acerca de un problema que viene manteniéndose en la Jurisprudencia Argentina en lo referido a la falta de determinación de los estándares jurídicos que aplica el poder judicial en el resguardo o protección de derechos sociales, tanto en lo referido al contenido sustancial de estos derechos como en su faz procesal.

Los nuevos paradigmas protectorios de la exigibilidad de los derechos sociales

Diversos órganos internacionales (comité de DESC, Corte IDH, CIDH) se esfuerzan por concretar mediante reglas (ya no como meros principios) lo mínimo que cada Estado debe respetar en materia de DESC, que por una cuestión de extensión sólo nos limitaremos a mencionar los que consideramos más relevantes.

Así el Comité DESC ha considerado que este principio o estándar se encuentra en el artículo 2.1 del PIDESC, al expresar que “un Estado en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones. Si el Pacto se ha de interpretar de manera que no establezca obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser¹.

¹Comité DESC, Observación General N°3, “La índole de las obligaciones de los Estados Parte, párr.1 del art. 2 del Pacto”, párr.10.

El Comité ha avanzado en delimitar el contenido básico de varios de los derechos contemplados en el Pacto, así en el caso de la alimentación adecuada, ha señalado que este comprende la disponibilidad de alimentos en *cantidad y calidad suficientes* para satisfacer necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada, y la accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos². En idéntico sentido se pronunció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al sostener que “el derecho a no padecer hambre se vincula esencialmente con el derecho elemental a una alimentación adecuada.”³

También el Comité DESC ha plasmado su interpretación en la Observación General N°14: “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, donde expresó que los “Estados Partes tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto” (párr.43). También menciona en dicha observación que el derecho a la salud surge como un derecho inclusivo que no solo abarca la atención de salud oportuna y apropiada, sino también factores determinantes de la salud, como acceso al agua limpia y potable, y a condiciones sanitarias adecuadas; suministro adecuado de alimentos; una nutrición adecuada; una vivienda adecuada; condiciones sanas en el trabajo y el ambiente; acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva y participación de la población en los procesos de toma de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud (párra.57y 58). El Comité DESC en su Observación General núm.4 sobre el derecho a una vivienda digna, rescató el concepto de vivienda que reconoció la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda adecuada, el cual “significa disponer de un lugar donde poder aislarse si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable”. En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte.

²Observación General N°12, punto 8, CDESC

³Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú, CIDH, p.175

Sin excepciones, queda claramente establecido que el cumplimiento del contenido mínimo es obligatorio y no es pasible de excepciones, ni aún en situaciones de emergencia⁴.

Por todo lo descripto, se concluye que el contenido de los derechos sociales debe ser respetado por todos los jueces, quienes deberán remover todos los obstáculos económicos, sociales y culturales que existan alrededor del goce de tales derechos.

Ahora bien, ¿como se aplica ello a los casos judiciales que vemos a diario?, y ¿cómo las normas procesales contribuyen a dar cumplimiento a esta exigencia constitucional?

REFLEXIÓN ACERCA DE LOS NUEVOS PARADIGMAS PROTECTORIOS EN MATERIA DE DERECHOS SOCIALES Y SU IMPACTO EN LAS NORMAS PROCESALES

La tendencia a garantizar los derechos sociales se ha fortalecido en las últimas dos o tres décadas en dos vertientes nodales: a) el papel activo de los tribunales y cortes constitucionales en este sentido, y b) el derecho internacional de los derechos humanos, en su vertiente social.

Ahora bien, si nos centramos en el papel activo de los tribunales, debemos responder dos preguntas: ¿qué significa papel activo? y ¿cómo impacta ello a el sistema procesal?

La propuesta en esta ponencia es correr la mirada de las discusiones que han venido manteniéndose durante varios años acerca del concepto propio de activismo judicial, y más bien centrarnos en el deber de juez de hacer plenamente efectivos los Derechos Sociales, entendiendo por éstos, a los fines de la ponencia, el derecho a la salud, educación, vivienda y a la alimentación.

Como ocurre con tantas otras actividades o conductas, el denominado “activismo judicial” no es bueno ni malo en sí, sino que sus defectos o virtudes se determinan por la forma en la que es ejercida la función judicial

Nuestro sistema de derecho procesal civil se encuentra regulado primordialmente por el principio dispositivo, ello quiere decir que el tribunal se encuentra necesariamente vinculado por los hechos constitutivos de la pretensión y la defensa, razón por la cual resulta imposible ex officio la introducción de circunstancias de hecho ajena a las propuestas como objeto del debate.

Ahora bien, cuando en un causa judicial se presenta, sea en forma verbal en una audiencia judicial o mediante un simple escrito judicial, alguna situación que revele o

⁴Cf. Comité DESC, OG N°3, párr.12, OG N°12, párr.28

deje traslucir alguna situación de violación de algún derecho fundamental, el juez no debe reducirse a ser un mero árbitro donde las partes expongan y contradigan sus pretensiones y defensas, sino que debe ser un custodio del cumplimiento de los Derechos que se encuentran amenazados. Así a modo de ejemplo, si en un desalojo se expusiere el peligro de que queden menores desamparados o que se encuentran mal alimentados, el juez debe oficiar a los organismos pertinentes para que puedan tomar intervención en el asunto. ¿Que sucede si en un juicio ejecutivo el demandado se presenta expresando que no pudo pagar porque se encuentra en una situación de vulnerabilidad grave? ¿Ante ese escrito el juez que deber tiene el juez?

El artículo 75, inc. 23 de la CN establece como mandato para el Congreso el adoptar medidas de acción positiva destinadas a generar condiciones de igualdad estructural, no meramente formal, con relación a las categorías de mujeres, niños, ancianos y discapacitados. Desde esta norma, nos preguntamos ¿en los procesos civiles como impacta esta norma en los procesos?

¿Existe en nuestro Código Procesal normas que colaboren con esta tarea judicial?

Que sucede si tenemos en nuestro juzgado o como abogado litigante que llevar un caso complejo como un desalojo masivo, o una situación donde se traten diversos derechos como a el medio ambiente, vivienda, etc, como el caso CSJN Mendoza fallos 331: 1622.

Aquí se flexibiliza el principio congruencia, con motivo del dictado de nuevas leyes referidas a temas actuales, como lo son entre otros el derecho ambiental, conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el juez puede ordenar medidas fuera del contexto requerido por la parte en el proceso, en aplicación del principio precaución (CSJN Mendoza fallos 331: 1622.)

Es decir, el juez se enfrenta a los principio de bilateralidad y congruencia procesal, y por otro lado, con el mandato constitucional de ser custodio del cumplimiento de los derechos sociales, frente a ese escenario complejo de resolver.

No es posible gestionar el trámite de procesos complejos, en los que se requiere ordenar que el Estado adopte medidas de cumplimiento de tratados internacionales de derechos humanos –y a menudo articular la implementación de recursos correspondientes a distintos ámbitos (municipal, provincial, federal) u organismos–, desde una actitud expectante o pasiva, sin un involucramiento activo, sin la creación de soluciones o mecanismos procesales novedosos. (Dr. Gustavo D. Caramelo Díaz, artículo “Activismo judicial y derechos sociales”)

REFLEXIÓN FINAL

Con la incorporación de los tratados a nuestro sistema constitucional, no es inusual que las partes o el juez de oficio dicten medidas a fin de asegurar la plena efectividad de los derechos sociales, impactando ello a las normas propias del derecho procesal. El rol de juez, ya no se reduce a ser un árbitro donde las partes exponen sus pretensiones y defensas, limitándose a dirigirlo, sino que es un custodio de la plena efectividad de estos derechos.

Ante este nuevo escenario, debemos responder la siguiente pregunta ¿hay en nuestro sistema procesal normas que colaboren y faciliten esta tarea judicial?

No debemos reducir la mirada a la figura del amparo judicial como único medio idóneo para tutelarlos, puesto que son precisamente en la gran cantidad de juicios que tiene el poder judicial donde se revelan y se deja traslucir situaciones de violación a la protección de tales derechos. El juez se enfrenta , por un lado, a los principio de bilateralidad y congruencia procesal, y por el otro, con el mandato constitucional de ser custodio del cumplimiento de los derechos sociales.

Cuando el juez debe resolver cuestiones atinentes a la salud, educación, vivienda, está frente a un conflicto entre derecho de propiedad y un derecho humano, donde se caracteriza por ser un espacio impregnado de una cantidad de normas y principios, donde además se le exige ser custodio de las garantías constitucionales y cauteloso con el impacto de sus sentencias en cuanto a su repercusión frente a la atribución que tienen los otros poderes.

Estas personas que necesitan satisfacer estos derechos tan elementales, que hacen a la dignidad del hombre, se encuentran en situaciones vulnerables, por lo que, por lo general, cuando se plantean estos casos hay innumerables situaciones y derechos que se ven lesionados que están interrelacionados por la situación particular del afectado. Ante esta tarea compleja, las normas procesales deben proporcionar herramientas que colaboren con dicha tarea judicial.

¿Porque no incluir entre los deberes del juez la regla de poder dictar todas las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos de personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad, aun cuando no fuere objeto de la litis? Es decir, flexibilizar el principio de congruencia ante estos casos e incluir más normas que hagan a la sociabilización del proceso.

De esta manera, ante un caso concreto, donde se plantee en el ámbito penal, civil, administrativo o fiscal, una situación ajena al contenido del juicio pero de urgente

intervención judicial, pueda y deba el juez tomar todas las medidas necesarias para satisfacerlos.

Finalmente, a modo de reflexión, expreso la siguiente frase: *“en aquel lugar donde el abogado deja de crear e imaginar soluciones, es allí donde las normas procesales se congelan y el derecho muere ...”*

Bibliografía:

Víctor Abramovich y Laura Pautassi “Revisión Judicial de las Políticas Sociales” estudio de casos, compiladores, Editores del Puerto s.r.l. 2009.

Víctor Abramovich y Laura Pautassi “La medición de derechos en las Políticas Sociales”, compiladores, Editores del Puerto s.r.l. 2010.

“Los derechos sociales como una exigencia de la justicia”, Universidad de Alcalá – Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Virgilio Zapatero M.a Isabel Garrido Gómez Editores, Compiladores.

Laura Pautassi, “Perspectiva de derechos, políticas públicas e inclusión social”, Editorial Biblos, 2010.

Laura Pautassi y Gustavo Gamallo¿Más derechos menos marginaciones?, Editorial Biblos, 2012.

Rodolfo Arango Rivadeneira “El concepto de derechos sociales fundamentales”, Editorial Legis, Segunda Edición 2012.

Ricardo Luis Lorenzetti “Teoría de la Decisión Judicial. Fundamentos de Derecho”, Editorial Rubinzal - Culzoni 2014.

