



Editores del Puerto

LA REVISIÓN JUDICIAL DE LAS POLÍTICAS SOCIALES

Víctor Abramovich - Laura Pautassi

COMPILADORES

En los últimos años se ha instalado en la Argentina el concepto de "judicialización de la política social" que refiere a la mayor participación del sistema de justicia en la resolución de casos sobre derechos económicos, sociales y culturales. De allí que no sólo se advierte un mayor desarrollo de estándares jurisprudenciales sobre derechos sociales sino también la consolidación de la justicia como una instancia de contralor del aparato administrativo del Estado en las áreas sociales. Sin embargo, los alcances y modalidades de este proceso de judicialización no se encuentran plenamente determinados y es difícil anticipar una tendencia futura. Este volumen se integra con reflexiones teóricas y el resultado de investigaciones empíricas acerca de las vinculaciones entre la política social y el acceso a la justicia, poniendo particular acento en el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En cada uno de los casos se utilizaron enfoques renovadores para abordar esta incipiente, pero cada vez más marcada, interrelación entre derechos y políticas sociales, y su vinculación con las distintas formas de acceso a la justicia, en el marco de inevitables cambios institucionales y jurídicos derivados de la nueva realidad económica y social.

www.editoresdelpuerto.com



LA REVISIÓN JUDICIAL DE LAS POLÍTICAS SOCIALES VÍCTOR ABRAMOVICH Y LAURA PAUTASSI

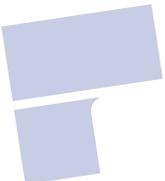
LA REVISIÓN JUDICIAL DE LAS POLÍTICAS SOCIALES

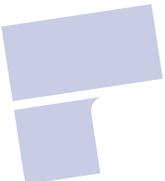
ESTUDIO DE CASOS

Víctor Abramovich
Laura Pautassi

COMPILADORES



 pdfelement

 pdfelement

La revisión judicial de las políticas sociales





© 2009 Editores del Puerto s.r.l.

Corrientes 1515 10° A
(1024) Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Telefax (54-11) 4372-8969/4375-4209
www.editoresdelpuerto.com
delpuerto@editoresdelpuerto.com

Diseño de tapa: Diego GRINBAUM

Impreso en

Hecho el depósito de ley 11.723

Libro de edición argentina.

Revisión judicial de políticas sociales : estudio de casos / compilado por Víctor Abramovich y Laura Pautassi. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Del Puerto, 2009.
368 p. ; 22x15 cm.

ISBN 978-987-1397-38-9

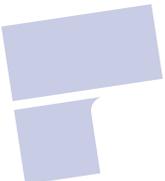
1. Políticas Sociales. I. Abramovich, Víctor, comp. II. Pautassi, Laura, comp. III. Título
CDD 320.6

Fecha de catalogación: 06/04/2009

La revisión judicial de las políticas sociales
Estudio de casos

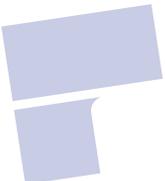
Víctor Abramovich y Laura Pautassi
COMPILADORES



 pdfelement

Índice

Presentación	I
Capítulo I	
El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales	
<i>Víctor Abramovich</i>	1
Capítulo II	
La judicialización del Programa Jefes y Jefas de Hogar Desocupados: ¿por la buena senda?	
<i>Pilar Arcidiácono, Carolina Fairstein y Gabriela Kletzel</i>	91
Capítulo III	
El litigio individual en derechos sociales. Una aproximación al estado actual en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	
<i>Mabel López Oliva</i>	143
Capítulo IV	
Judicialización de políticas públicas de contenido social. Un examen a partir de casos tramitados en la Ciudad de Buenos Aires	
<i>Gustavo Maurino y Ezequiel Nino</i>	173
Capítulo V	
Libertad sindical y mecanismos institucionales de tutela: un análisis crítico a la luz de su eficacia como garantía de los derechos sindicales	
<i>Luis Campos</i>	207
Capítulo VI	
La administración pública y el acceso a la justicia: una oportunidad para la materialización de los derechos sociales	
<i>Natalia Gherardi</i>	243
Capítulo VII	
El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales	
<i>Víctor Abramovich y Laura Pautassi</i>	279
Sobre los autores y las autoras	341
Abreviaturas	345

 pdfelement

Presentación

En los últimos años se ha instalado en la Argentina el concepto de “judicialización de la política social” que refiere a la mayor participación del sistema de justicia en la resolución de casos sobre derechos económicos, sociales y culturales (DESC). De allí que no sólo se advierte un mayor desarrollo de estándares jurisprudenciales sobre derechos sociales sino también la consolidación de la justicia como una instancia de contralor del aparato administrativo del Estado en las áreas sociales. Sin embargo, los alcances y modalidades de este proceso de judicialización no se encuentran plenamente determinados y es difícil anticipar una tendencia futura.

La falta de delimitación obedece a que este proceso –aún incipiente y particularmente concentrado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– responde a múltiples fenómenos y puede encuadrarse también en numerosas definiciones. Por un lado, podría señalarse que es expresión de un nuevo “activismo judicial”, que comprende el uso estratégico de los tribunales de justicia por parte de organizaciones dedicadas al litigio de interés público, como también incluye el mayor uso de los tribunales por los ciudadanos y las ciudadanas para canalizar demandas al Estado. A su vez, el concepto de activismo comprende la mayor disposición de los tribunales a involucrarse en estos asuntos, fiscalizar políticas públicas y/o (re)establecer equilibrios en las relaciones contractuales entre particulares.

En efecto, representa un proceso que implica una lógica de reclamo colectivo o individual desde la sociedad hacia el Estado, pero que correlativamente comporta una disposición de los tribunales de justicia de aceptar ese papel de contralor de los restantes poderes del Estado. Además, cabe enfatizar que el desarrollo jurisprudencial en materia de derechos sociales manifiesta que la exigibilidad judicial de éstos es claramente reconocida y permite ir dejando definitivamente atrás los cuestionamientos teóricos que negaban cualquier rol judicial en relación con estos derechos.

La diferencia radica, quizás, en el mayor involucramiento de un fuero en relación con otro. Por ejemplo, y tal como se analizará a lo largo de los capítulos que integran este volumen, en el caso de

la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los tribunales contencioso administrativos han sido particularmente receptivos en materia de demandas de derechos sociales (tal como se analiza en los capítulos III y IV), promoviendo una instancia de diálogo e interacción entre los diferentes actores involucrados en cada caso. En cambio, no actuaron de igual manera los tribunales federales de seguridad social, en relación con demandas vinculadas a planes de transferencias condicionadas de ingresos (capítulo II), en donde otorgan curso favorable a demandas individuales de acceso a dichos planes, pero persiste una negativa de los distintos tribunales intervinientes de aceptar el carácter colectivo de las demandas presentadas. A su vez, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido una evolución por demás interesante en los últimos años, en particular en lo referido a la definición y alcance del derecho a la seguridad social, tal como se analiza en el primer capítulo del libro.

Es indudable que este proceso de mayor activismo social sobre la justicia y de respuesta judicial en la garantía de derechos sociales ha sido, en gran parte, impulsado por un nuevo patrón constitucional conformado por la reforma de 1994. Esta enmienda constitucional amplió el elenco de derechos que traía, ya desde 1957, el artículo 14 *bis* y reconoció de manera directa nuevos derechos sociales de pueblos indígenas, de protección del ambiente sano y de los usuarios y consumidores de servicios, y de manera indirecta, a través de la incorporación de numerosos tratados internacionales de derechos humanos. Además, el nuevo texto constitucional consagró una noción novedosa de igualdad sustantiva que obliga a adoptar acciones positivas de protección de grupos subordinados y permitió, también, mecanismos de acceso a la justicia de carácter colectivo, así como instituciones públicas capaces de representar esos intereses en la esfera judicial como la Defensoría del Pueblo. En algunas provincias y en la ciudad de Buenos Aires, se formularon normas constitucionales también generosas en términos de reconocimiento de derechos sociales y mecanismos de acción judicial para protegerlos.

Pero el texto constitucional no sirve sólo como mandato para los jueces sino como marco conceptual para la formulación de las políticas públicas en las áreas sociales. A partir de allí, como se analiza en el capítulo VII, se estructura un andamiaje conceptual, pero, a la vez, teórico-operativo, que identifica diversos mecanismos de seguimiento y responsabilidad que involucran a los actores

políticos, sociales y económicos en el proceso de definición de políticas, e incorpora el principio de igualdad y no discriminación, como también el de responsabilidad y de mayor autonomía de los ciudadanos y las ciudadanas.

En otros términos, a pesar de que el lenguaje de los derechos tiene de por sí un valor ético y político, y puede servir para fortalecer las demandas sociales frente a situaciones de inequidad, sus implicancias concretas en términos de política social o de garantía de derechos no siempre se consideran adecuadamente. De allí que este libro busca contribuir a un mejor esclarecimiento de las garantías específicas de los derechos sociales, al mismo tiempo que aporta elementos para que se incluyan desde la formulación misma de la política social.

En rigor, el enfoque de derechos sumado al mayor activismo judicial conlleva la obligación de todas las instancias del Estado de diseñar e implementar políticas públicas que promuevan su respeto en condiciones de igualdad. Como contrapartida, brinda a los ciudadanos y a las ciudadanas la posibilidad de desplegar estrategias variadas para monitorear y exigir esta obligación.

Y allí resulta interesante destacar la mayor difusión que ha tenido el litigio en materia de derechos sociales, tal como es señalado en las experiencias analizadas en cada uno de los capítulos, en donde se verifica una tendencia al crecimiento de este tipo de demandas, tanto por parte de los propios afectados, como por parte de las organizaciones de la sociedad civil o por abogados y abogadas motivados por un interés público. Completa la idea la comprobación que aunque muchas veces los afectados tengan poca intervención en la presentación de los casos, esa participación también puede surgir durante el procedimiento y en la etapa de ejecución de sentencia –en particular en la medida en que litigantes y poder judicial incrementen la experimentación en el diseño e implementación de medidas y procedimientos participativos dirigidos a remediar efectivamente los derechos vulnerados–, tal como se analiza en los capítulos I y VI.

Sin dudas, este nuevo campo no se encuentra exento de objeciones que cuestionan el valor y el alcance de la intervención del Poder Judicial en causas en las que se discuten cuestiones vinculadas con políticas públicas, o directamente con el valor del litigio estratégico como herramienta de reclamo y actuación judicial. Estas objeciones, tal como se resumen en el capítulo VI, no hacen

otra cosa que fortalecer el histórico divorcio entre visiones más tradicionales y conservadoras del derecho y el prolífico activismo, que al menos en jurisdicciones como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, está demostrando un nuevo escenario en materia de exigibilidad.

Al mismo tiempo, interpela directamente al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo en su papel central en la definición y ejecución de políticas sociales, los que con frecuencia se han mostrado renuentes a modificar sus posturas a raíz de decisiones judiciales. Por ejemplo, la dilación manifestada por la administración pública en la resolución de los planteos presentados por asociaciones de trabajadores comporta una violación en el ejercicio de derechos sindicales impidiendo la libre participación en elecciones, su observación o impugnación, tal como es analizado en el capítulo V.

En igual dirección, si un objetivo del enfoque de derechos es lograr una mejor institucionalidad de las políticas del Estado, resulta indispensable establecer mecanismos que promuevan una activa participación de los decisores políticos y funcionarios de diverso rango, al mismo tiempo que es necesario resolver nudos críticos que actualmente caracterizan la intervención de la burocracia estatal, en especial la ausencia de mecanismos de consulta y de reclamo por parte de los ciudadanos y ciudadanas receptoras de las políticas sociales. En el capítulo final del presente libro se incluyen los principales dilemas a sortear para alcanzar una efectiva institucionalización de las políticas públicas.

Este volumen se integra con reflexiones teóricas y el resultado de investigaciones empíricas acerca de las vinculaciones entre la política social y el acceso a la justicia, poniendo particular acento en el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Cabe destacar que en cada uno de los casos se utilizaron enfoques renovadores para abordar esta incipiente, pero cada vez más marcada, interrelación entre derechos y políticas sociales, y su vinculación con las distintas formas de acceso a la justicia, en el marco de inevitables cambios institucionales y jurídicos derivados de la nueva realidad económica y social.

Un primer espacio de discusión y presentación de resultados preliminares fue el Seminario “El Derecho de Acceso a la Justicia en el campo de las Políticas Sociales” que se llevó a cabo en la ciudad de Buenos Aires en septiembre de 2007, con la participación de destacados magistrados, especialistas, operadores del derecho y

del Ministerio público, investigadores y académicos, miembros de organizaciones de derechos humanos, de organizaciones sindicales entre otros.

Los debates allí desarrollados se situaron en torno a las razones por las que el ámbito judicial –y no la administración pública o el poder político– se sitúa como la esfera privilegiada para resolver determinadas cuestiones sobre la formulación y/o implementación de políticas y servicios sociales. Al respecto se identificaron los límites que han presentado los mecanismos de participación, información, fiscalización y reclamo previstos para cada uno de los programas y servicios sociales en cuestión.

Asimismo, se fueron identificando los actores involucrados en este nuevo proceso, considerando tanto aquellos actores sociales que deciden recurrir a la justicia y con qué expectativas llegan, hasta las alianzas o redes que se construyen para litigar en casos individuales y colectivos en materias de interés social, identificando además cómo se va construyendo y articulando una agenda en donde intervienen instituciones y organizaciones de distinta índole, como organizaciones no gubernamentales de segundo grado, organismos públicos, defensorías, procuradurías, asociaciones sindicales que, a la vez, deben articular estrategias judiciales que buscan reflejar también los cálculos individuales de los actores.

Especial atención mereció a lo largo del análisis las respuestas dadas por el Poder Judicial y administrativo en otros casos, examinando los argumentos jurídicos que utiliza para regular los procedimientos de participación social. Allí resulta altamente ilustrativo los distintos remedios judiciales que ha dispuesto en cada caso y el margen que reconoce al poder político a la hora de definir políticas a partir de estos casos. Por último, se presentan los argumentos centrales para poder establecer interrelaciones entre el conjunto de derechos económicos, sociales y culturales, y las políticas públicas, a la luz del denominado enfoque de derechos, de modo de cambiar la lógica en el diseño e implementación de políticas sociales.

Queremos agradecer especialmente a las autoras y los autores de los diversos trabajos que integran la obra, quienes no sólo nos aportaron su conocimiento y el resultado de sus investigaciones, sino que además posibilitaron un debate sumamente enriquecedor y estimulante en torno a este nuevo campo de análisis.

También queremos manifestar nuestro agradecimiento a las y

los participantes del Seminario, como también a los comentaristas por los aportes brindados y por ayudarnos a identificar más elementos en este complejo entramado, estimulando y colaborando con materiales y experiencias inéditas al respecto.

Un especial reconocimiento queremos brindar a Sara Niedzwiecki, por su impecable asistencia técnica, y a la Universidad de San Andrés por el apoyo recibido en el marco de la investigación sobre “Estándares de Derechos Humanos y Políticas Públicas”, desarrollada bajo la dirección de Víctor Abramovich. Por último, agradecemos particularmente a la Fundación Ford por posibilitar la concreción de esta publicación.

Esperamos especialmente que este libro contribuya a brindar una agenda de discusión más completa sobre la función judicial de control de las políticas sociales, a partir de las reflexiones que surgen de experiencias concretas de litigio y un estudio de la amplia gama de posibilidades de respuesta judicial, con alcances diversos y grados de injerencia variadas en la esfera política. Durante los últimos años, la discusión se ha mantenido por lo general en un plano abstracto, exclusivamente normativo, desconociendo las prácticas concretas de los tribunales y del activismo jurídico. Del mismo modo, el diseño e implementación de las políticas sociales ha corrido en paralelo a las garantías incorporadas en el mandato constitucional y al propio alcance de los derechos sociales. El punto de partida, en nuestra opinión, consiste en reorientar el debate. No se trata ya de discutir la justiciabilidad de los derechos sociales, sino qué tipo de modalidades de intervención judicial permiten una mejor articulación de los derechos con las políticas públicas, respetando el lugar de la política y el juego democrático.

Víctor Abramovich y Laura Pautassi
Buenos Aires, febrero de 2009

Capítulo I

El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales

Víctor Abramovich*

1. Introducción

Los derechos sociales incorporados a la Constitución definen un marco para el desarrollo de políticas y servicios sociales del Estado. El reconocimiento de derechos impone al Estado obligaciones mínimas negativas, tales como la prohibición de restringirlos de una manera irrazonable o de implementarlos de forma discriminatoria. En ocasiones los derechos sociales imponen acciones positivas, por ejemplo, brindar ciertas prestaciones o servicios a grupos sociales en situaciones de desigualdad estructural, organizar prestaciones básicas para cubrir necesidades de subsistencia, servicios de educación, salud o de acceso a una vivienda. También el deber de establecer regulaciones que impidan el abuso de las partes más poderosas en las relaciones contractuales entre particulares. Además obligan a respetar ciertas reglas básicas de procedimiento, que inciden en las forma de organizar un servicio y en la gestión administrativa de los programas. De allí que el margen de discrecionalidad administrativa se acota si una política actúa sobre el campo de un derecho social.

El marco constitucional también inviste a los ciudadanos de un campo de poder para exigir como titulares de ciertos derechos fundamentales, esos límites y esas prestaciones. El sistema jurídico dota a esos derechos sociales de mecanismos y procedimientos que funcionan como un sistema de garantías.

Esos derechos fundamentales en la mayoría de los sistemas jurídicos suelen regir también relaciones entre particulares, de modo que obligan a una función estatal de modulación de relaciones sociales desiguales, a través de intervenciones públicas en la

* Deseo agradecer a Laura Pautassi y a Diego Morales por los comentarios y observaciones formuladas a la versión preliminar de este trabajo. También a Carolina Fairstein y a Diego Morales por los antecedentes y el análisis conceptual del caso "Mendoza".

esfera del mercado, en pos de alcanzar puntos de equilibrio. Su modo de regulación presupone frecuentemente la existencia de vínculos contractuales desiguales, y apunta a restablecer un balance de obligaciones en beneficio de la parte más débil, por ejemplo, en las relaciones laborales, en las prestaciones privadas de salud, y en las relaciones de consumo (Ewald, 1997). Esto implica el reconocimiento de un “efecto horizontal” de los derechos sociales, que configura deberes de prestación a cargo de particulares de ciertos servicios sociales: salud, educación o servicios públicos básicos; modifica los principios de lectura e interpretación de los contratos; y obliga a fijar un sistema de garantías, que debe regir las relaciones entre esos prestadores privados y los usuarios o beneficiarios.

Por eso el reconocimiento de derechos sociales en la Constitución influye decisivamente en la institucionalidad de las políticas públicas, por ejemplo, en el modelo de procedimiento administrativo o en la forma de organizar el acceso, la prestación, la evaluación y control de los programas y servicios. Estos procedimientos en la medida en que pueden determinar el acceso a prestaciones relacionadas con derechos fundamentales, deben cumplir también con ciertos requisitos mínimos de debido proceso que funcionan en definitiva como garantías del acceso a derechos. Plazos razonables, información adecuada, espacios de participación de los beneficiarios y usuarios, decisiones fundamentadas en los marcos legales, criterios objetivos y razonables de adjudicación, posibilidad de quejas o reclamos ante abusos o rechazos arbitrarios, adecuada notificación de las decisiones y los trámites, entre otras cuestiones.

Estos principios jurídicos influyen en la calidad institucional de ciertas políticas, pero además califican la relación de los ciudadanos con el Estado. Precisamente, la consagración constitucional de derechos sociales persigue, además de una función distributiva de bienes y de ingresos, el propósito de igualar las condiciones de ciudadanía a partir del reconocimiento de una *igualdad de estatus* entre los miembros de una determinada comunidad política (Marshall, 1998). Esta relación igualitaria de estatus, más allá de la disparidad de ingresos, califica un modelo particular de Estado. En efecto, el Estado social y democrático es el que asume la distribución de bienes básicos y el reconocimiento de un piso mínimo de igualdad, como base de su legitimidad y como condición para el desarrollo de su sistema político. La garantía de ciertos mínimos sociales es indispensable para alcanzar autonomía privada y pública, y contribuye a crear las condiciones para el ejercicio

de la representación política y la existencia de una esfera pública deliberativa, sin exclusiones basadas en las condiciones materiales de las personas y los grupos sociales. De allí que no hay contradicción entre el reconocimiento de derechos y el ejercicio de la democracia representativa, sino que son precisamente esos derechos los que aseguran las posibilidades de la acción política y la deliberación democrática sobre un piso social igualitario¹.

En nuestro país, el divorcio entre las políticas sociales y los derechos sociales constitucionales fue deliberadamente impulsado desde la acción de gobierno en los años 90, al implementarse un proceso de precarización de derechos sociales por la vía legislativa y reglamentaria, que acompañó otro proceso caracterizado por la desinstitucionalización de las políticas sociales².

Ese Estado social híbrido, como algunos caracterizaron al existente en nuestro país, se fue desmantelando gradualmente a partir de las reformas de flexibilización laboral y de privatización del sistema jubilatorio. La idea del reconocimiento de derechos subjetivos de acceso a prestaciones sociales universales, en especial en el campo del empleo y la seguridad social, quedó sujeta a nuevas reglas jurídicas que condicionaron esos derechos a la disponibilidad de recursos financieros, en un escenario definido como de “emergencia económica y social”. Estas reglas, si bien se justificaron en facultades extraordinarias y temporales de limitación de derechos en función de las necesidades del Estado en tiempos de emergencia y crisis, comenzaron a normalizarse como las nuevas reglas jurídicas del sistema de protección social, lo que condujo a un cambio en el paradigma de regulación. Los derechos perdieron sus rasgos de identidad, se trastocó el alcance de las prestaciones en una tendencia regresiva impuesta sin controles administrativos de transparencia, ni controles judiciales de razonabilidad, ni contrapesos políticos parlamentarios. El sistema de protección social basado en derechos subjetivos y servicios universales, fue gradualmente reemplazado por políticas sociales focalizadas dirigidas a la población indigente que quedaba por fuera del redil del trabajo asalariado. Estas políticas fueron conce-

¹ Cfr. Ferrajoli (2001: 37-72), Pisarello (2003: 23-53), Gargarella (2007: 121-144), Abramovich y Courtis (2006).

² Ver Pautassi (2002: 293-330).

bidas para reconocer, no derechos, sino beneficios asistenciales precarios, lo que le dió a la administración pública un amplio margen de discrecionalidad y favoreció la manipulación y la arbitrariedad del Estado.

Es importante plantear que el desmantelamiento de las instituciones del Estado de bienestar no se dió solamente por una limitación del alcance de las prestaciones o de los servicios, que es el aspecto que suele ponerse en el debate con mayor frecuencia, sino por una transformación del alcance de los derechos afectados, y por consiguiente, la precarización del vínculo jurídico entre el Estado y los beneficiarios de esos servicios. Por ejemplo, el rezago de los derechos previsionales implicó una suerte de expectativa tenue a obtener una jubilación cuyo monto quedó sujeto a los vaivenes de las finanzas públicas, a través de procedimientos administrativos repletos de trampas y obstáculos que permitían incluso retrogradar sentencias firmes e imponían la incertidumbre de nuevas limitaciones basadas en la regeneración interminable de escenarios de emergencia. Los programas de transferencia de ingresos que sustuyeron en parte aquellas prestaciones, carecen de estabilidad y de certeza en sus prestaciones, no cuentan con espacios de participación, información y rendición de cuentas, y adolecen de mecanismos de garantía capaces de ser activados por los ciudadanos involucrados. De allí que contribuyeron al deterioro progresivo de la posibilidad de ejercicio de la ciudadanía.

Lo paradójico de este proceso es que en la última reforma constitucional de 1994, al elenco de derechos sociales del artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional, se agregaron nuevos derechos sociales al texto constitucional, como los derechos de pueblos indígenas, de usuarios y de consumidores, y el derecho a la protección del ambiente sano, así como nuevos derechos sociales consagrados en los tratados de derechos humanos incorporados con rango constitucional, como el derecho a la salud, y a la educación entre otros. La constitucionalización de los tratados de derechos humanos implicó además la gradual utilización por los tribunales argentinos de la jurisprudencia de los tribunales y órganos de protección internacional, como “guía insoslayable” en la lectura del nuevo derecho constitucional³. Otro componente relevante de esa

³ Ver Abramovich, Bovino y Courtis (2006).

reforma constitucional es la inclusión de una cláusula amplia de igualdad sustantiva (art. 75, inc. 23) que favorece la acción positiva de protección de grupos subordinados⁴ y, por consiguiente, incide en las obligaciones estatales referidas al modelo de protección social⁵; así como la incorporación de nuevos mecanismos procesales que favorecen la acción judicial colectiva y amplían el sistema de garantías de los derechos constitucionales, que no sólo puede ser ejercida por organizaciones sociales sino también por la nueva figura constitucional del Defensor del Pueblo, con amplia legitimación procesal para representar derechos colectivos.

La combinación de nuevos derechos sociales, un nuevo concepto de igualdad y mejores mecanismos de acción colectiva en la esfera judicial determina, en nuestra opinión, un cambio sustancial de la estructura constitucional, contribuyendo a afirmar una tendencia ya insinuada a partir del artículo 14 *bis*, al reconocimiento de un patrón constitucional característico del denominado Estado social de derecho.

Es indudable que este modelo de sistema constitucional otorga a los jueces un amplio poder sobre el legislador y el gobierno, por cuanto la norma constitucional con un contenido amplio de obligaciones negativas y positivas comienza a irradiar e influir en vastos campos de la actividad política y de la vida social, y el juez como intérprete de la Constitución, no sólo cuenta con la facultad de invalidar decisiones legislativas contrarias a las normas y principios constitucionales, sino que puede en aplicación directa de la Constitución obligar al legislador y al gobierno a asegurar por la vía de acciones positivas las directivas constitucionales. En tal sen-

⁴ Esta noción de igualdad avanza sobre la noción de igualdad de trato, y recoge la noción de protección de grupos subordinados. No sólo impone acciones y políticas afirmativas, sino que influye en la necesaria relectura en clave social de los derechos fundamentales, civiles y políticos de la Constitución. De tal modo, tiene un impacto profundo en el campo de las políticas de gobierno, el cual no ha sido debidamente estudiado hasta ahora. Sobre el impacto de estas reformas constitucionales en el paradigma constitucional y en el litigio de interés público en Argentina, puede verse de Mourino (2007: 313-343). Para una lectura del concepto de igualdad en la reforma de 1994 y su encuadre en las teorías constitucionales sobre igualdad, puede consultarse Saba (2007: 163-196). También el clásico trabajo de Fiss (1999: 137-159).

⁵ Para un estudio de la relación entre derechos sociales e igualdad sustantiva, ver Prieto Sanchís (2000: 17-68).

tido, una norma constitucional como la configurada a partir de la última enmienda de 1994 acota considerablemente los márgenes de discrecionalidad de los poderes políticos y extiende las materias constitucionales y, por consiguiente, las áreas de control de la justicia constitucional⁶. Este modelo constitucional demanda por ello de los jueces un grado mayor de responsabilidad en la fundamentación y argumentación de sus decisiones, pues el sistema político en su conjunto asume la tensión de no reemplazar arbitrio político por arbitrio judicial.

De allí la importancia de la aplicación de principios claros de interpretación constitucional, que, por supuesto, no eliminan los considerables márgenes de discreción y valoración de los jueces, pero que al menos sujetan la interpretación constitucional a ciertas reglas de argumentación. Este margen amplio de interpretación constitucional, sobre todo en los tribunales superiores del sistema de justicia como la Corte Suprema, tiene evidencias claras en el caso argentino. Pese a que la reforma se produce en 1994, la Corte Suprema tiene una interpretación desedeñosa de los principios y estándares sobre derechos sociales e igualdad en el nuevo texto constitucional, con una suerte de inercia interpretativa que no da cuenta acabadamente del proceso de reformas. Así avala la legislación social regresiva que caracteriza ese período. El cambio de interpretación constitucional comienza a perfilarse luego de la crisis de 2001, y se consolida con la nueva composición de la Corte Suprema a partir de los nombramientos que comienzan en 2003⁷.

⁶ Como señala Prieto Sanchís (2003: 121-122): “La Constitución del Estado liberal de Derecho se mostraba ante todo como un límite al poder; las actuales Constituciones principistas asumen de forma resuelta la función de modelar el conjunto de la vida social, y por eso las relaciones entre legislación y jurisdicción ya no pueden sentarse de manera estrictamente jerárquica, sino de un modo más complejo que tampoco puede calificarse de simétrico: las decisiones del legislador siguen vinculando al juez, pero sólo a través de una interpretación constitucional de principios que efectúa este último”. Agrega: “la convergencia de las dos tradiciones constitucionales (...) la de la Constitución como límite o garantía y como norma directiva fundamental, viene a representar así una fuerte erosión de la omnipotencia y de la autonomía del legislador: de la omnipotencia porque, como es obvio, la Constitución como norma de garantías impone un control externo de validez de las leyes, y de la autonomía porque la Constitución como norma directiva pretende imponer a lo largo de amplias esferas de la decisión política qué objetivos corresponde perseguir”.

⁷ Hablamos de un cambio, que en algunos casos implicaba volver a una lectura más garantista de los derechos laborales y de la seguridad social, que había

En efecto, como señalamos, esta reforma constitucional completó un cuadro esquizofrénico signado por dos procesos que avanzaban en direcciones opuestas; el proceso de amplia inserción de derechos sociales en la estructura constitucional por la vía de la incorporación de tratados de derechos humanos, una nueva definición de igualdad sustantiva y los nuevos mecanismos de acción judicial colectiva, y el proceso opuesto, de desmantelamiento de las prestaciones sociales universales y la degradación de los derechos laborales y de seguridad social por vía de sucesivas reformas legislativas. En este escenario, fue común la apelación al nuevo texto de la ley fundamental para impugnar o cuestionar, especialmente en el ámbito de la justicia, la brecha constitucional que abrían las reformas “modernizadoras” de los sistemas de protección social. Lo mismo ocurrió a nivel local, donde las Constituciones provinciales y la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires reconocieron generosamente derechos sociales a contravía de procesos de reforma legislativa implementados por los Estados locales bajo la inspiración de las reformas nacionales.

Este novedoso escenario expone un tipo de vínculo particular entre la esfera judicial y política, que surge precisamente del uso de los nuevos mecanismos constitucionales de representación de intereses colectivos, por organizaciones sociales y sindicales, para plantear en la justicia conflictos de interés público, a través de lo cual buscan fijar cuestiones en la agenda del gobierno, impugnar regulaciones o políticas sociales, activar procesos de decisión de nuevas políticas y marcos regulatorios o impulsar cambios en los procedimientos tradicionales usados para su elaboración e implementación.

Aquí la esfera judicial no aparece tan sólo como un espacio de resguardo o de preservación de derechos amenazados, sino también como un campo de demandas activas de transformación social. Así es precisamente a través de la instancia judicial que ciertos actores sociales demandan al Estado, fiscalizan o impugnan sus decisiones y dialogan o confrontan con sus diferentes agencias e instancias. El acceso a la jurisdicción actúa de ese

marcado la jurisprudencia constitucional en los años 60 y 70, a partir de la reforma de 1957 que incorporó el artículo 14 *bis* y los derechos sociales al texto constitucional.

modo como un mecanismo de participación en la esfera política, que complementa otros canales institucionales propios del clásico juego democrático⁸.

Pese a esta íntima relación entre derechos y políticas, y al claro mandato constitucional, el mundo de las políticas sociales ha sido renuente a asumir las derivaciones del debate constitucional sobre el reconocimiento de derechos sociales exigibles. Los expertos en políticas sociales consideran habitualmente que los derechos tienen poco que decir sobre las políticas públicas, y que la ambigüedad de las normas que los consagran impide derivar de ellos marcos o guías orientadoras para su formulación. Además, consideran que la pretensión de derivar de los derechos reglas orientadoras o criterios de fiscalización, conlleva el riesgo de atar a las políticas sociales a esquemas rígidos, propios del mundo de lo jurídico, que no permiten responder a las variables coyunturas y obstaculizan la acción pública eficaz. Así, el mundo de las políticas sociales se fue conformando como un campo impermeable y refractario al debate constitucional, pese a que con frecuencia los tribunales argentinos, en algunos casos relevantes, obligaron a revisar la orientación de algunas políticas laborales o previsionales.

El acto de relacionar derechos con políticas y en especial con políticas sociales, abre la puerta para una mayor intervención judicial en la fiscalización de la acción de gobierno y autoriza que personas y organizaciones sociales puedan cuestionar, impugnar y pedir en los tribunales cambios en esas políticas al confrontarlas con ciertos marcos jurídicos constitucionales. Por lo tanto, el escenario de decisión sobre las políticas sociales se hace más complejo, y autoriza la acción de jugadores nuevos, que suelen actuar con lógicas y discursos habitualmente desconocidos y, en ocasiones, desconcertantes para los jugadores tradicionales. En cierta medida el reconocimiento de derechos sociales, como dijimos, acota el margen de la acción política, pues obliga a seguir ciertos cursos de acción, e impide asumir algunos otros. Pero ese marco de derechos no impone cargas agobiantes al gobierno, pues las normas jurídicas no contienen recetas rígidas ni programas de acción aca-

⁸ Para un análisis de las características de este tipo de litigios sobre derechos fundamentales, puede consultarse Abramovich (2006: 59-82).

bados, sino sólo marcos, orientaciones generales, así como ciertas garantías mínimas de procedimiento.

El activismo jurídico de la sociedad civil ha demandado precisamente el establecimiento de una relación fuerte entre políticas sociales y derechos, y se ha valido de los estándares constitucionales e internacionales precisamente para impugnar algunos de los cambios paradigmáticos de políticas sociales implementados en las últimas décadas en nuestro país. La Corte Suprema de la Nación, en especial en su actual composición, ha precisado el alcance de algunos derechos sociales y de sus garantías sustantivas y procedimentales en la Constitución y en los Tratados de jerarquía constitucional, y ha dado una interpretación amplia a las facultades procesales de las personas y grupos afectados para acceder a la tutela judicial en casos individuales y colectivos de afectación de estos derechos. Esta jurisprudencia implica un cambio profundo de perspectiva. Marca una tendencia positiva a favor de revertir el gradual deterioro de las garantías sociales, e indudablemente, influirá en el rol institucional de la justicia y en su relación con el gobierno y el congreso en los próximos años.

En lo que sigue, examinaremos, en primer lugar someramente, el proceso de transformación en la jurisprudencia de la Corte Suprema y el uso de los estándares constitucionales para invalidar las líneas maestras del paradigma regulatorio precarizador de la protección social en nuestro país. Luego de ello, daremos un recorrido general por las diversas formas de activismo judicial en el control de políticas sociales y nos detendremos en algunos problemas institucionales que pueden presentarse en la relación de activistas, jueces y políticos, así como en la revisión de algunos factores que pueden contribuir a una mejor articulación de políticas y derechos. Por último, intentaremos presentar una tipología de modelos de intervención judicial y contribuir a la construcción de una agenda amplia de discusión sobre el tema.

2. La restauración judicial de derechos en el ámbito del trabajo y la seguridad social

Como dijimos, en un primer sentido, el reconocimiento de la vinculación entre las políticas y los servicios sociales y la realización de derechos tiene como consecuencia directa acotar el margen de discrecionalidad administrativa. Aquí el Poder Judicial sim-

plemente limita la arbitrariedad de la administración pública e impide la existencia de zonas de actuación administrativa refractarias al sistema jurídico general.

La restricción de las “zonas grises” no implica tan sólo un cambio de reglas formales o el otorgamiento de garantías procesales a los administrados. Conlleva una revisión profunda en la institucionalidad de las políticas, en su modo de organización e implementación, y en el tipo de relación que se establece con los beneficiarios.

Un buen ejemplo de este cambio de enfoque puede observarse en la evolución de la jurisprudencia constitucional en materia de derechos laborales y previsionales en la Argentina desde el fin de la década de los noventa hasta la actualidad. Este campo no sólo ilustra la configuración de políticas sociales refractarias a cualquier esquema de derechos, sino también una cierta subordinación de las políticas sociales a la lógica de las políticas económicas y financieras. La crisis económica de fines de los ochenta sirvió como base para la apelación a un derecho de excepción: las normas de emergencia económica, entendidas como circunstancias extraordinarias que extendieron las facultades estatales no para limitar las reglas del mercado, sino para condicionar y restringir los derechos sociales y sujetarlos en ocasiones a los vaivenes de las cuentas fiscales. Para cuidar las formas se continuó utilizando un lenguaje de derechos en las leyes y en la organización de los servicios sociales. Pero estos derechos sufrieron una paulatina degradación de sus contenidos esenciales, y su vigencia efectiva quedó atada a la voluntad casi discrecional del gobierno, el que a través de una serie de decisiones regresivas, los supeditaron a la disponibilidad de recursos públicos. Los derechos sin contenidos claros y estables y sin garantías de exigibilidad, fueron derechos sólo en el papel, hasta que los tribunales, sobre todo a partir de la crisis de 2001, comenzaron a restaurarlos, invalidando algunas de estas políticas y reformas regresivas.

Entre muchos casos, son características de esta lógica de regulación, las normas de “emergencia” sobre reducciones de salarios y haberes del sector público de 1995 y 2000 (ley de déficit cero), así como la llamada ley de “solidaridad previsional” que reorganizó sobre parámetros de precariedad el sistema de seguridad social.

Respecto de los decretos de necesidad y urgencia que redujeron los salarios de empleados públicos, la Corte Suprema se había

pronunciado en el caso “Guida”⁹ sobre la constitucionalidad del decreto 290/95, considerando que la norma expresaba facultades de emergencia del Poder Ejecutivo y que se había ajustado a los parámetros fijados en otros precedentes de la Corte acerca del alcance de los poderes regulatorios en períodos de emergencia. En aquel caso, al avalar el decreto, la Corte detalló algunos de los requisitos que debían cumplir las normas de emergencia que limitaban o restringían derechos sociales, partiendo de la idea básica de que en circunstancias extraordinarias, cuando está en riesgo la estabilidad institucional del país, el gobierno y el Congreso pueden restringir derechos, entre ellos los sociales, de una manera más enérgica. De tal modo, sostuvo que “la modificación de los márgenes de remuneración, en forma temporaria, motivada por los efectos de una grave crisis internacional de orden financiero, no implicaba en sí mismo una violación del artículo 17 de la Constitución Nacional (el derecho de propiedad). Pero ello siempre que “por razones de interés público, los montos de las remuneraciones de los agentes estatales eran disminuidos para el futuro, sin ocasionar una alteración sustancial del contrato de empleo público en la medida en que la quita no resultaba confiscatoria ni arbitrariamente desproporcionada”. El análisis de la Corte en este caso, partía del cuestionable principio de las facultades de restricción ampliadas en supuestos de emergencia difusamente definidos. El examen de razonabilidad se restringía a la invocación por el gobierno de una situación de crisis, y a una evaluación del alcance de la reducción de los márgenes remuneratorios en términos de proporcionalidad. Pero la Corte en ningún momento analizaba en sí era razonable el argumento del gobierno sobre la necesidad de limitar haberes para paliar los efectos de la crisis financiera que se denunciaba, ni siquiera la existencia eventual de vías de superación de la crisis menos lesivas para el ejercicio de los derechos de los trabajadores del Estado. El análisis de la relación de causalidad entre la crisis y la reducción de haberes era meramente instrumental. Bastaba para el gobierno indicar que la reducción de

⁹ Corte Suprema, “Guida, Liliana c/Poder Ejecutivo Nacional”, 2 de julio de 2002.

haber es era conveniente como medida paliativa de la crisis fiscal por su impacto en la reducción del gasto público. Pero el examen de razonabilidad de las restricciones de derechos fundamentales (debido proceso sustantivo), sobre todo cuando se sostiene en principios del derecho internacional de derechos humanos, obliga al Estado a demostrar, no sólo que la medida es útil o conveniente para el fin buscado, sino que es estrictamente necesaria para su realización. Esto es: que no existe medios alternativos menos lesivos para alcanzarlo. Este aval de las facultades reglamentarias de emergencia para avasallar la garantía de intangibilidad de los haberes remuneratorios, implicaba en sí mismo una convalidación de la visión más general de la época acerca del alcance precario de los derechos sociales y la posibilidad de su sujeción a objetivos conyunturales de las políticas económicas en un contexto de ajuste de las finanzas públicas. Esta visión predominante, entonces, concebía a los derechos sociales como simples expectativas débiles a recibir prestaciones o servicios cuando la situación presupuestaria y la voluntad del gobierno lo decidieran¹⁰.

Ahora bien, es interesante evidenciar que en “Guida”, la Corte al menos procura definir algunos contornos a las facultades de reglamentación de emergencia. Esboza ciertos cauces y ciertas reglas y se atribuye una función de controladora final de las normas excepcionales. Entre esas reglas es importante indicar: la temporalidad de las limitaciones, que signifiquen un remedio y no impliquen la alteración de la sustancia del derecho, en el caso que no alteren la sustancia del contrato de empleo público, y un cierto tope al monto de la quita, al menos a partir de un piso expresado en la idea de que la reducción no puede implicar confiscatoriedad.

En el caso “Tobar”¹¹ decidido por la misma Corte en el complejo escenario posterior a la eclosión de la crisis de 2001, la Corte invalidó el decreto 896/2001 y el artículo 10 la ley 25.453 denominada de “equilibrio fiscal con equidad”, o ley de “déficit cero”. Esta

¹⁰ Sobre la apelación a la teoría de la emergencia como una suerte de estado de excepción para relativizar el alcance de los derechos sociales consagrados en la Constitución, reiterada en la jurisprudencia de la Corte Suprema, puede consultarse González (2007).

¹¹ Corte Suprema, “Tobar, Leónidas c. E. N. Ministerio de Defensa-Contaduría General del Ejército”, ley 25.453 s. Amparo ley 16.986, 22/8/2002.

normativa es quizá la expresión más clara de la concepción instrumental de los derechos sociales y su sujeción a las variaciones y ajustes de las finanzas públicas¹². El decreto del gobierno luego sustituido por una ley del Congreso facultaba la reducción discrecional de los salarios de los empleados públicos y los haberes jubilatorios, en porcentajes que se determinarían en función de las variaciones de los ingresos fiscales y de los créditos presupuestarios. Si bien en una primera decisión se dispuso una reducción de salarios y haberes del 13 por ciento, la norma autorizaba una quita mayor, sin tope alguno, en función del eventual deterioro de las finanzas del gobierno. La Corte, con algunas variaciones en sus votos, entendió que estas normas no alcanzaban siquiera sus flexibles estándares de revisión de facultades reglamentarias de emergencia. No se trataba aquí de valorar el monto de las quitas en cuanto a su proporcionalidad o confiscatoriedad, sino de dimensionar en qué medida el otorgamiento de facultades discrecionales para alterar de manera tan profunda la relación contractual y la prestaciones sociales, implicaba no ya una mera restricción sino directamente la descomposición del derecho. La Corte partió de los estándares fijados en “Guida”, para concluir que el régimen de “déficit cero” no sólo no fijaba plazo de duración, sino que ni siquiera indicaba que era de naturaleza temporal y sujeto a una emergencia determinada. Permitía además una reducción eventual del total de los haberes y jubilaciones pues la medida era la ecuación financiera en pos de evitar el déficit de las cuentas públicas. Esto hacía imposible ponderar si quiera la proporcionalidad de los márgenes de reducción autorizados por el sistema. Esta situación implicaba, según la Corte, no una nueva reducción de salarios públicos como había avalado en el pasado, sino una “indefinición de los márgenes remuneratorios, sujeta a variables totalmente ajenas a la relación de empleo y carentes de previsibilidad para el trabajador, que ve así irremediabilmente perdido uno de

¹² Para un análisis del sistema de déficit cero desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, puede verse “Dictamen sobre la ley de déficit cero”, documento elaborado por el CELS que fue presentado junto con la CTA en numerosos *amicus curiae* en procesos judiciales que cuestionaron las normas reseñadas, en www.cels.org.ar. El sistema de déficit cero se transformó en uno de los factores que aceleró la crisis social y política que desembocó en diciembre de 2001, CELS (2002: 63-64).

los elementos básicos que definen el desempeño laboral”. Así sostuvo el tribunal “es contrario a la Constitución Nacional un régimen normativo que difiere a la discrecionalidad del Poder Ejecutivo la determinación de remuneraciones y haberes previsionales, de naturaleza alimentaria, no como una alternativa de excepción susceptible de control jurisdiccional, sino como una herramienta de política económica, destinada circunstancialmente a la reducción del gasto público y estabilidad de las cuentas fiscales”. Como sostiene uno de los votos concurrentes: “sujetar la retribución del agente a la existencia de recursos fiscales, crea tal y tan grande estado de incertidumbre que desnaturaliza la sustancia misma de la relación de empleo público. A la luz de dicha norma, el actor tiene una única certeza: que deberá seguir trabajando en iguales condiciones a las que regían antes. Lo que no sabe es si cobrará algo por su trabajo y, en ese caso, cuánto será”. La restitución de un mínimo de certeza, aun cuando se avalaran facultades de emergencia para reducir haberes, implicaba un intento tímido de ponerle límites al proceso de desmantelamiento de las garantías constitucionales de los derechos sociales, que el régimen de déficit cero expresaba de manera cristalina. La Corte lo hacía invalidando la norma de un gobierno que había tenido que renunciar anticipadamente ante el estallido de la crisis, y estaba aún lejos de sostener la integridad e intangibilidad de las remuneraciones o de involucrar en el análisis un criterio de no regresividad.

Otro ejemplo de este recorrido se da en relación con las variaciones en el régimen de seguridad social. Las demandas en materia de seguridad social se volvieron masivas en las décadas de los 80 y 90: una parte importante de los reclamos impugnaba la denegatoria del otorgamiento de jubilaciones y pensiones, o demandaba el reajuste de los montos de la jubilación o pensión de acuerdo a los criterios establecidos por la ley. También en este período, la gran mayoría de casos fueron favorables a los demandantes. Dado el volumen de casos, el Congreso creó en 1987 un fuero específico para tratar materias de seguridad social –los casos previsionales tramitaban anteriormente ante la justicia laboral. En 1991 comenzaron los cambios administrativos al sistema: se creó la ANSeS (Administración Nacional de la Seguridad Social), que vino a reemplazar a las cajas e institutos previamente existentes. La jerga administrativa literalmente mutó en los manuales de aplicación del sistema: el jubilado pasó a ser “cliente” y el beneficio jubilato-

rio un “producto”. Todo ello a partir de la neta orientación economicista prevaleciente por entonces.

En 1993, un importante cambio legislativo introdujo un sistema previsional paralelo: los trabajadores tenían la opción de mantenerse en el sistema estatal de reparto o pasar a un sistema de capitalización individual, gestionado por empresas privadas ligadas principalmente al sector bancario y financiero¹³. A partir de esa reforma, el Estado modificó los requisitos y condiciones del sistema de reparto, con el propósito de incentivar el paso de los trabajadores al sistema privado de capitalización individual: entre ellos, la desconexión del monto de las jubilaciones y pensiones del nivel de remuneraciones previo. El Congreso sancionó leyes (como la infaustamente denominada “Ley de Solidaridad Previsional”, de 1995) para crear obstáculos, diferir o impedir los juicios contra el Estado en la materia: por ejemplo, un recurso de apelación ordinaria ante la Corte Suprema contra decisiones de segunda instancia, que permitió al Estado llevar miles de expedientes al conocimiento del máximo tribunal, y la “excepción de falta de recursos” para bloquear el pago de los montos a los que fuera condenado. Estos cambios procesales tenían el propósito de desafiar o demorar los pagos ordenados judicialmente. Todo ello, pese a la aprobación de la reforma constitucional de 1994, que otorgó jerarquía constitucional a instrumentos y tratados internacionales de derechos humanos, y reforzó así la raigambre constitucional de los derechos previsionales.

Tanto las leyes que modificaron el criterio de determinación de los montos de las jubilaciones y pensiones, como los que establecieron obstáculos procedimentales para cobrarlas de acuerdo a lo fijado judicialmente fueron impugnadas constitucionalmente. En algunos de esos casos, tribunales de segunda instancia declararon la inconstitucionalidad de las leyes cuestionadas¹⁴, aunque algunas de estas decisiones fueron, a su turno, revocadas por la

¹³ Ver Alonso (2000), Curtis (2004: 175-205).

¹⁴ Ver Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social, Sala II, “Ciam-pagna, Rodolfo N. c. ANSeS”, 11/4/1997 (inconstitucionalidad de la “excepción de falta de recursos”), “González, Herminia del Carmen c. ANSeS”, 11/2/1998 (inconstitucionalidad del carácter obligatorio de las decisiones de la Corte Suprema en materia de seguridad social para los tribunales inferiores).

Corte Suprema compuesta por los jueces designados por el entonces presidente Menem.

Esta Corte en especial a partir del precedente “Chocobar”, se apartó de la jurisprudencia constitucional sobre seguridad social que había ido construyendo el máximo tribunal desde la década del sesenta¹⁵ e interpretó la Constitución e incluso los Tratados de

¹⁵ La Corte Suprema estableció como principios de interpretación constitucional en materia previsional: la consideración de los fines tuitivos de las normas previsionales, la movilidad, la proporcionalidad y el carácter sustitutivo de las prestaciones con respecto al salario, en razón de su carácter alimentario, el rechazo de interpretaciones restrictivas y, por lo contrario, la preeminencia de la interpretación amplia, a favor de aquellos a quienes las normas previsionales buscan proteger (denominada “principio de favorabilidad”), y el principio *in dubio pro justitia socialis*. Ver, entre muchos otros, Corte Suprema de la Nación, “Magliocca, José Benedicto”, Fallos 234:717 (1956) (el límite a la reducción del monto de jubilaciones o pensiones es la confiscatoriedad); “Casanegra, Alejandro”, Fallos 235:783 (1956) (el derecho jubilatorio se incorpora al patrimonio desde su otorgamiento, prohibición de confiscatoriedad); “Pérez de Da Gracca, Carmen (Viuda) c/frigorífico Anglo”, 24/3/1958 (interpretación favorable a quienes las leyes previsionales pretenden proteger); “García de Thorndike, María Helena”, Fallos 248:115 (1960) (interpretación favorable a quien las leyes previsionales pretenden proteger); “Ponzo, Alfredo Blas G.”, Fallos 255:306 (1963) (proporcionalidad entre haberes de actividad y pasividad); “López Villanueva, Manuel”, Fallos 256:235 (1963); “Orsi, Pacífico Héctor c/Nación”, Fallos 258:14 (1964) (prohibición de confiscatoriedad de modificaciones previsionales posteriores al otorgamiento); “Sturiale, Nicolás s/sucesión”, Fallos 261:47 (1965) (después de dictado y firme el acto administrativo que otorga la jubilación, ésta queda amparada por la garantía del artículo 17 de la Constitución Nacional); “Di Fulvio, Antonio”, 1/12/1965 (proporcionalidad entre haberes de actividad y pasividad); “Barreiro, Eduardo Casimiro”, 31/8/1966; “Cadorini, Roberto Antonio s/jubilación”, 7/10/1966 (interpretación favorable a quienes las leyes previsionales pretenden proteger); “Bonoldi de Viglione, Elvira María s/rec. de servicios”, 25/11/1966; “Florio, Lucio Juan s/jubilación”, 21/12/1966 (prohibición de confiscatoriedad); “Pobes, Juan s/jubilación”, 26/12/1966 (interpretación favorable a quien las leyes previsionales pretenden proteger); “Del Valle, Jorge Felipe”, 29/3/1967 (proporcionalidad entre haberes de actividad y pasividad); “Romagnoli, Marcelo s/pensión solicitada por Margarita Danesi”, 21/4/1967 (interpretación favorable a quien las leyes previsionales pretenden proteger, carácter alimentario de los beneficios jubilatorios); “Pincerolli, Leopoldo s/jubilación”, 25/4/1969; “Tavella, Esther Lucía Ballester Piterson de s/jubilación”, 31/5/1971; “Lavenir, José Santiago s/jubilación”, 11/10/1972 (después de dictado y firme el acto administrativo que otorga la jubilación, ésta queda amparada por la garantía del artículo 17 de la Constitución Nacional); “Telepak, Mateo s/jubilación”, 7/3/1974 (interpretación favorable a quien las leyes previsionales pretenden proteger, carácter alimentario de los beneficios jubilatorios); “Fernández Álvarez, Celestino s/jubilación”, 27/5/1974 (carácter alimentario de los beneficios jubilatorios); “Berçaitz, Miguel Ángel c/Instituto Municipal de Previsión Social s/jubilación” (proporcionalidad

Derechos Humanos incorporados a la Constitución, para condicionar los derechos a la existencia de recursos públicos, avalar medidas regresivas y afirmar un poder más enérgico de restricción de los derechos sociales, el cual se reconocía casi ilimitado en épocas de “emergencia”¹⁶.

La nueva composición de la Corte Suprema, en un nuevo escenario político posterior a la eclosión de la crisis de 2001, revocó

entre haberes de pasividad y actividad, rango constitucional del principio *in dubio pro justitia socialis*), 13/9/1974; “Murúa, Herminio s/jubilación por invalidez”, 30/4/1975 (interpretación favorable a quien las leyes previsionales pretenden proteger, carácter alimentario de los beneficios jubilatorios); “López, María Consuelo s/jubilación”, 6/8/1975 (interpretación favorable a quien las leyes previsionales pretenden proteger, carácter sustitutivo de los beneficios jubilatorios); “Amoros, Mario Argentino s/jubilación”, 2/9/1975 (proporcionalidad entre haberes de pasividad y actividad); “Mazza, Próspero s/jubilación”, 02/10/1975; “Marsden, Oscar Raúl s/jubilación”, 30/10/1975 (interpretación favorable a quien las leyes previsionales pretenden proteger, carácter alimentario de los beneficios jubilatorios); “Helguera de Rivarola, María Teresa s/pensión”, 11/12/1975 (la inamovilidad absoluta de haberes de jubilación y pensión es inconstitucional); “Riveros, Olga Yolanda” 24/2/1976; “Incarnato, Aristides Alejandro s/jubilación”, 31/8/1976; “Verón, Antenor Benedicto”, 15/3/1977 (el mecanismo de movilidad no puede traducirse en un desequilibrio de la razonable proporcionalidad que debe existir entre la situación del trabajador activo y el jubilado, en grado tal que pudiera calificarse de confiscatoria o de injusta desproporción con la consecuente afectación de la naturaleza sustitutiva de la prestación); “Macchiavelli, Carlos Jorge c/Nación Argentina”, 13/96/1978; “Zárate Jades y otros c/Provincia de la Pampa”, 13/8/1981 (el Congreso es competente para decidir el mecanismo de movilidad de las pensiones, pero sujeto al control judicial de razonabilidad); “De Simone, Ricardo Luis”, 23/2/1982; “Farina, Teresa Carmen”, 10/5/1983; “Agüero, Medardo”, 14/6/1983; “Arin Boeri, Nydia Noemí”, 26/7/1983; “Lastra Edith Yolanda s/pensión”, 20/11/1984 (proporcionalidad entre haberes de actividad y pasividad); “Ibáñez, Angel Bernabé s/jubilación”, 10/12/1985 (proporcionalidad entre haberes de actividad y pasividad, carácter sustitutivo de la jubilación); “Rolón Zappa, Víctor Francisco”, 30/9/1986 (reducción desproporcionada de haberes jubilatorios es inconstitucional).

¹⁶ Ver Corte Suprema, “Chocobar, Sixto Celestino c. Caja de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos”, 27/12/1996 (convalida la aplicación de la ley que prohibía el empleo de índices automáticos de ajuste a las jubilaciones y pensiones y cita, paradójicamente, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos); “González, Herminia c. ANSeS”, 21/3/2000 (convalida el carácter obligatorio de las sentencias de la Corte Suprema para tribunales inferiores en materia de seguridad social); “Aguilar López, Eduardo c. INPS - Caja Nacional de Previsión para Trabajadores Autónomos”, 17/3/98; “Heit Rupp, Clementina c. ANSeS” (el Congreso tiene libertad de configuración del sistema de movilidad de las pensiones), 16/9/1999; “Adamini, Juan Carlos c. Poder Ejecutivo Nacional s/amparo”, 14/9/2000.

algunas de las sentencias dictadas por la Corte anterior sobre la base de nuevos fundamentos constitucionales y amplió la interpretación de los derechos previsionales a partir de estándares internacionales de derechos humanos. Dos ejemplos pueden ilustrar esta tendencia.

En el caso “Sánchez”¹⁷ de 2005, la Corte Suprema revirtió el precedente “Chocobar” y sostuvo que la prohibición de actualizar precios de acuerdo con índices inflacionarios no era aplicable al sistema previsional, ordenando al gobierno a reajustar jubilaciones desactualizadas de acuerdo a las variaciones del índice generales de salarios. El voto de la mayoría vuelve a postular el carácter sustitutivo de las jubilaciones y pensiones, y la preeminencia de la interpretación amplia a favor del reclamante en la materia, y subraya las vinculaciones entre la movilidad de las jubilaciones y los derechos a la alimentación, a la vivienda, a la educación y a la salud, o bien el derecho a un nivel de vida adecuado para los trabajadores jubilados.

La Corte Suprema basa su decisión sobre principios constitucionales –el derecho a la movilidad de las jubilaciones y pensiones (interpretada en el sentido de establecer una proporción justa y razonable entre el haber de pasividad y la situación de los activos) y el nuevo principio de igualdad sustantiva del artículo 75, inciso 23, que contiene un mandato al Congreso de adoptar medidas de acción positiva para hacer efectivos los derechos de las personas de edad– y también sobre instrumentos internacionales de derechos humanos: cita la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, subraya la obligación de desarrollo progresivo de los derechos humanos, y afirma que la disponibilidad de recursos no puede ser empleada como argumento para negar o restringir derechos reconocidos. Uno de los votos concurrentes alude además a la sentencia “Cinco pensionistas” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso “Cinco Pensionistas c. Perú”, del 28/2/2003).

El fallo abre una multiplicidad de cuestiones de implementación de las nuevas pautas de movilidad que obligarán a ulteriores precisiones, sea de la propia Corte, sea del fuero especializado en la materia.

¹⁷ Corte Suprema, “Sánchez, María del Carmen c. ANSeS s/reajustes varios”, 17/5/2005, confirmado el 28/7/2005.

En una decisión posterior, del año 2006, en el caso “Badaro”¹⁸, la Corte profundiza el sentido de la garantía constitucional de movilidad de las jubilaciones y el alcance de las obligaciones del Congreso y de la propia justicia en relación con la implementación de esta garantía. Sostiene el tribunal que “el artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional garantiza la movilidad de las jubilaciones dejando librada a la prudencia legislativa la determinación del método. Sin embargo, ha advertido que la reglamentación debe ser razonable y no puede desconocer el derecho de los beneficiarios a una subsistencia decorosa y acorde con la posición que tuvieron durante su vida laboral”. La Corte examina la evolución de los haberes jubilatorios desde el año 2002 en relación con la evolución del costo de vida para concluir que desde 2003 se reflejó un proceso de recuperación de los salarios que no se trasladó a los haberes jubilatorios. Los incrementos brindados por el Poder Ejecutivo en los haberes de bolsillo se destinaron prioritariamente a los segmentos más bajos de la escala, estrechándola, en detrimento de los jubilados con haberes superiores a los mínimos, que vieron reducirse sustancialmente sus créditos en relación con el costo de vida y el salario de los activos. Dice la Corte: “le asiste razón al apelante cuando señala que la política de otorgar incrementos sólo a los haberes más bajos trae como consecuencia el achatamiento de la escala de prestaciones y provoca que quienes contribuyeron al sistema en forma proporcional a sus mayores ingresos se acerquen cada vez más al beneficio mínimo, poniendo en igualdad de condiciones a los que han efectuados aportes diferentes y quitándoles el derecho a cobrar de acuerdo con su esfuerzo contributivo”. Agrega también la Corte: “en consecuencia, la ausencia de aumentos en los haberes del demandante no aparece como el fruto de un sistema válido de movilidad, pues la finalidad de la garantía constitucional en juego es acompañar a las prestaciones en el transcurso del tiempo para reforzarlas a medida que decaiga su valor con relación a los salarios de la actividad. Se sigue de ello que la falta de corrección en una medida que guarde relación con el deterioro sufrido, como acontece en autos, configura un apartamiento del mandato del artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional”. Para

¹⁸ Corte Suprema, “Badaro, Adolfo Valentín c. ANSeS s/reajustes varios”, 8/8/2006.

la Corte, la movilidad de los haberes no es un simple reajuste por inflación, sino una previsión con contenido social referente a la índole sustantiva de la prestación jubilatoria, que obliga a revisar su cuantía en el tiempo en función de alguna fórmula previsible de reajuste. Que la definición de esa fórmula no sólo es facultad sino un deber del Congreso, que viene impuesto no sólo por la garantía de movilidad del artículo 14 *bis* de la Constitución, sino también por los artículos 23 y 75, inciso 19, y que lo obligan a proveer al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social, y a promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce de los derechos sociales.

Se advierte hasta aquí en “Badaro”, varias definiciones relevantes en relación con la garantía constitucional de movilidad que fueron desatendidas o relativizadas en el régimen jubilatorio existente. Entre ellas, la conexión de la jubilación con cierto mínimo nivel de vida, que obliga a relacionar la variación de haberes con la evolución del costo de vida, en especial de los haberes básicos, pero también del resto de la escala. Pero además, su vínculo con los salarios de los trabajadores activos, que obliga a acompañar de alguna manera su evolución mediante fórmulas que debe fijar primordialmente el Congreso. Por último, la necesidad de preservar ciertas reglas de equidad en las escalas en función de los esfuerzos contributivos y más allá de la recomposición de los haberes mínimos.

En los precedentes “Sánchez” y “Badaro”, la Corte no sólo asegura la operatividad de la garantía de movilidad, sino que contribuye a restaurar y recomponer el derecho a la seguridad social, desmantelando los dispositivos jurídicos que permitían condicionar su ejercicio a la mera disponibilidad de recursos presupuestarios del Estado, lo que había transformado el derecho en una mera expectativa sujeta a la discrecionalidad y la posibilidad de recaudación del gobierno. La Corte fija, además, un marco conceptual que permite reorientar una nueva regulación de la seguridad social en el país y a partir precisamente de sus decisiones fuerza a actuar al gobierno y al Congreso en una dirección determinada. En estas decisiones, la Corte da cuenta del nuevo patrón constitucional configurado a partir de la reforma de 1994, articulando principios que derivan del artículo 14 *bis*, de los derechos sociales incorporados a los Tratados de Derechos Humanos de rango constitucional, interpretados a la luz de los estándares definidos por los órganos de protección internacional que aplican estos instrumentos, y por

último el nuevo concepto de igualdad sustantiva y sus correlativos deberes de protección de grupos subordinados. Como veremos, al mismo tiempo, la Corte preserva importantes márgenes de decisión a las instancias políticas para diseñar e implementar las políticas públicas más convenientes en función del escenario económico y social y el manejo de las múltiples variables involucradas y que exceden el conocimiento técnico y el nivel de responsabilidad institucionalidad de los jueces.

3. La restauración judicial de garantías de debido proceso

Como sostuvimos, otro elemento que caracterizó el régimen de “solidaridad previsional”, además de la sujeción de las prestaciones a las cuentas fiscales, fue el debilitamiento de las garantías procesales para alcanzar la protección de los derechos en situaciones de vulneración. En lugar de un sistema de garantías, la norma contiene una batería de obstáculos y trampas procesales, que permitió a las agencias del Estado dilatar los juicios y reclamos, y obligar con frecuencia a replantear las disputas, incluso en transgresión de la garantía de cosa juzgada. El uso de leyes de emergencia que permitían dilatar la ejecución de sentencias contra el Estado y forzaban a reiniciar los reclamos luego de obtenido un fallo judicial. Así como un intrincado mecanismo de excepciones basadas en la ausencia de recursos fiscales, y hasta un recurso de apelación ordinaria ante la Corte contra las decisiones de la Cámara Federal de la Seguridad Social, que se convirtió en una traba rutinaria destinada a dilatar los procesos y el cobro de los créditos ya reconocidos por la justicia. Esta característica del régimen previsional evidencia que la forma habitual de desfigurar y desactivar los derechos sociales es a través del debilitamiento de las garantías de procedimiento (debido proceso adjetivo) que buscan su protección. De allí que una forma de restaurar la efectividad de estos derechos es reconocer, ampliar y reforzar esas garantías de debido proceso y de tutela judicial efectiva.

La Corte abordó la cuestión en el caso “Itzcovich”¹⁹, en el cual declaró que una cláusula de la denominada “Ley de Solidaridad Previsional”, que sujetaba a las decisiones de la Cámara Federal de

¹⁹ Corte Suprema, “Itzcovich, Mabel c. ANSeS s/ reajustes varios”, 29/4/2005.

Seguridad Social, a una nueva apelación ordinaria ante la propia Corte, era inconstitucional. La mayoría del tribunal afirmó que el Estado había empleado irrazonablemente este recurso judicial para demorar pagos de la seguridad social, y que los principios del debido proceso, aplicados en materia de seguridad social, exigen celeridad, certeza y previsibilidad. La Corte examinó que las “estadísticas demuestran que el organismo previsional no ha utilizado en forma apropiada la vía procesal bajo análisis, pues en una significativa mayoría de recursos ordinarios que dedujo, el fallo final confirmó el que había sido impugnado o declaró desierto el remedio por falta de fundamento suficiente, lo cual ha implicado, por el tiempo necesario para tramitación y resolución, una injustificada postergación en el cobro del crédito de carácter alimentario que había sido reconocido en las instancias anteriores”.

En cuanto a las características del procedimiento en materia previsional y su relación con la naturaleza del derecho en cuestión, la Corte sostuvo: “el procedimiento previsional se vincula con personas que, por lo general, han concluido su vida laboral y en la mayoría de los casos, han supeditado su sustento a la efectiva percepción de los haberes que les corresponden por mandato constitucional. El fin protector de las prestaciones comprometidas justifica adoptar el criterio que más convenga a la celeridad del juicio, siempre y cuando las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas con arreglo a las reglas del debido proceso, recaudos que se encuentran asegurados por la existencia de tribunales especializados y la doble instancia”. La Corte no sólo vinculó el derecho a la seguridad social con las garantías de debido proceso a un juzgamiento de un plazo razonable, y evaluó la razonabilidad del plazo de duración del proceso, en función del carácter perentorio del cobro del haber jubilatorio y la edad y situación personal de los beneficiarios. También relacionó la ausencia de celeridad con la frustración del derecho a la protección judicial efectiva consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Así sostuvo que “la solución enunciada (la inconstitucionalidad del artículo que regulaba el recurso ordinario ante la propia Corte) se aviene a la necesidad de simplificar y de poner límites temporales a la decisión final de controversias de índole previsional, respetando los principios que resultan de las convenciones internacionales y que hoy tienen reconocimiento constitucional”. La Corte cita expresamente un caso decidido por la Corte

Interamericana de Derechos Humanos sobre el alcance del deber de los Estados de asegurar recursos sencillos y rápidos para la protección judicial efectiva de los derechos fundamentales reconocidos en la Convención y en el sistema legal interno (el caso “Las Palmeras”, del 12/6/2001) y considera que la demora irrazonable de los procedimientos por la imposición rutinaria de los recursos de apelación, determinaba la pérdida de efectividad del remedio en atención a la naturaleza de los créditos²⁰.

En este punto corresponde señalar que las trabas procesales que impedían hacer efectivos los créditos jubilatorios, aun con sentencias firmes pasadas en autoridad de cosa juzgada, y las que se derivaban del sistema de excepciones dilatorias y apelaciones de la ley de solidaridad previsional, habían motivado una catarata de peticiones contra el Estado argentino ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). En estas peticiones se argumentaba la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana²¹. Al momento en que la Corte dicta su sentencia en el caso “Itizcovich”, el Estado argentino había celebrado con varios peticionarios un acuerdo de solución amistosa ante la CIDH en un caso que tenía ya informe de admisibilidad, en el cual se había comprometido a liquidar los créditos atrasados en diferentes etapas y a enviar al Congreso un proyecto para derogar el recurso de apelación ordinario ante la Corte Suprema. Luego de la decisión del máximo tribunal, el artículo en cuestión resultó derogado²².

Otras disposiciones procesales de la ley de “solidaridad previsional” que se inspiraban en el mismo objetivo dilatorio habían sido previamente invalidadas por los tribunales inferiores, y por la Corte Suprema²³. Recientemente la Corte también se pronunció,

²⁰ Para una revisión actualizada de la jurisprudencia del sistema interamericano en relación con las garantías de debido proceso y tutela judicial efectiva de derechos sociales, puede consultarse CIDH (2007), disponible en www.cidh.org.

²¹ Ver “Amílcar Menéndez, Juan Manuel Caride, y otros”, caso N° 11.670, Argentina, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

²² Poco tiempo después de la sentencia, el Congreso derogó ese recurso ordinario que la Corte declaró inconstitucional (ley 26.025).

²³ Ver, al respecto, el caso de la Corte Suprema “Hussar, Otto c. ANSES s/reajuste por movilidad”, del 10 de octubre de 1996 (Fallos 319:2215), donde la Corte invalidó el efecto de “conversión del procedimiento” que equivalía a negar la exis-

por ejemplo, sobre los mecanismos de revisión judicial de los dictámenes de las juntas médicas en relación con los accidentes de trabajo, habilitando la revisión en tribunales provinciales²⁴. La restitución de garantías procesales revitaliza los derechos y habilita el camino para su defensa en la esfera judicial.

4. La afirmación de derechos en áreas de manejo discrecional del gobierno

Los precedentes reseñados de la Corte contribuyen a restituir el sentido de los derechos sociales laborales y previsionales, que son, en definitiva, los derechos sociales más fuertes y con mayor tradición en nuestro país. La cuestión que continúa siendo compleja y poco estudiada, es el alcance de los demás derechos sociales reconocidos en la Constitución y su implementación en relación con otras áreas de las políticas sociales, como las pensiones no contributivas y los planes de transferencia de ingresos. Algunos avances de relevancia se han observado en relación con el derecho a la salud²⁵, con el derecho al ambiente y con los derechos de

tencia de un recurso de apelación deducido con arreglo en la legislación anterior a la ley de solidaridad previsional obligando al apelante a iniciar un nuevo juicio mediante demanda en la primera instancia a fin de impugnar la misma resolución que tenía apelada en trámite ante la Cámara Nacional de la Seguridad Social en virtud de la ley 23.473. Esta norma procesal implicaba retrogradar el procedimiento e imponía una carga procesal irrazonable al beneficiario afectando además la garantía de preclusión y las garantías de debido proceso. Ver, también, el caso “Barry, María Elena c. ANSES/reajuste por movilidad” (Fallos 319:2151), en el que la Corte ya había invalidado la mencionada retrogradación del procedimiento fijada por la ley 23.463, afirmando que no puede privarse de validez a los actos procesales cumplidos ni dejarse sin efecto lo actuado de conformidad con las leyes en vigor. Estos casos en donde la Corte Suprema de aquel período confirmó las decisiones de invalidez de los tribunales inferiores fueron excepciones en la jurisprudencia reseñada.

²⁴ En el caso “Castillo, Ángel Santos c. Cerámica Alberdi S. A.”, del 7 de septiembre de 2004, la Corte invalidó el recurso de apelación ante la Cámara Nacional de la Seguridad Social contra las decisiones de las juntas médicas locales, habilitando la posibilidad de acudir ante los tribunales provinciales y resguardando la autonomía de las provincias y la regla federal de la Constitución. Esta decisión también tiene un efecto directo en la posibilidad de obtener acceso a la tutela judicial respecto de trabajadores que viven en una Provincia y que en virtud de la ley de Riesgos de Trabajo debían acudir directamente a impugnar los dictámenes médicos ante tribunales federales asentados en la Capital. Para una revisión completa de estas decisiones, ver Bazán (2005).

²⁵ Ver Courtis (2007), Abramovich y Pautassi (2008).

usuarios y consumidores, estos últimos aplicados, por ejemplo, a las relaciones de consumo de servicios públicos domiciliarios, que se vinculan con el derecho a la vivienda y a la vida digna de base constitucional. Pero el terreno más espinoso, donde suelen regir la idea de preservar un campo de discrecionalidad a la acción de gobierno e impedir facultades de exigibilidad de los beneficiarios y poderes de revisión judicial más amplios, es en el de las políticas sociales organizadas por fuera del sistema de seguro social contributivo, que incluye el ámbito de aplicación de programas de transferencia de ingresos a los sectores sociales más pobres.

Es importante señalar que debido a que la mayoría de los derechos sociales se articularon en nuestro sistema legal tomando como eje la figura del trabajador dependiente, el ámbito de la seguridad social no contributiva fue un campo poco regulado, en el cual el margen de discrecionalidad de la administración pública fue mayor. La idea de discrecionalidad administrativa puede ser importante para el desarrollo de líneas de políticas que no queden atadas a marcos rígidos, pero deben respetar componentes mínimos de derechos. No pueden existir zonas grises al margen de la ley, donde la autoridad queda exenta de deberes básicos de responsabilidad y rendición de cuentas. En este terreno, paradójicamente, las prestaciones carecen de estabilidad y definición precisa, los beneficiarios no cuentan con información adecuada y espacios de participación efectiva no suelen respetarse las garantías mínimas de debido proceso y la tutela judicial se encuentra, por lo general, acotada, al considerarse a estas políticas públicas zonas de “acción política no justiciable”, en virtud de la tradición del derecho administrativo clásico, esto es, espacios de plena discrecionalidad administrativa que demandan un amplio margen de “deferencia judicial”²⁶. Incluso en ocasiones los agentes del Estado se consideran relevados de cumplir con el principio básico de igualdad en la distribución de las prestaciones y servicios. El reconocimiento de que el marco de derechos de la Constitución se aplica a todas las áreas del Estado impide la configuración de estos territorios no colonizados, que parecen ir más allá de las fronteras del Estado de derecho. Una vía para atar a este campo de políticas sociales al marco constitucional,

²⁶ Este aspecto se analiza con mayor profundidad en el capítulo VII del presente volumen.

y favorecer sistemas de revisión judicial más duros es ampliar la noción del derecho a la seguridad social, consagrado en la Constitución y en los tratados de derechos humanos incorporados a ella²⁷. La noción amplia de seguridad social como un patrón de la protección social que incluye, pero que trasciende la cobertura restringida a los sectores insertos en el mercado de trabajo, y en el cual se suavizan los vínculos entre contribuciones y beneficios, tiene amplias ventajas en términos institucionales y redistributivos. Ubica adecuadamente a las políticas públicas sociales en un marco institucional de raíz constitucional y contribuye a acotar los márgenes de discrecionalidad administrativa²⁸.

Es importante señalar algunas líneas jurisprudenciales que típicamente comienzan a reubicar las políticas sociales de la esfera no contributiva en un marco de derechos, reconociendo garantías básicas de debido proceso adjetivo y sustantivo.

En relación con las mínimas garantías de procedimiento que deben seguirse en los trámites de otorgamiento y cese de las prestaciones asistenciales, consideramos relevante mencionar el precedente del caso “Lifschitz”²⁹, en el cual la Corte revocó una decisión de la Cámara de la Seguridad Social, que había negado el derecho de un niño con discapacidad física de acceder a un subsidio para asegurar su escolaridad, así como los gastos de transporte entre su domicilio y la escuela. El principal fundamento de la Corte fue que la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales

²⁷ Sobre los derechos previsionales en el derecho internacional de los derechos humanos, ver Courtis (2003: 257-270) y Scheinin (2001: 211-221).

²⁸ Para seguir la discusión sobre el concepto de seguridad social en la reforma constitucional brasileña de 1988, ver Fleury (2007:147-157). Para Fleury, “la inclusión de la previsión social, de la salud y de la asistencia como partes de la seguridad social, introduce la noción de derechos sociales universales como parte de la condición de ciudadanía, siendo que antes estaban restringidos a la población beneficiaria de la previsión. El nuevo patrón constitucional de la política social se caracteriza por la universalidad de la cobertura, el reconocimiento de los derechos sociales, la reafirmación del deber del Estado, la subordinación de las prácticas privadas a la regulación en función de la relevancia pública de las acciones y servicios en estas áreas, una perspectiva publicista de co-gestión gobierno/sociedad, un acuerdo organizacional descentralizado”. Sobre el concepto de seguridad social en relación con la noción de protección social también puede consultarse Pautassi (2003).

²⁹ Corte Suprema de Justicia, “Lifschitz, Graciela B. v. Estado Nacional”, sentencia del 15 de junio de 2004.

había impuesto a los padres del niño solicitantes del subsidio previsto en la ley 22.431 una carga excesiva de prueba a fin de determinar el cumplimiento de los requisitos previstos por la norma, lo que determinaba la falta de razonabilidad de la decisión que denegaba el subsidio.

En este caso, la Cámara Federal de Seguridad Social había revocado la decisión de un Juez de primera instancia que había ordenado que se accediera a la solicitud del subsidio. La Cámara consideró que los padres del niño no habían probado en el expediente administrativo la imposibilidad de la familia de pagar el costo educacional del niño y la imposibilidad de utilizar el transporte. Además consideró que la vía de amparo no era la apropiada para dar este debate en el ámbito de la justicia, ya que en el caso se requería un espacio más amplio para el debate jurídico y la producción y evaluación de la prueba, lo que era propio de un proceso ordinario. El Procurador General consideró que la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales había impuesto a los padres del niño una carga excesivamente rigurosa de prueba, forzándoles a determinar sin duda alguna la incapacidad de costear la prestación que solicitaban al Estado. Para el Procurador, no era razonable ser tan rigurosos con la exigencia indefectible de una prueba negativa, que resulta de muy difícil producción, pues era incuestionable que la atención de una patología (discapacidad) como la que presentaba el niño requiere de numerosos gastos de diversa índole que deben ser soportados por los padres y, que éstos, según lo manifestaron en la demanda, cubrieron, mientras les fue posible, los costos de educación y transporte, llegando a un límite de agotamiento y agobio financiero que les impidió continuar con la atención del menor. El Procurador también rechazó la pretensión de la administración de imponer a los padres del niño la prueba de la falta de cupos para éste en establecimientos escolares públicos. Según el dictamen resultaba mucho más sencillo que fuera el propio Estado el que demostrara en el caso si existía o no cupo en el sistema público escolar y, si se verificaba esa disponibilidad, proceder a cesar la prestación asistencial requerida. El Procurador, por lo demás, rechazó el argumento de la Cámara Federal de la Seguridad Social sobre la falta de idoneidad del amparo para examinar el acto administrativo que había denegado el subsidio, considerando que brindaba un marco de argumentación y prueba suficiente y que la naturaleza de la cuestión aconsejaban una reso-

lución rápida de la justicia que no podía obtenerse por la vía ordinaria. La Corte hizo suyo el dictamen del Procurador en el caso.

También es importante en relación con las garantías mínimas de debido proceso en la esfera de las pensiones asistenciales, el caso “Álvez”³⁰, en el cual la Corte revocó una decisión de la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales que dio de baja una pensión no contributiva a una mujer con discapacidad y sin ingresos laborales o de otra índole, sin haber analizado todos los antecedentes de hecho del caso. La Cámara de la Seguridad Social dejó sin efecto el amparo que había obtenido la interesada, pues consideró que los debates sobre las decisiones que adopta la administración en este campo, no pueden ser planteados por la vía de amparo y que la impugnación judicial del cese de la pensión requería la presentación de un proceso ordinario. La Procuradora determinó que la Cámara violó la garantía de debido proceso en tanto se pronunció sobre la idoneidad del proceso de amparo, que era un tema que no había sido introducido por las partes en sus recursos de apelación, en clara violación del principio de congruencia. La Corte coincidió con este argumento de la procuradora fiscal, y en relación con el tema de fondo, sostuvo que el acto administrativo que dio de baja la pensión no contributiva era irrazonable, pues se basaba exclusivamente en la existencia de constancias de aportes jubilatorios de la beneficiaria, pero sin que existiera una constatación fehaciente por parte de la administración de que la beneficiaria había dejado de cumplir con los requisitos legales para el acceso a la pensión por invalidez.

Las decisiones de la Corte en los casos mencionados “Álvez” y “Lifschitz”³¹ aplican directamente al trámite administrativo relativo al otorgamiento y cese de pensiones asistenciales, las garantías mínimas de debido proceso, y en función de la naturaleza de la prestación en juego imponen a la administración (Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales) la carga de demostrar de manera fehaciente que los solicitantes no reúnen las condiciones para acceder a las prestaciones o que han perdido su condición

³⁰ Corte Suprema, “Álvez, María C. v. Estado Nacional –Poder Ejecutivo– y otros”, sentencia del 30 de mayo de 2006.

³¹ Agradezco a Diego Morales por sus observaciones y comentarios en relación con el sentido de estos dos precedentes de la Corte Suprema.

legal para preservar el beneficio. En tal sentido, la Corte evalúa la prueba que sirvió de base a la decisión administrativa y a partir de allí juzga sobre la razonabilidad de la postura de la agencia. Pero en ambos precedentes, la Corte también envía un mensaje al propio sistema de justicia en cuanto al alcance de la revisión judicial de estos procedimientos, por cuanto revoca decisiones de la Cámara Federal de la Seguridad Social y examina el acto administrativo, a fin de evitar demoras innecesarias a los demandantes contrarias a la naturaleza de las cuestiones en juego, lo que el tribunal de alzada no había hecho argumentando el marco acotado de la acción de amparo. En definitiva, al examinar la razonabilidad de los criterios de prueba usados por la administración en el marco de la acción de amparo, la Corte sugiere una revisión más fuerte que la que propiciaba la Cámara y, por consiguiente, un margen menor de deferencia a la administración, en cuanto a los criterios de carga y evaluación de la prueba de los requisitos legales para el acceso y preservación de los beneficios asistenciales³².

En una decisión reciente, la Corte Suprema acotó el margen de discrecionalidad del Estado para establecer los criterios para la asignación de pensiones no contributivas, endureciendo, en cierta medida, el examen de debido proceso sustantivo de las normas reglamentarias en esta materia.

El tribunal, en el caso “Reyes Aguilera”³³, consideró por mayoría aunque con fundamentos diversos, que algunas presta-

³² Existen, sin embargo, importantes precedentes de la Cámara Federal de la Seguridad Social que reafirman la vigencia de la garantía de debido proceso en los trámites de pensiones asistenciales. Así, por ejemplo, en el caso “Felman, Andrea Gabriela y otros c/Estado Nacional - Secretaría de Desarrollo Social - Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales”, del 25 de junio de 2001, la Sala II de la Cámara sostuvo: “Las facultades de la Comisión de Pensiones Asistenciales de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa para el goce de pensiones no contributivas, no pueden ejercerse con prescindencia del debido proceso adjetivo que salvaguarda el art. 1, inc. f, ley 19.549 (*Ley de procedimientos administrativos*). Así, no sólo carece de validez el acto de suspensión llevado a cabo sin la previa participación de los interesados, sino que deviene irrazonable la pretensión de aquélla de que se mantenga el mismo hasta tanto pueda conocer y evaluar las características de las tareas desarrolladas por los titulares y si éstas implicarán o no la caducidad del mantenimiento del beneficio. Por el contrario, una medida de tal magnitud sólo puede tomarse luego de haber brindado a los afectados la posibilidad de defensa y alegato, y estando los hechos en que se funda ‘fehacientemente probados’”.

³³ Corte Suprema, “Recurso de hecho deducido por Luisa Aguilera Mariaca y Antonio Reyes Barja en representación de Daniela Reyes Aguilera en la causa Reyes Aguilera, Daniela c/Estado Nacional”, 4/9/2007.

ciones sociales no contributivas también están regidas por las obligaciones constitucionales del Estado en materia de seguridad social, en especial cuando esas prestaciones tienden a la protección del derecho a una vida digna de personas con discapacidades físicas. En el caso se discutía si era válido constitucionalmente una norma reglamentaria (decreto 432/97) que exigía a una niña con discapacidad física absoluta, el requisito de veinte años de residencia en el país, para acceder a la pensión por invalidez regulada por el artículo 9 de la ley 13.478. La niña de nacionalidad boliviana, había obtenido su radicación definitiva en el país en el año 2001. Sus padres, patrocinados por el Centro de Estudios Legales (CELS), interpusieron una acción de amparo en la cual alegaron que el requisito de residencia era desproporcionado en función del fin tutelar de la norma, pues implicaba una restricción del derecho a la seguridad social no ajustado a los fines de la ley que instituía el sistema de pensiones por invalidez, y por lo demás, conllevaba una desigualdad de trato en perjuicio de los extranjeros violatoria del artículo 20 de la Constitución Nacional.

La Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social confirmó la decisión del juzgado de primera instancia que había denegado la acción de amparo³⁴. Estos tribunales, y luego ante la Corte la Procuradora Fiscal, encuadraron el régimen de pensiones por invalidez en el régimen de pensiones graciables que otorga el Congreso en función del artículo 75, inciso 20, de la Constitución. Así entendieron, en definitiva, que la Constitución atribuye al Congreso “una facultad sometida a total prudencia y discreción y entonces, los parámetros y requisitos a cumplir para el otorgamiento de la pensión de esas características, es un acto de política legislativa no justiciable”. El dictamen de la Procuradora fiscal es concluyente en este punto al diferenciar sustancialmente las pensiones por invalidez de las pensiones del régimen jubilatorio. Las pensiones por invalidez, según la Procuración Fiscal, son prestaciones de pagos periódicos, que se otorgan gratuitamente, esto es sin contribución previa del beneficiario, y constituyen en consecuencia “beneficios que aprueba el Congreso como *favor o amparo*, a diferencia de la pensión legal que proviene de la vinculación preexis-

³⁴ Para un examen del caso y de los argumentos del juzgado de primera instancia y de la Cámara, puede consultarse Ceriani, Morales y Ricart (2006: 855-861).

tente regida por un estatuto legal en el cual el beneficio se establece en forma estricta y directa con los servicios rendidos y los aportes realizados”. El poder político puede proceder en consecuencia “libremente a disminuirlas o hacerlas cesar, o someterlas a nuevas condiciones, cuando el interés social así lo aconseje, sin que pueda decirse que por ello se hiere un derecho perfecto”. La Procuradora fiscal dictamina sobre la base de precedentes previos de la Corte, pero el punto del que parte su argumentación es la radical diferenciación de un régimen de pensiones contributivas, sujeto a la lógica de los derechos subjetivos y con límites a la discrecionalidad administrativa, y otro régimen de pensiones “gratuitas”, que no se vinculan con aportes previos, y que, por lo tanto, determinan un beneficio caritativo, que no otorga derechos, que puede ser quitado o modificados “libremente” como parte de un espacio de “decisión política no revisable judicialmente”. Incluso el dictamen avanza hasta limitar el concepto de “pensión legal” para la pensión contributiva, lo que resulta difícil de entender, en la medida que la pensión por invalidez, a pesar de no ser contributiva, también tiene base legal, y el legislador ha previsto una serie de requisitos y condiciones para acceder a ella. El dictamen considera que el requisito de residencia no implica un trato discriminatorio, pues partiendo de la base de que su otorgamiento es “una facultad” y no una obligación, y que las pensiones se cubren con fondos del presupuesto del Estado argentino, sin aportes o contraprestaciones de los futuros beneficiarios, el requisito de residencia perseguía un fin atendible, cual era el de preferir a aquellas personas que evidenciaran “un mayor nivel de compromiso con la Nación”. Para el dictamen fiscal, este compromiso con la Argentina es un elemento objetivo que en función de la naturaleza de la prestación, justificaba de manera razonable una diferencia de trato. Más allá del examen que pueda realizarse sobre la solidez de los argumentos para justificar la diferencia de trato y en especial la valoración del supuesto objetivo nacionalista del requisito de residencia, nos interesa marcar aquí, que todo el análisis está definitivamente influido por la calificación previa de la prestación como un beneficio de disposición libre y discrecional del Estado. Esta calificación opaca incluso la finalidad tuitiva del sistema de pensiones y conduce a un examen blando de la norma reglamentaria.

La sentencia de la Corte expresa una variedad de opiniones pero alcanza una mayoría que permite revertir la decisión de los tribunales inferiores. En lo que interesa a nuestro análisis, debe-

mos rescatar el voto de Fayt y Zaffaroni que concluye, en primer término, que la pensión por invalidez no deriva de la facultad del Congreso de dar pensiones graciabiles y no es un “favor”, sino es un derecho que debe encuadrarse en el ámbito de la legislación relativa a la seguridad social, que se rige por el artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional y por las normas de numerosos tratados de derechos humanos incorporados a la Constitución que consagran en sentido amplio un derecho a la seguridad social (artículo 16 de la Declaración Americana de Derechos Humanos, artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 9 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Por lo tanto, la primera derivación de este principio es que el ámbito de discrecionalidad del Estado para fijar su régimen y en particular los requisitos de acceso queda acotado al respeto de ciertos principios mínimos de razonabilidad que pueden ser además revisados judicialmente. El fallo examina en detalle el sistema de pensiones por invalidez y lejos de considerarlo un favor gracioso del Estado, encuentra que se está sujeto a un minucioso sistema de requisitos, controles y cargas para los beneficiarios. El voto señala algunos elementos que contribuyen a la caracterización del sistema en el marco de la seguridad social:

1. Un detallado régimen de requisitos, principalmente el grado de incapacidad y la ausencia de otros ingresos previsionales y carencia de bienes y medios de subsistencia.
2. La determinación de una serie de diligencias de verificación a cargo del órgano de aplicación, que no se limitan al momento del otorgamiento, sino que se proyectan en el tiempo pues se debe verificar que subsisten las circunstancias que justifican la prestación.
3. La posibilidad de suspender y caducar la prestación en determinadas circunstancias ante el cambio de la situación que originó el otorgamiento del beneficio.
4. Una serie de obligaciones en cabeza de los beneficiarios, por ejemplo la de comunicar cambios en las circunstancias que justificaron el acceso a la pensión.

Estos elementos permiten concluir que el fin del régimen es cubrir contingencias sociales absolutamente extremas, que ponen en juego la subsistencia de las personas carentes de recursos o medios de protección. El fallo cita la Observación General Número 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, que considera comprendido en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Cultura-

les (PIDESC), las prestaciones de apoyo de ingresos a las personas con discapacidad, y recomienda incluir este tipo de prestaciones en los regímenes de seguridad social y de mantenimiento de ingresos. El voto concluye que “por mayor que fuera el margen de apreciación que corresponde dispensar al legislador o reglamentador en la presente materia, sumar a los críticos requerimientos del sistema, un lapso de residencia de 20 años, aún cuando ese lapso rigiera también para los argentinos, incluso nativos, implica, puesto que la subsistencia no puede esperar, un liso y llano desconocimiento del derecho a la seguridad social, en los términos de los citados textos internacionales con jerarquía constitucional, en grado tal que compromete el derecho a la vida (...) cuya garantía, mediante acciones positivas, resulta una obligación impostergable de las autoridades públicas”.

Así, en el voto que comentamos, si bien la autoridad política tiene un margen amplio de decisión para fijar requisitos y condiciones de acceso y preservación de las prestaciones no contributivas, como las pensiones por invalidez, esos requisitos deben guardar un criterio de razonabilidad que se define en función de la finalidad tuitiva de la prestación encuadrada en el sistema de seguridad social que ordena organizar la propia Constitución y los tratados de derechos humanos incorporados a ella. En la medida de que se trata de brindar una protección vital a personas sin capacidad de producir ingresos propios, y que no cuentan con otros recursos de subsistencia, el requisito de veinte años de residencia deviene desproporcionado y no ajustado a la finalidad perseguida por el sistema. Un aspecto particular del voto es que si bien el examen de debido proceso se refiere a la eventual vulneración de un derecho de la seguridad social, existe una constante vinculación de este derecho, en el caso, con la afectación del derecho a la vida, en el sentido del acceso a cierta protección social mínima y vital. Esta vinculación entre el tipo de prestaciones en juego en el caso y el derecho a la vida, si bien le da más solidez al argumento de los jueces, también es posible que limite en el futuro el alcance del precedente, pues podría entenderse que el tipo de examen de ponderación que realizan los magistrados, no es aplicable a cualquier supuesto de programas asistenciales que puedan encuadrar bajo la noción de seguridad social de la Constitución, sino únicamente a aquellas prestaciones relativas a la preservación de condiciones mínimas de existencia, una suerte de “mínimo vital”.

El voto de Petrachi y Argibay concluye que la reglamentación es inválida, pero basa el análisis exclusivamente en la diferencia de

trato entre nacionales y extranjeros sin avanzar en una definición de la naturaleza de la prestación, ni el tipo de derecho en juego en el caso. Los magistrados parten del principio de que cualquier diferencia de trato basada en la nacionalidad se presume inconstitucional, implica la apelación a una “categoría sospechosa” y obliga a un “escrutinio estricto” de su razonabilidad, que exige al Estado argumentar y probar que los fines buscados eran sustanciales y no simplemente convenientes, y que los medios empleados para lograr esos fines eran estrictamente necesarios, esto es que efectivamente alcanzan los fines y que lo hacen por el camino menos lesivo para el ejercicio de los derechos afectados. Los jueces concluyen que los argumentos del Estado para justificar el requisito de residencia no lograba superar un test de esta índole. Entre los argumentos que descartan los magistrados señalan que es imposible justificar en restricciones presupuestarias una diferencia de trato entre nacionales y extranjeros en materia de pensiones por invalidez. Más allá de que este voto no se pronuncia sobre el encuadre de las prestaciones en el sistema de seguridad social, pareciera sí presuponer que existen derechos fundamentales en juego al realizar el examen de igualdad de trato bajo el estándar del artículo 20 de la Constitución que se refiere a la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros en el ejercicio de derechos civiles constitucionales. El voto si bien no califica el derecho en juego, parecen al menos considerarlo implícitamente un derecho civil en los términos del artículo 20 de la Constitución Nacional. Para arribar a esta interpretación del voto consideramos especialmente un precedente próximo de esta Corte, en el cual al no advertirse la posible vulneración de derechos civiles, se examinó un problema de igualdad y extranjería, bajo la cláusula general de igualdad de trato del artículo 16 de la Constitución Nacional³⁵.

El voto de Maqueda comparte la definición de Fayt y Zaffaroni acerca de que las pensiones por invalidez no se encuadran en el régimen de pensiones graciables, sino que integran el sistema de seguridad social y, por lo tanto, confieren a sus beneficiarios derechos sociales justiciables de base constitucional. También concluye que el requisito de residencia previsto en el decreto reglamen-

³⁵ Ver mayoría en Corte Suprema, “Gottschau, Evelyn Patricia c. Consejo de la Magistratura de la ciudad de Buenos Aires s/amparo”, del 8 de agosto de 2006.

tario es desproporcionado y, por lo tanto, inconstitucional. Pese a esto, la posición de este juez parece anticipar el reconocimiento de mayores márgenes de discrecionalidad para la autoridad pública en el otorgamiento de beneficios sociales, y en especial en la diferencia de trato que puede establecerse en el ámbito de las prestaciones sociales entre nacionales y extranjeros. En su argumentación, el voto vincula el deber de garantizar igualdad de trato con el carácter progresivo de las obligaciones derivadas de derechos sociales y su relación con la disponibilidad de recursos presupuestarios. Si bien el voto no avanza demasiado en precisiones sobre esta relación ni fija con claridad que tipo de diferencias de trato sería razonable o irrazonable, sí parece indicar que debe observarse una relación o vínculo entre la noción de progresividad, el condicionante de los recursos disponibles, y del deber de no discriminar. En el caso y en el debate de la Corte se vinculan dos problemas, por un lado, el alcance de las restricciones legítimas de derechos sociales, y en especial de las pensiones no contributivas, y por otro lado, las reglas que rigen el examen de diferencias de trato legales entre nacionales y extranjeros. Maqueda plantea que en el examen de la razonabilidad de una diferencia de trato entre nacionales y extranjeros en el acceso a derechos sociales, deben jugar también los argumentos sobre progresividad y limitación de recursos. En ese sentido, el voto de Maqueda discute con algunas conclusiones de Petrachi y Argibay. Por un lado, rechaza la calificación de la diferencia de trato por nacionalidad como “categoría sospechosa” que obligue a un examen estricto de razonabilidad. Por otro lado, le da más peso al argumento estatal de que la limitación presupuestaria puede, en ciertas ocasiones, justificar diferencias de trato por nacionalidad en el campo de las prestaciones sociales. Sin perjuicio de que cualquier examen de razonabilidad requiere una observación circunstanciada, si podemos anticipar una crítica a esta postura más general expresada por el juez Maqueda. La jurisprudencia y la doctrina internacional tiene cierto consenso acerca de que el deber de no discriminar, es una obligación de cumplimiento inmediato, no sujeta al principio de realización progresiva, ni a la disponibilidad de recursos presupuestarios³⁶. Esto significa que aun en el plano de un juicio de

³⁶ Ver, entre otros antecedentes, el Comentario General N° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

razonabilidad simple y no estricto, el Estado no podría argumentar la falta de recursos o la gradualidad de sus compromisos constitucionales, para justificar políticas o normas discriminatorias en el acceso a derechos sociales.

Por último, el voto de Lorenzetti y Highton adhiere al dictamen de la Procuradora Fiscal, considerando, en consecuencia, las prestaciones del régimen de pensiones por invalidez como “un favor” discrecional, que integra una materia política no revisable judicialmente. La solución a la que arriban ambos magistrados les impide ingresar siquiera con mayor profundidad en el análisis de la posible violación del principio de igualdad de trato y el uso de la noción de categoría sospechosa. En la lectura de este voto el examen de razonabilidad y el de igualdad de trato es laxo, o de baja intensidad, lo que resulta acorde con la caracterización de las pensiones como beneficios de disponibilidad discrecional del Estado, que no parecerían involucrar derechos fundamentales.

En cierta medida, como sostuvimos, en el caso “Reyes Aguilera” queda claramente expresado que el grado de intensidad de la revisión judicial está determinado por la caracterización de las prestaciones sociales y los derechos en juego. Así, los votos de Fayt, Zaffaroni y Maqueda consideran que está afectado en un derecho fundamental a la protección de la seguridad social colindante con el derecho a la vida, que se encuadra en el artículo 14 *bis*, 75, inciso 12, de la Constitución, y varias cláusulas de los Tratados de Derechos Humanos de igual rango. El voto de Petrachi y Argibay, si bien no califican el derecho en juego, parecen al menos considerarlo implícitamente un derecho civil en los términos del artículo 20 de la Constitución Nacional, y ante el uso de una categoría sospechosa para diferenciar en el trato acuden a un examen estricto de la norma. El voto de Lorenzetti y Highton en su remisión al dictamen de la procuradora fiscal, no parece considerar que exista un derecho fundamental constitucional potencialmente afectado en el caso, lo que determina una revisión blanda³⁷.

³⁷ En tal sentido puede contrastarse esta posición con el voto de Lorenzetti en el caso “Gottschau”, en el cual se discutía el requisito de nacionalidad en el acceso a cargos públicos en la justicia de la Ciudad de Buenos Aires. Lorenzetti consideró, con la mayoría de la Corte, que el caso encuadraba en la cláusula de igualdad ante la ley en el acceso a cargos públicos del artículo 16 de la Constitución Nacional, y apoyó la tesis de la nacionalidad como categoría sospechosa y el escrutinio

En conclusión consideramos que la posición mayoritaria de la Corte da un paso muy importante al conceptualizar el régimen de pensiones por invalidez como integrante del sistema de seguridad social, y al calificar a los beneficios que organiza este régimen como derechos de la seguridad social. Esto significa que la Corte, no sólo ha considerado que los beneficiarios son titulares de derechos subjetivos y no de meras concesiones caritativas, sino que además ejercen derechos fundamentales de raíz constitucional, que integran el paraguas conceptual del derecho más general de acceder a un sistema de seguridad social regulado por el Estado. Por eso el precedente es valioso al reafirmar la operatividad de los derechos sociales consagrados en la Constitución y los tratados de derechos humanos, en un ámbito de la administración pública que ha sido históricamente impermeable frente a consideraciones jurídicas y mucho menos constitucionales. Este nuevo posicionamiento atribuye una función de control y garantía al juez constitucional, rechazando la existencia de cuestiones de naturaleza “política” que resultarían refractarias a la revisión jurisdiccional. Es indudable que todas las acciones del Estado en el campo social expresan decisiones políticas e implementan políticas públicas, pero de allí no se deriva que este vedada la injerencia del poder judicial cuando se invocan derechos potencialmente afectados. Estas conclusiones de la Corte definen un espacio importante de reconocimiento de derechos más allá del sistema contributivo y anticipan otras discusiones pendientes, por ejemplo, acerca de la naturaleza de las prestaciones organizadas por el Estado en el marco de las políticas de transferencia de ingresos. Es relevante que la Corte haya apelado al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para considerar incluido en las previsiones del artículo 9 del Pacto este tipo de prestaciones por invalidez y discapacidad, incluso cuando se trata de prestaciones no contributivas organizadas como parte de mecanismos de mantenimiento del ingreso. Como vimos la jurisprudencia constitucional que amplía la noción de seguridad social para incluir políticas de pro-

estricto de razonabilidad. Highton votó en el caso con Maqueda, diferenciando la situación del precedente del caso “Hoff”, y aplicando un test de razonabilidad simple. Ver Corte Suprema, “Gottschau, Evelyn Patricia c. Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, del 8 de agosto de 2006.

tección social desvinculadas del empleo y de los sistemas contributivos, tiene un enorme impacto institucional que debería conducir a un replanteo de la lógica y el sentido de estas políticas, y va más allá de la ampliación del control judicial.

Pese a que la acción original interpuesta por la persona afectada, fue planteada como acumulación de un reclamo individual (por Reyes Aguilera) y colectivo (por todas las personas con discapacidad y residencia menor a la exigida), la respuesta judicial desechó el planteo colectivo y sólo avanzó en la tramitación del caso individual. El alcance de la decisión dificulta su trasmisión al ámbito político y un cambio de las reglas invalidadas en el caso. Lo cierto es que la Corte consideró en el voto de Zaffaroni y Fayt que el requisito administrativo de la residencia era inaplicable en el caso por inconstitucional. En el voto de Argibay y Petrachi, que es directamente inconstitucional por la diferencia de trato por nacionalidad, esta decisión parecería cubrir todos los supuestos de aplicación del requisito. El voto de Maqueda que es inconstitucional por requerir veinte años, pero en función de las circunstancias particulares de la demandante, lo que deja abierta la posibilidad de que algún requisito de residencia menor pueda ser válido por este magistrado. Lo cierto es que al menos estas decisiones que con diferente grado se pronuncian sobre la inconstitucionalidad del requisito, deberían motivar una revisión de la norma administrativa, lo que hasta la fecha no ha sucedido. Volveremos sobre este asunto en el punto 6.3.

Otro importante precedente es el caso “Sales”, en el cual se impugnó la validez de la fecha fatal como requisito para el acceso al plan Jefes y Jefas de Hogar, el que, como se recordará, consideraba las prestaciones que brindaba como una derivación de un derecho de inclusión social. En el capítulo tercero de este libro, se examinan los vaivenes para la tramitación de recursos de amparo en los juzgados laborales y de seguridad social, en atención a la falta de certeza en los operadores acerca de la naturaleza de las prestaciones y la competencia especial del fuero de la seguridad social. En el caso “Sales”, los actores impugnaron la razonabilidad del requisito del plazo fatal establecido las normas reglamentarias del decreto 1506 de 2004 que había creado el Plan. Los demandantes sostuvieron que la fijación de un plazo fatal que excluía del alcance del Plan a los beneficiarios que habían presentado su solicitud con posterioridad al vencimiento del plazo, violaba varias normas constitucionales. En principio constituía un abuso de las facultades reglamentarias que transgredía el principio de legalidad,

lo que se agravaba considerando que lo que estaba en juego era precisamente el ejercicio de un derecho social definido por el propio decreto 1506, lo que obligaba a un examen cuidadoso del alcance de las normas de implementación, que no podían alterar la sustancia del derecho reglamentado. Por otro lado, sostenían que la fijación del plazo fatal, iba en contradicción con la prórroga de la emergencia ocupacional a la que se encontraban atadas las prestaciones del Plan, provocando una clara vulneración del principio constitucional de igualdad de trato al diferenciarse sin argumentos sólidos entre situaciones idénticas. El Estado argumentaba que la fijación del plazo era una medida razonable adoptada en el marco de sus facultades discrecionales para definir los alcances de la política social cuestionada, para mantener cerrado el ingreso de nuevos beneficiarios al programa, las limitaciones presupuestarias y posteriores modificaciones del programa Jefes y Jefas que consistían en la transferencia de beneficiarios a nuevos programas como el “Familias” en la órbita del Ministerio de Desarrollo Social. Esto es, consideraba que la fijación del plazo y el cierre del programa a nuevos beneficiarios, estaba justificada por el ejercicio de sus facultades discrecionales de disponer el diseño de la política y fijar prioridades presupuestarias. El tribunal de primera instancia, y luego la Cámara Federal de Seguridad Social, consideraron que en el caso existían derechos sociales de raíz constitucional en juego, y relacionaron el derecho de los beneficiarios del plan, con el derecho a “la protección integral de la familia” del artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional. Es importante señalar en este punto, que esta decisión está en línea con la sentencia de la Corte Suprema en el caso “Reyes Aguilera”, al vincular derechos derivados de planes sociales de transferencia de ingresos, no contributivos, con derecho de seguridad social establecidos en el artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional. Los tribunales luego de considerar que había un derecho constitucional en juego sometieron el requisito del plazo a un examen de debido proceso sustantivo, concluyendo que los argumentos del Estado no eran justificados para proceder a la restricción del ejercicio del derecho. El fallo del tribunal de segunda instancia, entiende que la prórroga de la “emergencia ocupacional” era una decisión que contradecía el cierre del plan para quienes habían presentado la solicitud fuera del plazo, y mostraba la arbitrariedad del requisito. También sostiene que la exclusión de las solicitudes presentadas fuera del plazo implicaba, en la práctica, otorgar trato diferente a personas que presentaban

idénticas necesidades de acceso a protección social, vulnerando así el principio de igualdad de trato del artículo 16 de la Constitución Nacional³⁸. Si bien el demandante pretendía un pronunciamiento de alcance general sobre el plazo que había excluido a miles de personas que cumplían con los demás requisitos y calificaban dentro de los beneficiarios definidos del plan, la justicia rechazó el análisis del caso colectivo, y como en “Reyes Aguilera” se limitó a tener en cuenta la situación del peticionario, considerando que su exclusión del programa era irrazonable y, que por lo tanto, se debía proceder a su reincorporación.

La reseña de los diferentes pronunciamientos judiciales sobre reducción de haberes, movilidad de las jubilaciones y derechos procesales en el ámbito de la seguridad social, así como sobre el rol judicial de revisión de políticas arbitrarias o discriminatorias en relación con las pensiones no contributivas y los planes de transferencia de ingresos, evidencian una modalidad de intervención judicial destinada a restaurar derechos sociales, reconocidos en la Constitución y en los Tratados de Derechos Humanos, y a asegurar su operatividad y su implementación en diferentes áreas de la administración, imponiendo límites jurídicos a la acción del gobierno. Este modelo de intervención judicial a la luz de la reseña brevemente realizada implica un cambio de enfoque y conduce a rechazar las “zonas de no derecho”, ajenas al escrutinio constitucional de los jueces. Como vimos, además, la postura contraria, a favor de la deferencia judicial a la administración pública, es simultánea a un proceso de reformas legislativas y de nuevas políticas focalizadas que cambiaron el modelo de regulación, favoreciendo un marco jurídico de emergencia que desactivó los derechos y las garantías constitucionales.

Pero el cambio de enfoque que expone y anticipa la jurisprudencia de la Corte Suprema, nos conduce a discutir, al menos someramente, algunos riesgos y potencialidades de la intervención judicial. Aun reconociendo que no hay política pública social ajena al control de la justicia, el grado de deferencia judicial al gobierno puede variar ostensiblemente, y el control que ejercen los jueces

³⁸ Ver Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala II, “Sales, Andrés Julio y otro c/Estado Nacional-Ministerio de Trabajo s/amparos y sumarisimos”, del 18 de noviembre de 2005. Para un análisis de este caso y de otros similares vinculados al acceso a prestaciones sociales, puede verse CELS (2008:165-171).

puede efectuarse en procedimientos tramitados burocráticamente o mucho más abiertos y participativos, e incluso el tipo de remedios judiciales que dispongan los tribunales pueden resguardar con variada intensidad la esfera de la decisión política. Despejado el presupuesto de que la justicia tiene un rol institucional que cumplir en relación al control de las políticas, se abre entonces la cuestión más sutil y compleja de definir los márgenes de esa intervención, el tono y la intensidad del control, así como las modalidades que ese control puede asumir. El asunto es particularmente relevante en un escenario como el que describimos, en el que numerosos actores sociales acuden al poder judicial para impugnar decisiones de gobierno, e incluso para forzar cambios en las agendas y obligar a los gobiernos a definir e implementar políticas públicas y nuevas regulaciones. Estas estrategias sociales desafían a un poder judicial que, por lo demás, no suele salirse con frecuencia de sus rutinas.

5. El activismo jurídico y la judicialización de las políticas sociales

La debilidad de las instituciones democráticas de representación y el deterioro de los espacios tradicionales de mediación social y política han contribuido durante el período que reseñamos a trasladar a la esfera judicial conflictos colectivos que eran dirimidos en otros ámbitos o espacios públicos o sociales, lo que en ocasiones ha reeditado la vieja polémica sobre los márgenes de actuación de las instancias judiciales con relación a las instancias políticas. En cierta medida, el reconocimiento de derechos directamente justiciables sean estos civiles y políticos o sociales, acota el espacio de actuación discrecional de los órganos políticos. De allí que una cuestión recurrente es si los tribunales son el ámbito adecuado para asegurar el ejercicio de derechos sociales, y hasta dónde pueden llegar los jueces en el control de las políticas públicas sociales.

Entendemos que de ningún modo esta pregunta puede responderse en abstracto³⁹. Si partimos, como lo hacemos, del supuesto teórico, de que no existen obstáculos de índole normati-

³⁹ Ver Courtis (2006). El autor señala que la pregunta por la legitimidad de la actuación judicial no puede responderse en abstracto, tomando en consideración

va en un Estado social y democrático de derecho para que los derechos sociales sean exigibles judicialmente como los demás derechos (Abramovich y Curtis, 2002), sólo podemos pensar en una respuesta a la cuestión, que se base en datos particulares acerca del contexto social e institucional en que los tribunales serán convocados a intervenir. La evaluación de los efectos posibles de un proceso de judicialización de las políticas dependerá de la ponderación de numerosos factores: el alcance del reconocimiento de estos derechos en la Constitución y en las leyes; la interpretación constitucional de las obligaciones que originan; la capacidad de actores sociales relevantes para actuar en representación de los intereses de grupos discriminados o excluidos; la accesibilidad física, material y cultural de los tribunales; el grado de organización y fortaleza de la sociedad civil y su experiencia y capacidad técnica para hacer uso de las herramientas legales; la mayor predisposición de los tribunales a enfrentar este tipo de cuestiones; los sistemas de procedimientos más abiertos o cerrados, y el tipo de remedios o órdenes que los jueces están habilitados para disponer; los mecanismos de selección de jueces y la independencia e imparcialidad de los tribunales respecto del poder político y de ciertos actores sociales relevantes en estos casos; el grado de desarrollo de los sistemas de seguridad social y las capacidades de respuesta del gobierno, del Congreso, y de las burocracias del Estado a las demandas de prestaciones prometidas en los textos jurídicos; entre otros muchos asuntos.

una o dos variables normativas, como el lugar de los tribunales en una “teoría pura” de la democracia o el origen no electivo de los jueces. La pregunta por la legitimidad requiere información empírica sobre el funcionamiento del sistema político y el conocimiento concreto del contexto histórico en el cual se desempeñan los jueces. En este sentido, el análisis de la legitimidad de la actuación judicial supone la necesaria comparación con el análisis de la legitimidad de la actuación de los demás poderes. Así, sostiene, la importación irreflexiva de la “dificultad contramayoritaria” en América Latina tiene a veces el efecto de legitimar –intencionada o inadvertidamente– normas o prácticas dictadas durante gobiernos autoritarios cuya legitimidad electoral era nula. Algo similar cabe afirmar con respecto a las normas emitidas por muchos niveles de la administración pública, cuyos funcionarios no tienen responsabilidad política ni están investidos de legitimidad electoral. Extender la representatividad del presidente o primer ministro, cabeza de la Administración a todo acto de la administración, por delegación, “derrame” o aquiescencia, implica extender la noción de representación mucho más allá de lo permisible.

De tal modo, la definición en abstracto sobre las bondades o desventajas de la acción judicial en relación con las políticas sociales, sería como preguntarnos en abstracto sobre la conveniencia de un sistema federal o unitario de organización del Estado, o sobre la mayor efectividad de un sistema presidencialista o parlamentario. La respuesta no es solamente normativa, sino que requiere una evaluación de los factores sociales e institucionales existentes, una mirada del escenario en el que se desarrollará la intervención más o menos intensa de los tribunales.

Así, por ejemplo, algunos análisis empíricos⁴⁰ sobre procesos de judicialización de políticas señalan que un rasgo característico de una creciente demanda de intervención judicial es la existencia de bloqueos o “callejones sin salida” en el sistema político, la ausencia de respuestas adecuadas de los órganos políticos, cierta inercia legislativa, por ejemplo, que define la dificultad para canalizar demandas sociales imperiosas hasta volverse refractarios a ellas. Cuando los canales institucionales tradicionales se obturan o se estrechan, las demandas sociales y la acción política de los actores sociales buscan nuevos cauces institucionales y allí aparece entonces un rol para la justicia, como factor que puede en ocasiones destrabar o desbloquear esos conflictos, brindar escenarios de presión o plataformas de información a la opinión pública.

En muchos de los ejemplos que analizamos en este libro, el camino judicial emprendido por organizaciones de la sociedad civil no busca evitar “callejones sin salida” en el espacio político, sino que apunta a compensar la inoperancia de las instancias de fiscalización de las burocracias, y en ocasiones a activar debates sociales que no han sabido nutrir adecuadamente los actores políticos. En tal sentido, parecen vincularse más con problemas de rendición de cuentas y déficit de la gestión pública que con la “cerrazón” del sistema político. Incluso la acción judicial promovida por las organizaciones suele ser parte de una estrategia más amplia tendiente a incidir en la agenda pública y buscar canales de interlocución con el gobierno o actores políticos.

En ocasiones, es posible encontrar diversas formas de articulación entre las instancias judiciales y políticas e, incluso, la búsque-

⁴⁰ Ver Sabel (2004: 117-1016), Dixon (2007: 391-418).

da por los propios litigantes de formas de intervención judicial, que lejos de opacar la actividad política, pueden activar procesos de toma de decisión sobre políticas de Estado, abriendo canales de diálogo entre los poderes, garantizando nuevas vías de participación.

Para alcanzar este efecto virtuoso de la acción judicial se requiere un sistema político con cierta capacidad de reacción, al menos una “capacidad latente” de reacción, que la iniciativa de activismo legal de algunos actores sociales más o menos organizados, y la acción de la justicia, logren incentivar.

Un estudio reciente de Gauri y Brinks⁴¹ discute el presupuesto del “bloqueo político”. La investigación realizada sobre experiencias de litigio de políticas sociales en cinco países del Sur: Brasil, Sudáfrica, India, Nigeria e Indonesia, señala que el requisito del “bloqueo político” no tiene en estos casos de estudio suficiente evidencia empírica. En especial apuntan que no suelen enfrentarse casos de inercia legislativa, y que en muchos de los países examinados los tribunales suelen actuar luego de que se han dictado leyes en los congresos que no son luego implementadas o no resultan plenamente implementadas. Analizan numerosas situaciones donde las intervenciones de las Cortes no tienen vinculación con dificultades o obstáculos políticos en los procesos legislativos, ni debilidades en el engranaje de partidos políticos. Para estos autores, el principal rol que cumplen las cortes en los países examinados es actuar como un “sistema de alarma” (*fire alarm monitoring*) que reduce problemas de rendición de cuentas y asignación de responsabilidades entre agentes públicos y privados; y como una vía para lograr la realización de compromisos incompletos de los poderes políticos ante demandas sociales imperiosas con arraigo en la opinión pública o en actores sociales relevantes. Esta función exitosa de los tribunales presupone una cierta fortaleza del sistema político, de allí que en los casos estudiados los tribunales suelen tomar decisiones cuando encuentran socios relevantes entre los actores políticos, las burocracias o la sociedad civil. En el primer caso, esto es, la función de alerta de problemas en el funcionamiento del Estado, los tribunales cumplen una función de generadores y diseminadores de información que contribuye a responsabilizar en términos jurídicos a ciertos sectores del Estado

⁴¹ Ver Gauri y Brinks (2008).

frente a otros sectores, o a prestadores privados frente a los usuarios o ante el propio Estado. Así, cuando un tribunal interviene en las relaciones entre el Estado y un prestador de servicios, habitualmente procura resolver problemas de inoperancia de las agencias de control, ajustándolas a los marcos legales. Aquí los tribunales funcionan como socios de los gobiernos y los congresos nacionales. También cuando disponen obligaciones a cargo de proveedores privados, pues evitan desequilibrios contractuales y aseguran el cumplimiento de las normas nacionales, por ejemplo, los marcos que regulan los servicios públicos. Cuando los tribunales disponen prestaciones estatales, con frecuencia ajustan la acción de las burocracias locales o de niveles inferiores, con las políticas nacionales, y suelen también actuar como socios de quienes definen las políticas, auxiliándoles en el control de su efectiva ejecución. Pero, en ocasiones, cuando expanden el alcance de programas definidos por las jerarquías superiores del gobierno, confrontan con estas instancias y suelen actuar en alianza con los funcionarios de nivel inferior que enfrentan en el terreno las demandas de los afectados, constreñidos por los límites de esas políticas⁴². En el segundo supuesto de intervención judicial exitosa, que es cuando los tribunales contribuyen a imponer compromisos incompletos de los poderes políticos, los jueces suelen actuar como socios de actores sociales relevantes y contar con el apoyo de la opinión pública, usualmente dejando en evidencia las brechas entre el discurso público del gobierno y la implementación efectiva de ciertas políticas⁴³.

⁴² Así, el estudio señala cómo en Brasil el litigio por acceso a medicamentos hizo visible lugares donde la lista de medicamentos disponibles o reembolsables en los servicios médicos no había sido debidamente actualizada conforme a los avances en el desarrollo de nuevas drogas. Los tribunales monitoreaban en qué medida las agencias del Ejecutivo actualizaban los servicios previstos en la legislación nacional. En Sudáfrica, en casos de asistencia social, las Cortes revisaban en qué medida las agencias provinciales y los funcionarios de rango inferior respondían adecuadamente a los lineamientos de las políticas nacionales. Pero, en sentido contrario, por ejemplo, en Indonesia, la Corte Constitucional se asoció políticamente con los gobiernos locales en contra de la voluntad del gobierno central, al permitirles desarrollar sus propios sistemas de seguridad social.

⁴³ Un ejemplo que brindan Gauri y Brinks (2008) de esta forma de intervención exitosa son los casos sobre acceso a tratamientos de hiv en Sudáfrica. En estos casos que se consideran propios de una situación de bloqueo o callejón sin salida

Esto implica entonces, que en ocasiones un presupuesto del éxito de la intervención judicial es contar con una sociedad civil organizada, capaz de dirigir demandas técnicamente fundadas y apoyar el litigio, la decisión judicial y la implementación posterior de esa decisión en el terreno político y ante la opinión pública⁴⁴. Pero una objeción frecuente al activismo judicial indica paradójicamente que el uso del litigio por los actores sociales suele traer como consecuencia su propia debilidad, la desmovilización social, el abandono de la gimnasia del conflicto político y el desplazamiento de poder y liderazgo a los cuadros más técnicos y profesionales. Incluso algunos autores, como Uprimny⁴⁵, indican que un factor que influye en la judicialización de los conflictos sociales, es precisamente la debilidad de los movimientos sociales, que buscan en una decisión judicial una palanca mágica para trastocar relaciones de poder que no han logrado impactar a través del desarrollo de la organización y el activismo social.

La variedad de experiencias de litigio y activismo legal, incluso las reseñadas en este libro, exponen que el cuadro es también complejo y que así como es difícil vincular de manera directa la

del sistema político, los tribunales, con apoyo de actores sociales relevantes y de la opinión pública, contribuyeron a revertir los argumentos del Estado sobre los tratamientos eran demasiado complejos de brindar, peligrosos para la salud y excesivamente costosos, obligando a prestar tratamientos de acuerdo a compromisos internacionales asumidos por el Estado en materia de salud pública y de acuerdo a desarrollos actualizados del conocimiento científico acerca de la efectividad y beneficios de ciertas drogas, lo que resultaba negado por el gobierno. En la India, la Corte Suprema, en una acción colectiva, obligó a reformular el sistema público de distribución de alimentos a poblaciones indigentes, produciendo suficiente evidencia de las falencias del servicio, que obedecían a problemas de organización y gestión más que a la falta de recursos presupuestarios.

⁴⁴ Gauri y Brinks, sin embargo, discuten que una estructura de apoyo social sea indispensable para impulsar un proceso de judicialización, y ponen como ejemplo la extendida cadena de acciones judiciales iniciadas en Brasil para modificar las prestaciones del sistema de salud pública, que fueron iniciadas por miles de usuarios con abogados particulares. Si bien este tipo de “batallas legales” descentralizadas y descoordinadas son posibles, hay un costo en términos del rol judicial que se reclama y en los efectos menos equitativos de distribución de los beneficios sociales obtenidos a través de este tipo de litigios. Sobre la idea de la estructura social de apoyo como definitorio del éxito del litigio de interés público puede verse Epp (2003).

⁴⁵ Uprimny Yepes (2007: 53-71).

judicialización con la debilidad del sistema político, también resulta difícil establecer relaciones causales rígidas entre la judicialización y la fortaleza o debilidad de la movilización social. En ocasiones, las estrategias judiciales lejos de desorganizar o desmovilizar, actúan como un catalizador que fortalece los lazos de asociación y activa procesos políticos intensos⁴⁶. En los casos analizados en este libro se observa cómo muchas de las organizaciones sociales y sindicales que litigan están dispuestas a establecer vínculos de cooperación y mantener espacios de diálogo y participación con los gobiernos, y al mismo tiempo, suelen combinar las estrategias judiciales con otras estrategias de activismo, como la movilización y las campañas de opinión pública⁴⁷.

Nelson y Dorsey señalan que esta característica parece ser más evidente en las organizaciones de la sociedad civil dedicadas centralmente a la exigibilidad de los derechos sociales. Este tipo de organizaciones suelen entablar relaciones complejas con los gobiernos y las burocracias del Estado y las agencias internacionales, que les permite articular o combinar estrategias de litigio contra el Estado con articulaciones y alianzas con el gobierno para impulsar políticas y marcos regulatorios, incluso acompañando al propio gobierno al enfrentar intereses de grupos o empresas privadas. En tal sentido exponen, entre otros, el ejemplo de la organización *Treatment Action Campaign* (TAC) en Sudáfrica, que litigó numerosas acciones de clase contra el gobierno sudafricano para alcanzar la provisión de drogas para impedir el contagio entre madres e hijos de hiv en clínicas y centros de investigación públicos en todo el país, y logró que la Corte Suprema de Sudáfrica ordenara al gobierno organizar la provisión de las drogas y programas de capacitación a los médicos y funcionarios de los centros encargados de la distribución de los fármacos. Pero al mismo tiempo, TAC se involucró en alianza con el gobierno sudafricano en la política de importación de medicamentos antirretrovirales

⁴⁶ El propio movimiento de derechos humanos en la Argentina es un ejemplo de ello, pues desde la resistencia a la dictadura hizo uso de las estrategias legales, como el hábeas corpus, la denuncia internacional y el cuestionamiento constitucional de las leyes de impunidad, sin resignar sus estrategias de acción política.

⁴⁷ Para una revisión detallada de la literatura social sobre las potencialidades y límites de la incidencia política de la sociedad civil sobre políticas públicas, puede consultarse Leiras (2007: 17-66).

genéricos y acompañó al gobierno como parte en el proceso judicial que inició la Asociación de Productores de Medicamentos (PMA) para impugnar la utilización de los genéricos y defender sus derechos de propiedad intelectual. Los autores señalan que la estrategia de coordinación de TAC y el gobierno sudafricano en este litigio fue exitosa al punto que PMA abandonó la acción judicial tiempo después de que se articulara el consorcio para litigar en su contra⁴⁸.

En el libro se reflejan algunos ejemplos de esta articulación compleja entre sociedad civil y Estado, por ejemplo, en relación con el trabajo de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) en el caso de acceso a vacantes escolares, y del CELS en relación con la reformulación del plan Jefes y Jefas de Hogar. De tal modo la convocatoria a la respuesta judicial en el proceso de control de políticas suele reflejar estrategias de incidencia política de actores sociales que van a determinar, en muchas ocasiones, el tipo y alcance de la intervención judicial, pues tienen la posibilidad de definir la estrategia legal que desarrollarán y suelen acompañar el litigio con otras acciones colectivas en el terreno político, en especial en la prensa y ante la opinión pública⁴⁹. Las acciones judiciales colectivas sostenidas por actores sociales fuertes y coordinados suelen contribuir a brindar a los jueces puntos de apoyo para sus decisiones. Esto no ocurre en los supuestos de múltiples casos individuales presentados por particulares de manera descoordinada, aunque también en estos casos los tribunales suelen apoyarse en otros socios, por ejemplo, en los gobiernos para controlar a las burocracias. Los estudios recientes sobre procesos de

⁴⁸ Nelson y Dorsey (2006). Los activistas por derechos sociales en Sudáfrica combatieron las posiciones heterodoxas del gobierno del presidente Mbeke en relación con la existencia de una pandemia de hiv y litigaron diferentes casos contra el Gobierno para lograr la provisión de medicamentos y la organización de servicios médicos. Pero cuando el Gobierno sudafricano decidió impulsar con Brasil la producción de medicamentos genéricos para el hiv, no dudaron en aliarse al gobierno en los foros internacionales en donde se discutió el tema de la propiedad intelectual de las empresas farmacéuticas y la adecuación a la normas internacionales de libre comercio. Por ejemplo, en el marco de las acciones de EE.UU. contra Sudáfrica y las demandas contra Brasil ante los paneles de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

⁴⁹ Sobre la articulación de estrategias de incidencia legal y política por las organizaciones sociales, puede verse Abregú (2008).

judicialización de políticas sociales en países del Sur reflejan que los tribunales no suelen nadar contra la corriente ni asumir acciones quijotescas. Por lo general, actúan como actores estratégicos y suelen ser reacios a asumir decisiones de alto impacto político. Suelen buscar socios para actuar, ya sea en el sistema político, en las burocracias y en la sociedad civil.

En la mayoría de los casos estudiados, la intervención judicial no aparece como una vía para debilitar el sistema político, sino que por el contrario, parece presuponer un cierto nivel o capacidad de reacción de los actores políticos para lograr efectividad, incluso apunta a resolver problemas de rendición de cuentas o debilidad en la atribución de responsabilidades entre las agencias públicas. Estas conclusiones de estudios recientes ayudan a instalar en otro contexto las discusiones sobre el rol de la justicia.

Un punto destacable es que entre los factores sociales que favorecen la efectividad de la intervención judicial debe atenderse especialmente el grado de maduración o desarrollo de las organizaciones sociales que litigan acciones de interés público, así como su vocación y capacidad de articular acciones colectivas jurídicas y políticas, sus agendas y su relación con los grupos o sectores cuyos intereses representan de manera directa o indirecta. En el plano jurídico, es importante incorporar a la discusión sobre judicialización de políticas públicas, el debate sobre los mecanismos de acceso a la justicia y los espacios de participación en el proceso de las organizaciones sociales. No sólo los problemas de legitimación para demandar, sino sus espacios para argumentar, su participación en audiencias públicas y su rol en las negociaciones con el gobierno y en los mecanismos de seguimiento de las decisiones judiciales⁵⁰.

⁵⁰ En un sentido más amplio, en la medida en que las organizaciones sociales suelen activar la garantía judicial en el control de políticas, e incluso se plantean incidir en la agenda pública y en la formulación de políticas sociales a través de la justicia o por otras vías, es legítimo también abrir la discusión sobre el rol político de la sociedad civil, sus aportes al sistema democrático y los límites de sus intervenciones. También la cuestión de las agendas que vuelcan sobre el sistema de justicia y el problema de la representación de grupos excluidos que no logran acceder a la justicia a través de sus propias representaciones. El estudio de Gauri y Brinks señala que las experiencias de intermediación de organizaciones sociales para litigar en defensa de derechos de grupos excluidos han sido bastante exitosas en alcanzar una equitativa distribución de los beneficios sociales obtenidos. Ver

6. Los diversos ámbitos y alcances de las intervenciones judiciales

Como dijimos, un factor que aconseja desechar los juicios normativos abstractos sobre las bondades o peligros de la revisión jurisdiccional, es que ésta puede asumir matices y alcances muy diversos, que abren un espectro enorme para determinar grados variables de activismo judicial. No sólo puede variar diametralmente la materia o el asunto sobre el cual los jueces pueden decidir, sino también el tipo de órdenes o remedios que pueden disponer para hacer cumplir su decisión y, en especial, el marco de procedimiento en el cual estudian el caso, lo resuelven y le dan seguimiento a esa decisión. De allí que un punto fundamental de cualquier análisis de procesos de judicialización es observar como inciden ciertos marcos institucionales que definen sobre *qué materia* deciden, *qué ordenan* y *cómo deciden* los tribunales en estos asuntos.

6. 1. Creemos posible ordenar el *tipo de materias o asuntos* sobre los que pueden ser convocados a decidir los tribunales respecto de las políticas sociales, en cuatro supuestos: a) decisiones judiciales que invalidan políticas sociales por ser contrarias a estándares jurídicos; b) decisiones judiciales que disponen la implementación de políticas públicas definidas por las instancias políticas y no ejecutadas por las burocracias inferiores o locales; c) decisiones judiciales que obligan a definir políticas públicas o emprender reformas estructurales de los sistemas de protección social, a partir de la aplicación directa de las normas constitucionales; e) decisiones judiciales que reconfiguran aspectos parciales de las políticas públicas o de los sistemas de protección social en curso, obligando a extender el alcance de las prestaciones y servicios a supuestos no contemplados y beneficiarios excluidos; f) decisiones judiciales que ordenan reformular los procedimientos para la elaboración o implementación de las políticas, los espacios de participación o los niveles de información pública disponible sobre ellas.

nota 51. Pero la representación de grupos o colectivos en el marco de litigios judiciales no es diferente a los problemas de conflictos de intereses que tienen otras acciones colectivas que conllevan niveles directos o indirectos de representación. Para una visión más general de estos problemas, puede verse Acuña (2007: 91-220).

a) En el primer tipo de casos, los tribunales son convocados a examinar la adecuación entre las políticas y los estándares jurídicos y se pronuncian invalidando la política o aspectos particulares de una política. Así, no imponen nuevas prestaciones al Estado, al menos de manera directa, sino que limitan o bloquean líneas de acción del gobierno, obligando en ocasiones a una rectificación del rumbo de acción. Los tribunales pueden examinar aspectos particulares o la totalidad de una política bajo ciertos estándares y principios como el de razonabilidad, progresividad, igualdad y no discriminación, contenidos mínimos, entre otros. Se trata de exámenes de debido proceso sustantivo respecto de las normas o las políticas cuestionadas, donde los derechos sociales juegan como límites o “derechos defensivos”⁵¹, más que como directrices para formular acciones positivas. En los casos más extremos, los tribunales han llegado a invalidar políticas sociales medulares para los gobiernos o aspectos relevantes de esas políticas, apelando a estándares constitucionales. En este tipo de decisiones puede impactar de lleno en las estrategias de gobierno, por ejemplo, en la Argentina, Brasil y Colombia los tribunales jugaron un rol en acotar o directamente frenar reformas regresivas en los sistemas de seguridad social. Claro que al hacerlo no impusieron obligaciones nuevas al Estado ni crearon nuevas prestaciones sociales, sino que simplemente fijaron límites basados en la interpretación y aplicación directa de derechos y garantías reconocidos en los textos constitucionales. Es pertinente remarcar que en la Argentina, las decisiones de los tribunales inferiores que invalidaron aspectos particulares de la reforma de la seguridad social e incluso del régimen de accidentes laborales, no fueron en la mayoría de los casos, avaladas por la Corte Suprema. La jurisprudencia constitucional que finalmente invalidó varias de las normas de ese proceso de reforma regresivo que antes reseñamos, fue dictada por una nueva composición de la Corte, y cuando había cambiado el gobierno que impulsó las reformas. Ejemplo de ello con los casos “Badaro” e “Itzcovich” ya reseñados, así como el caso “Aquino”.

⁵¹ Para una exposición de la noción de los derechos fundamentales como “derechos defensivos” y “derechos de prestación” en la doctrina y jurisprudencia constitucional alemana, puede consultarse Arango (2005: 35).

b) Otro tipo de casos que pueden decidir los jueces apunta a lograr la implementación efectiva de políticas públicas definidas por el gobierno y el Congreso. En este tipo de casos, el tribunal simplemente se limita a hacer cumplir compromisos asumidos y no debidamente implementados por trabas burocráticas, complicaciones presupuestarias u otros motivos, y funciona como una cadena de transmisión de información desde la ciudadanía a las instancias superiores del poder político acerca de los déficit de las burocracias públicas. Este tipo de casos es muy común en nuestro país y en varios países de América Latina⁵², ante el déficit en el funcionamiento de la administración pública nacional y local e incluso de los bloqueos y conflictos de comunicación de información entre las diferentes instancias de la administración y entre la administración y los niveles políticos del gobierno. Casos relativos a la implementación del programa médico obligatorio, de la ley de sida o de la legislación sobre salud sexual y reproductiva son ejemplo de este tipo de intervención judicial en la Argentina. El tribunal cumple una función de control de las burocracias e incluso de gobiernos locales reacios a ciertas políticas públicas nacionales. No son, por lo general, casos que impliquen altos niveles de tensión con las instancias del gobierno o del Congreso, aunque no es fácil encontrar casos que sean sólo de implementación, en la medida en que suele haber discusiones acerca de la interpretación y alcance de las políticas públicas ya organizadas. Por ejemplo, es posible que una autoridad discuta si un medicamento es parte o no del programa médico obligatorio. Este tipo de casos estarán en una zona gris entre la implementación y los supuestos de extensión de las prestaciones previstas en el programa, que veremos luego.

c) Un tipo de caso más problemático se presenta cuando los tribunales se apoyan directamente en las normas constitucionales, para derivar de ellas deberes de prestación del Estado que no se

⁵² De acuerdo con un estudio elaborado por la Defensoría del Pueblo de Colombia sobre *La tutela y el derecho a la salud período 2003-2005*, se constató que el 56.4% de las acciones de tutela presentadas en el período estudiado reclamaban un servicio comprendido en el programa médico obligatorio. Esto significa que sólo pretendían acceder a prestaciones ya comprometidas por el sistema de salud colombiano. Informe citado por López Medina: "El nuevo panorama de la salud en Colombia", inédito.

sostienen en una infraestructura de programas o servicios existente ni en leyes del Congreso. Los tribunales deciden la aplicación operativa de los derechos constitucionales y sus garantías ante la ausencia de legislación del Congreso o de políticas dispuestas por el gobierno. La ausencia de medidas puede implicar también, por supuesto, una política y presuponer una decisión deliberada de los órganos políticos, que los tribunales consideran que no se ajusta a los estándares jurídicos. En estos casos, los tribunales declaran la ilegalidad del “estado de cosas” e imponen al Estado la obligación positiva de formular políticas, como brindar una serie de servicios o distribuir ciertos bienes o proceder a determinadas regulaciones de prestadores privados sin que exista una política previa del gobierno para enfrentar esa situación, o una ley del Congreso, que establezca líneas de acción a seguir. A diferencia de los casos de implementación, se trata de la imposición lisa y llana de prestaciones, servicios, incluso sistemas públicos destinados a resolver problemas estructurales o un cambio radical de las regulaciones de determinados campos económicos o sociales, fijados por la justicia, por lo general en casos colectivos, en función de su interpretación de las normas constitucionales que obligan a adoptar políticas y acciones positivas. Si bien como veremos la decisión judicial puede asumir diferentes modelos de órdenes al poder político, este supuesto de intervención es quizá la expresión más extrema de activismo judicial, en especial por la carga de deberes administrativos que conlleva y la injerencia directa en decisiones sobre distribución presupuestaria. Por lo general, los tribunales resultan bastante renuentes a involucrarse en este tipo de casos, y si avanzan lo hacen en supuestos excepcionales y situaciones límite, donde no sólo están en juego el respeto de ciertos contenidos mínimos de derechos sociales, sino también su garantía respecto de sectores sociales excluidos o discriminados. Recientemente la Corte Suprema argentina consideró un reclamo de atención del Estado respecto de un grupo de personas en una situación de exclusión y pobreza extrema. En el caso “Defensor del Pueblo”⁵³ dispuso medidas cautelares ordenando al Estado nacional y a la

⁵³ Corte Suprema, “Defensor del Pueblo c/Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/proceso de conocimiento”, 18/9/2007.

provincia del Chaco el suministro de agua potable y alimentos a las comunidades indígenas tobas que habitan dos departamentos de esta provincia. La Corte dispuso la medida en el marco de una acción de conocimiento promovida contra ambos Estados por el Defensor del Pueblo de la Nación en representación de los derechos colectivos de las comunidades indígenas afectadas por una situación de extrema pobreza. La Corte Constitucional colombiana en la tutela 025 de 2004, dispuso la existencia de un “estado de cosas inconstitucional” por la situación de miles de familias desplazadas por el conflicto armado que no recibían ayuda social ni atención humanitaria del Estado, y le impuso al gobierno la obligación de definir una política pública para la atención del colectivo entero de desplazados.

d) Una variante del supuesto anterior, y que entendemos puede representar por sus características un tipo diferente de intervención judicial son aquellos casos en los que la justicia no obliga a crear un sistema de prestaciones sociales o una nueva política respecto de una cuestión no cubierta por la acción pública, sino que reconfigura o modifica parcialmente aspectos de una política pública o de un sistema de asistencia social en ejecución. Por ejemplo, extiende el alcance de los programas o servicios ya organizados, incorporando a beneficiarios no contemplados o deliberadamente excluidos, o algunas prestaciones no previstas originalmente. Este caso es mucho más frecuente. Gauri y Brinks sostienen en su estudio que este tipo de casos son aquellos en donde los tribunales se sienten más seguros en estudiar y resolver, pues se apoyan en una bien desarrollada estructura de programas y servicios, aunque con ciertas “capacidades latentes” o no empleadas, redefiniendo en su caso el alcance o la extensión de esos sistemas de protección. Señalan como ejemplo de esto, el litigio sobre acceso a medicamentos en Brasil, que cuenta con un sistema de salud pública sólidamente organizado con múltiples prestaciones previstas, donde los jueces fueron fijando ajustes y modificaciones al sistema público. Algo similar podríamos señalar sobre el alcance de las acciones de tutela por derecho a la salud en Colombia, resueltas por la Corte Constitucional, que implican no ejecución del programa médico obligatorio, sino revisiones, ampliaciones y reformulaciones de las prestaciones ya organizadas por el sistema de salud pública colombiano. En Sudáfrica algunas acciones judiciales apuntaron a cuestionar directamente la falta de política

pública de tratamiento de hiv por el gobierno y fueron acompañadas de otras estrategias de incidencia política para alcanzar una definición de programas públicos de atención. Cuando esos programas comenzaron a implementarse, varias organizaciones acudieron a los tribunales para discutir aspectos particulares de esos programas. Por ejemplo, su extensión a las personas privadas de libertad o su alcance territorial o la ausencia de tratamiento para población especialmente afectada, como el caso presentado por TAC, para obligar a distribuir drogas contra el contagio de madres a hijos y activar una política de tratamiento de las mujeres embarazadas o madres recientes portadoras de hiv. En nuestro país, un ejemplo de este tipo de casos sería el mencionado precedente en “Reyes Aguilera”, donde la Corte extendió el alcance del programa de pensiones por invalidez a una persona que a la luz de las normas reglamentarias no calificaba como beneficiaria. También los casos sobre acceso al Plan Jefes y Jefas, como “Sales”, de aquellas personas que habían sido excluidas por la administración por presentarse fuera del plazo previsto en la reglamentación. Puede notarse que aun cuando estos supuestos son menos extremos que la imposición de una política pública de alcance general, el grado de injerencia judicial en la esfera política puede ser mayor en función del mayor alcance de las obligaciones fijadas. Una cosa será una acción individual con una decisión que beneficie a una persona, y otra una acción colectiva que beneficia a un grupo de personas y tiene, por lo tanto, otro impacto presupuestario, así como una serie de decisiones uniformes, de un tribunal o de varios tribunales, que obliga en definitiva a una reformulación sustancial de una política social, de un sistema de protección o de una determinada regulación. Esto nos remite a lo que luego veremos sobre el tipo de orden y el tipo de procedimiento en el que se adoptan las decisiones.

e) Podríamos señalar también por último otro tipo de asuntos sobre la que pueden decidir los jueces en relación con las políticas sociales. Nos referimos a casos en los que los demandantes no atacan el contenido o el alcance de una política social a la luz de estándares jurídicos, sino los procedimientos seguidos para decidir esa política o para implementarla. Inclusive podrían encuadrar en esta clasificación casos en los que se demanda nuevas reglas generales sobre los procedimientos para definir políticas sociales en general, más allá de una política en particular. En estos casos se discute, por ejemplo, el tipo de información pública que se produ-

ce y la disponibilidad y el acceso a ésta información, la oportunidad de consulta y audiencia con la sociedad civil o con grupos afectados en particular, la ausencia o la deficiencia de espacios de diálogo y concertación social previos a la adopción de políticas, o problemas de transparencia y rendición de cuentas en los procesos de implementación de una política o de las políticas sociales en general. Varios casos en nuestro país, relativos a acceso a la información pública sobre planes sociales, o sobre consulta previa de pueblos indígenas en relación con explotaciones de sus territorios culturales, o sobre audiencia pública previa a decisiones en materia de tarifas o marcos regulatorios de servicios públicos, se encuadran en esta categoría. Incluso casos como los reseñados en el capítulo V de este volumen; sobre la intervención judicial para garantizar elecciones limpias en la designación de autoridades barriales o de litigio de las decisiones administrativas sobre encuadre sindical –capítulo VI– se ajustan a esta clasificación, pues apuntan precisamente a definir la representación de los actores sociales que se sentaran en los ámbitos de diálogo y concertación con los gobiernos de políticas sociales, por ejemplo, planes de vivienda o políticas o normas laborales y sindicales.

En conclusión, los tribunales pueden invalidar políticas por contradecir estándares jurídicos (a), pueden ordenar que se implementen de manera efectiva políticas definidas por el gobierno o el congreso, pero que no se han aplicado por inoperancia de las agencias del Estado o por otros déficit públicos (b). También pueden ordenar que se definan políticas (se organicen servicios o se regule) para garantizar derechos constitucionales ante la falta de acción del gobierno y el congreso (c); o imponer ajustes o modificaciones, o reorientaciones en las políticas (servicios o regulaciones) previamente definidos por el gobierno o el congreso y que se encuentren en ejecución (d). Por último los tribunales pueden también obligar a revisar los procedimientos utilizados para elaborar o implementar políticas y hasta incidir en los actores sociales que deben participar en los procesos de decisión y ejecución (e).

Por supuesto que es difícil encontrar en los casos reales tipos puros de esta clasificación y con frecuencia los casos judiciales combinan algunas de estas cuestiones.

6. 2. La tipología de intervención judicial se hace más compleja si sumamos a las materias sobre las que pueden decidir los

jueces, la amplia *variedad de órdenes o remedios* que pueden adoptar. Esta cuestión suele estar acotada por las reglas de procedimiento y en función del tipo de tribunal e incluso del modelo de sistema de justicia constitucional del que se trate. Pero aún en los sistemas jurídicos donde el tipo de remedios está abierto a la creatividad de los jueces sobre todo en asuntos de interés público, suelen incidir sustancialmente las tradiciones y la cultura judicial en el modelo de decisión que se adopta. El tipo de remedio por lo demás varía sustancialmente de acuerdo al tipo de procedimiento en el que se decide, sobre todo si se trata de un caso individual o de un caso colectivo o una acción de clase en el que resulta parte directamente afectada por la decisión un grupo de personas. Someramente podemos enumerar los siguientes tipos de remedios judiciales: 1. Remedios declarativos; 2. Emisión de órdenes detalladas y completas de cumplir con prestaciones y servicios; 3. Emisión de instrucciones generales de definir políticas o cursos de acción al gobierno o al Congreso y un sistema de supervisión; 4. Emisión de instrucciones generales de definir una política y diseño de un procedimiento de diálogo, concertación o intercambio de información para calificar el proceso de elaboración o implementación de esa política.

1) En los remedios “declarativos”, el tribunal se limita a declarar la validez o invalidez de una norma una política en función de su adecuación a estándares jurídicos, pero no dispone medidas concretas para adoptar. En los sistemas basados en la fuerza de los precedentes jurisprudenciales una decisión declarativa de algunos tribunales contribuye a crear reglas de derecho para todo el sistema. En los sistemas de derecho civil el precedente no es formalmente obligatorio, pero las decisiones de los tribunales superiores, por ejemplo de la Corte Suprema, tienen un valor jurídico y político mayor, pues suelen cambiar la orientación de la jurisprudencia de los tribunales inferiores, e incluso obligar a una reacción legislativa o del gobierno para corregir normas o políticas declaradas inconstitucionales. Por ejemplo, en el caso “Itzcovich”, la Corte declaró inconstitucional el recurso de apelación ordinario ante la propia Corte en materia previsional. En ese precedente, si bien la Corte dispuso algunas medidas concretas, fijó una regla sobre la tramitación de recursos pendientes, no ordenó que se activara un proceso de adecuación legislativa ni dispuso órdenes de acción concreta para la administración pública. Formalmente si no hubiera mediado reacción de los órganos políticos, los abogados

de la administración podrían haber seguido deduciendo los recursos previstos legalmente y obligando a la Corte a que declarara en cada caso la inconstitucionalidad. Pero a partir de la declaración de invalidez de la Corte, la administración cambió las instrucciones a sus abogados para que se abstuvieran de deducir el recurso de apelación eximiéndoles del deber de usar todos los recursos previstos en el sistema procesal, y posteriormente el Congreso derogó la norma. Recientemente, la Corte Suprema argentina, en el caso “Aquino”, declaró la inconstitucionalidad del sistema de indemnizaciones tarifadas en materia de accidentes laborales, por impedir acudir opcionalmente a una reparación integral del daño, bajo los parámetros de la ley civil ordinaria. La Corte entendió que el sistema excluyente de reparación tarifada, vulneraba el principio constitucional de reparación integral, e implicaba una discriminación a los trabajadores, en su derecho de acceder a la justicia en busca de una indemnización plena del daño. El tribunal convalidó la acción civil iniciada por un trabajador en un caso particular que estaba examinando, pero no obligó al Congreso a establecer un nuevo mecanismo de reparación, ni efectuó ningún reenvío a los órganos políticos. Pese a ello, la declaración de inconstitucionalidad del sistema de reparaciones de accidentes laborales tuvo por efecto activar un debate político sobre el sistema de riesgos laborales y forzó al gobierno a abrir una discusión integral sobre un nuevo sistema, que contemplara la opción para el trabajador de acudir al sistema civil ordinario, lo que había vedado la ley impugnada. Por lo general, los remedios declarativos corresponden al tipo de casos en los que los tribunales deciden invalidar leyes o políticas, sin disponer prestaciones o cursos de acción al gobierno o al Congreso de manera directa (a). Pero podríamos encontrar casos en los que los tribunales declaren que una situación de hecho prolongada de afectación de derechos vinculada a la omisión del gobierno o del Congreso es inconstitucional (un estado de cosas inconstitucional) sin ordenar ninguna política. La sola declaración de inconstitucionalidad de esta omisión, podría indirectamente motivar a una reacción de los órganos políticos y obligarlos a actuar definiendo políticas para paliar la situación. En ese sentido, no es imposible concebir este tipo de remedios declarativos en casos del tipo (c) o (d). También puede un tribunal disponer remedios declarativos en casos en que se invaliden los procedimientos de formulación de algunas políticas (e), por ejemplo, la

anulación de un ajuste de tarifas por falta de celebración de audiencias públicas con los usuarios.

2) Otro modelo de remedio judicial, quizá el más frecuente, consiste en la emisión de órdenes concretas y precisas. Este tipo de remedio de órdenes concretas es posible en varios de los tipos de casos que clasificamos en función de la materia de la decisión. Pueden operar en los casos de ejecución de políticas públicas (b), pues los jueces se limitan a ordenar cumplir el programa de acción definido por las instancias políticas, de allí que pueden emitir órdenes concretas sobre lo que debe hacerse. También pueden operar en los casos de nueva modificación de políticas (d) como señalamos con el ejemplo de Brasil, o podríamos señalar también en la Argentina en materia de acceso a medicamentos o prestaciones médicas no directamente definidas en el programa médico obligatorio. Incluso potencialmente podría adoptarse este modelo de remedio en los casos en los que se ordena generar una política pública de alcance general (c), pero es sin duda el supuesto más conflictivo, pues de adoptarse este temperamento, los tribunales no sólo impondrían una al gobierno la definición de una política sino que estarían definiendo también esa política en su sentencia. De allí que lo más frecuente es que este tipo de remedios se adopten en los casos del tipo (b) de ejecución y del tipo (d) transformación de políticas, y en especial cuando el alcance del caso es individual y no colectivo. El ejemplo más claro es la orden de brindar una prestación médica, otorgar un subsidio, permitir el acceso a un programa social o abstenerse de hacer determinada cosa, por ejemplo, cobrar un cargo por un servicio público, o proceder al corte de un suministro de servicio público, como el de energía eléctrica o agua.

3) Un tercer tipo de remedio judicial, consiste en el dictado de una orden general dirigida al gobierno o al Congreso, acompañada de un mecanismo de variada intensidad para asegurar el seguimiento de la orden. Un sistema denominado de “comando y control”, en el cual el Poder Judicial luego de examinar la política a la luz de estándares legales y de definir en su caso que esa política no se ajusta a los estándares jurídicos, no se limita a declarar esa contradicción, sino que además ordena al poder político hacer algo. Este tipo de remedios suelen adoptarse en casos colectivos en los cuales los tribunales al imponer al gobierno un curso de acción positivo, advierten claramente que están entrando en la esfera compleja de las políticas públicas, con sus implicaciones en térmi-

nos de costos políticos, afectación de intereses múltiples, y definición de prioridades en la disposición de recursos públicos. Por lo general, los tribunales adoptan un remedio de instrucción general con supervisión en cuando examinan casos del tipo c) o d). Al mismo tiempo, advierten por el alcance del litigio, que la definición de cursos de acción más concretos, a la manera del remedio anterior (2) requiere siempre de conocimientos técnicos y de información, que es propia de la actividad legislativa o de gobierno, y no de la función judicial. A diferencia del remedio meramente declarativo, en este modelo de decisión, los jueces ordenan un curso de acción a través de una instrucción general, que define una orientación o un marco para que el poder político proceda a la definición o reformulación de una política, de un servicio de un marco regulatorio. A veces las sentencias avanzan hasta indicar algunos elementos mínimos que esa política deberá contemplar, o incluso fijan algunos objetivos y hasta metas para medir el cumplimiento en el tiempo de esos objetivos. Incluso pueden llegar a determinar ciertos indicadores en función de los cuales anticipan al poder político que evaluarán la política que se debe definir o corregir. Este tipo de remedio, reenvía a la esfera política la definición final de la línea concreta de intervención pública para resolver el conflicto de manera ajustada a los estándares jurídicos, resguardando un campo de acción importante para el gobierno y el Congreso y, al mismo tiempo, resguardando el espacio del propio poder judicial que se reserva la facultad de supervisar el cumplimiento de la instrucción.

Un remedio de este tipo estableció la Corte Suprema en el caso “Badaro”⁵⁴, en el cual como analizamos declaró la inconstitucionalidad de un sistema de ajuste de las jubilaciones por considerarlo contrario al derecho constitucional a la movilidad de los haberes previsionales. En su decisión, la Corte fijó un marco orientador para determinar qué tipo de sistema de movilidad podría ser considerado adecuado a la luz del precepto constitucional. Así, por ejemplo, sostuvo que la movilidad no es un mero ajuste por inflación sino que debe guardar una proporción razonable con los ingresos de los trabajadores activos, por ser la jubilación una pres-

⁵⁴ Corte Suprema, “Badaro, Adolfo Valentín c/ANSES s/reajustes varios”, sentencia del 8 de agosto de 2006.

tación sustitutiva de los salarios. Sin embargo, el tribunal consideró que no le correspondía definir el sistema de ajuste determinado, ya que esta definición correspondía preferentemente al Congreso de la Nación. El argumento de la Corte no está vinculado sólo con la asignación de esa competencia al órgano legislativo, sino que valora también los múltiples intereses en juego que deben ser contemplados y ponderados en la definición de un mecanismo apropiado de ajuste, su complejidad técnica y su impacto presupuestario⁵⁵. La Corte decidió entonces comunicar la sentencia al gobierno y al congreso a fin de que en un plazo razonable adopten las medidas correspondientes para ajustar el sistema de movilidad al mandato constitucional, conforme los estándares fijados en la decisión. La Corte advirtió que el reenvío a los órganos políticos del asunto, no le impedirá en el futuro examinar a su vez la adecuación constitucional del sistema que en definitiva se adopte. Si bien en “Badaro” estamos ante un caso individual, se trata de una acción representativa de una serie de demandas que cuestionaban el mismo retraso en la movilidad de los haberes jubilatorios. Al decidir el caso individual, la Corte Suprema es consciente del efecto colectivo de su decisión, y de que está creando una suerte de mora institucional que presiona al Congreso a reaccionar a través de la adopción de un nuevo sistema de movilidad, esto es, de una nueva regulación. Recientemente el Congreso Nacional a propuesta del Ejecutivo, adoptó una ley que fija un nuevo sistema de movilidad de las jubilaciones a través de un índice periódico. Es posible que en futuro la Corte sea convocada a examinar si esa respuesta legislativa se ajusta a los parámetros constitucionales fijados en la sentencia de “Badaro”. En este caso, la Corte no fijó un mecanismo concreto de seguimiento del cumplimiento de su instrucción al Poder Legislativo.

En el caso “Defensor del Pueblo”⁵⁶ ya mencionado, la Corte dispuso que se presentara un plan para el suministro de agua pota-

⁵⁵ La Corte establece: “Que ello no implica que resulte apropiado que el tribunal fije sin más la movilidad que cabe reconocer en la causa, pues la trascendencia de esa resolución y las actuales condiciones económicas requieren de una evaluación cuidadosa y medidas de alcance general y armónicas, debido a la complejidad de la gestión del gasto público y las múltiples necesidades que está destinado a satisfacer”.

⁵⁶ Corte Suprema, “Defensor del Pueblo c/Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/proceso de conocimiento”, 18/9/2007.

ble y alimentos a las comunidades indígenas tobas, en la provincia del Chaco. En el marco de la medida cautelar, la Corte Suprema pidió información sobre los censos y registros de población para definir el colectivo afectado, así como sobre los programas de salud, alimentarios y de asistencia sanitaria, de provisión de agua potable, fumigación y desinfección, y los servicios de educación y habitacionales. Citó a la parte demandante y a ambos gobiernos a una audiencia pública en la sede del tribunal.

Este precedente, si bien adoptado en el marco procesal acotado de una medida cautelar, en la cual la Corte no anticipa opinión sobre la posible vulneración de derechos sociales individuales y colectivos, evidencia un grado avanzado de activismo del tribunal a partir de su nueva composición. Incluso en el remedio escogido, que consiste en la comparecencia de los gobiernos federal y provincial a una audiencia oral y pública, con la obligación previa de responder a un pedido concreto de información indispensable para evaluar la pertinencia de las políticas implementadas. En la audiencia, los jueces del máximo tribunal efectúan preguntas sobre aspectos generales y específicos de la implementación de las políticas sociales destinadas a la población afectada y requieren en su caso acciones y planes particulares. Es indudable que la gravedad y urgencia de la situación y la precaria condición de las comunidades indígenas resultaron decisivas para que la Corte avanzara en el asunto, involucrando al Estado federal en materias que resultan, en principio, sujetas al ámbito de las políticas públicas provinciales.

Este tipo de casos colectivos con remedios abiertos o sistemas de reenvío al poder político, no implica resignar facultades judiciales, pues los jueces se reservan el control y la supervisión del cumplimiento e instalan un tema en la agenda de los decisores. Pero otorgan a la política democrática un espacio mayor para elegir las soluciones ponderando el impacto de esas decisiones sobre todo el sistema y considerando la complejidad de intereses múltiples que se ponen en juego. De modo que, lejos del tradicional silogismo judicial, los tribunales difieren parte de la decisión a la esfera política activando un diálogo institucional cuyo éxito dependerá de la capacidad de seguimiento del tribunal pero también de la capacidad de gestión y de decisión política de las demás áreas del Estado.

Es importante señalar en este punto, que no se trata de un diálogo entre jueces y políticos, sino que hay terceros actores que juegan en esa relación un rol de enorme importancia, que son las

organizaciones que representan a las personas afectadas por el conflicto. La inclusión de estos actores sociales en las etapas de ejecución de este modelo de remedios no siempre surge de las posibilidades procesales del caso. Por ejemplo, en “Badaro” se trataba de una acción individual que si bien era parte de una serie de litigios de intereses individuales homogéneos, no tenía detrás una red de actores sociales más o menos organizados para participar dentro del caso en el seguimiento de la instrucción. Sin embargo, es indudable que la decisión del caso activó a otros actores sociales que si bien no participaron del litigio judicial, se apoyaron en él para desarrollar estrategias de movilización y presión sobre el Congreso y el gobierno en la discusión de los proyectos de reforma al sistema de movilidad de las jubilaciones. Entre ellos, organizaciones de jubilados y, fundamentalmente, sindicatos y cámaras empresarias.

4) El modelo más novedoso de remedio judicial consiste en agregar a la instrucción general al poder político sobre un curso general de acción positiva, el diseño de un mecanismo de diálogo y concertación para definir de manera participativa la acción que reparará los derechos afectados en el caso. En ocasiones, la multiplicidad de intereses en juego en la resolución del conflicto y la complejidad de las cuestiones examinadas en un caso colectivo que refiere problemas de índole estructural, aconsejan no sólo un margen de deferencia mayor a las instancias políticas, sino la habilitación de determinados mecanismos de diálogo o concertación social que aseguran que ciertas voces e intereses estarán representados al momento de definirse las acciones y políticas destinadas a cumplir la instrucción general fijada por el tribunal. Este modelo de remedio judicial es propio del denominado litigio de reforma estructural, y procura asegurar no sólo un margen prudente de actuación de la instancia judicial frente a las competencias propias de las instancias políticas, sino también la participación ciudadana a fin de dotar de mayor legitimidad social a las decisiones que se adoptan en el marco, de por sí acotado, del proceso⁵⁷. La justi-

⁵⁷ En el caso “Verbitsky”, la Corte Suprema, además de fijar un marco general para la formulación de políticas públicas para superar la situación de superpoblación carcelaria y abuso de la prisión preventiva en las cárceles por la Provincia de Buenos Aires, determina un procedimiento participativo para la elaboración de

cia no sólo obliga a la elaboración de políticas, sino que procura calificar el proceso de formulación de esas políticas, a través del diseño de un espacio participativo de concertación, confiriendo un rol a los actores sociales relevantes para la decisión que se adopte. En tal sentido, es posible establecer una cierta vinculación entre estos escenarios de concertación en la esfera judicial y los tradicionales espacios de negociación colectiva diseñados para alcanzar equilibrios en las relaciones laborales individuales y colectivas entre los intereses de los trabajadores y los empresarios, y el modelo de consejos económicos y sociales con participación de representantes del sector empresario, sindical y el gobierno para sugerir estrategias de políticas generales y sectoriales.

Un ejemplo cercano que permite observar las amplias posibilidades de este tipo de mecanismos de control judicial en casos colectivos, es el proceso de ejecución de la sentencia de la Corte Constitucional Colombiana 025 de 2004, que declara un estado de cosas inconstitucional por la falta de protección de derechos de la población desplazada a consecuencia de la violencia y el conflicto armado interno en ese país. En este caso, se abre una instancia de supervisión de la sentencia que implica convertir a la Corte en un espacio de intercambio de información y de discusión sobre el desarrollo de políticas de gobierno, incluso por la vía de la creación de mesas de concertación formales y espacios de monitoreo de las políticas que se implementan desde el gobierno nacional y los gobiernos locales. En este proceso de seguimiento, la Corte habilita la intervención de organizaciones de la sociedad civil y de organizaciones que representan de manera directa a la población afectada, así como a diversas instancias estatales de protección de derechos independientes del gobierno, como la Procuración General y la Defensoría del Pueblo. Incluso se ordena la producción de informes técnicos a Universidades y peritos. Recientemente la Corte abrió un proceso de discusión para la determinación de un

esas políticas, habilitando a ciertos actores sociales, como la organización demandante y las organizaciones que se habían presentado como *amicus curiae*, a dialogar con las agencias del Estado a fin de arribar a una solución consensuada del problema. Ver CSJN, caso "Verbitsky, Horacio s/Hábeas Corpus", 3 de mayo de 2005. Ver Courtis (2005), Filippini (2005). Sobre esta forma de remedio judicial propio del denominado litigio experimental, puede consultarse Bergallo (2005).

sistema de indicadores de resultado para que pudiera ser usado como herramienta en la misma Corte, en los organismos públicos involucrados en el seguimiento y en el propio gobierno, a fin de evaluar el impacto de las políticas sobre el goce efectivo de los derechos de la población afectada, de modo de poder determinar con parámetros más claros y objetivos los avances, retrocesos y estancamientos en la situación de “estado de cosas inconstitucional” que motivó en 2004 el dictado de la sentencia de tutela. Tampoco en este tema la Corte colombiana define por su autoridad el sistema de indicadores. Sino que abre en 2006 un proceso de discusión técnica que incluye reuniones de trabajo y audiencias públicas en las que se invita a expertos y a agencias internacionales como Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), a brindar informes y recomendaciones y se le pide al gobierno que ofrezca un sistema de indicadores en base a ciertos parámetros y sobre algunos temas prioritarios. Así en el auto 109 de 2007⁵⁸ la Corte Constitucional finalmente decide avalar y adoptar algunos de los indicadores propuestos por el gobierno, sobre situación de derechos sociales y civiles de la población desplazada, ordena rectificar otros y desecha algunos. En tal sentido, considerando el carácter estructural del litigio y la complejidad de temas y áreas de gobierno involucradas, se observa como el tribunal debe desarrollar una estrategia creativa de supervisión, escogiendo socios en actores sociales, centros académicos y organismos públicos de control, así como en las propias agencias del gobierno, que le permita ya no incidir en la formulación de políticas, sino también en su evaluación permanente, y su eventual adecuación, hasta definir un punto de realización de objetivos y metas que indiquen una superación de la situación original, y marquen, por lo tanto, el fin de su intervención⁵⁹.

⁵⁸ Corte Constitucional, Auto 109 del 4 de mayo de 2007 de la Sala Segunda de Revisión.

⁵⁹ En cierto sentido, la conformación de estos espacios judiciales de monitoreo y seguimiento de políticas relativas a un litigio estructural, guardan un importante parentesco con los mecanismos de seguimiento de recomendaciones, de medidas de protección y de acuerdos conciliatorios que realiza la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y más recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la CIDH se crean espacios más formales como audiencias, pero también menos formales como reuniones de trabajo, con la parti-

No es fácil encontrar antecedentes del uso de este modelo de remedio judicial en la justicia argentina en casos relacionados con derechos sociales. Aun cuando no llega a constituir una mesa de concertación de políticas, es posible que el mecanismo establecido por la Corte Suprema en el caso “Mendoza”⁶⁰ esté inspirado en esta concepción sobre el rol que en determinados casos complejos puede jugar la instancia judicial. En este caso ambiental por la contaminación de la cuenca Matanza-Riachuelo, la Corte innovó con algunos importantes desarrollos en cuanto al procedimiento de ejecución. Estableció deberes de información a diversas empresas que operan en la costa del río y a los gobiernos nacional, provincial y de la Ciudad de Buenos Aires, con competencia ambiental concurrente en el problema. También en este caso la Corte les impuso a los gobiernos el desarrollo de un “plan integrado basado en el principio de progresividad” a fin de cumplir con la obligación constitucional definida en la sentencia de proteger el ambiente. La Corte además fijó un procedimiento de audiencias públicas con participación de los demandantes, el Defensor del Pueblo y otras organizaciones de la sociedad civil admitidas como terceros interesados, para provocar una discusión participativa de las propues-

—
 cipación de los peticionarios y representantes de los Estados, a los que acuden además de las Cancillerías, las agencias encargadas de implementar a nivel doméstico las decisiones. La CIDH juega un rol de promotora del intercambio y la negociación, y activa la discusión y la búsqueda de soluciones entre las partes involucradas, fija cronogramas de reuniones y en ocasiones marca plazos para el cumplimiento de los compromisos fijados en las reuniones, y establece deberes de información sobre aspectos del problema considerado, y sobre los avances de las políticas y cursos de acción implementados. El parecido es mayor en algunos casos de afectación de derechos de grupos o colectivos, como reclamos de propiedad o protección de territorios indígenas o de comunidades negras. Las reuniones en la sede de la CIDH se apoyan, además, en reuniones formales que se realizan en los países entre las mismas partes, sobre las cuales van manteniendo informada a la CIDH. De allí que el modelo de supervisión en cierta medida funciona con un amplio espacio de autonomía para las partes, pero bajo una supervisión a distancia de un órgano con poder de decisión y que conserva la facultad de desarmar la mesa de negociación si no observa avances concretos en el cumplimiento de sus recomendaciones o directivas. Se trata así de una mesa tutelada donde las partes asumen compromisos en la medida que estiman más conveniente el proceso que el costo de volver a la vía contenciosa.

⁶⁰ CSJN, “Mendoza, Beatriz y otros c/Estado Nacional y otros. 20/6/2006”. Ver *La Ley* del 11 de julio de 2006, con comentarios de Daniel Sabsay.

tas gubernamentales, abriendo así un mecanismo de supervisión y seguimiento sumamente novedoso.

Los antecedentes del caso son los siguientes⁶¹. Diecisiete personas que residen en la cuenca, iniciaron en julio del año 2004 una demanda que reclamaba daños y perjuicios colectivos contra el Estado nacional, la provincia de Buenos Aires, el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en tanto la cuenca se extiende sobre sus territorios, y contra cuarenta y cuatro empresas que indicaban como contaminadoras. Solicitaron, además, que las autoridades públicas demandadas implementaran políticas dirigidas a solucionar la crisis ambiental en la zona, y que detengan y recompongan el daño ambiental existente. La acción fue presentada directamente ante la Corte Suprema, considerando que ésta debía intervenir de manera originaria.

En su primer pronunciamiento sobre este caso, en junio de 2006, la Corte resolvió que los daños y perjuicios de las personas que iniciaron la demanda debían ser analizados caso por caso por tribunales de instancias inferiores⁶², sin embargo, consideró que si tenía competencia para analizar el daño ambiental colectivo producido en la cuenca. Señaló que el medio ambiente sano es un bien colectivo, de uso común e indivisible y que su tutela no depende de los pedidos que efectúan las partes, sino que está prevista en la ley 25.675 de Política Nacional Ambiental.

En consecuencia, en dicha oportunidad solicitó a todas las autoridades demandadas (nación, ciudad, provincia de Buenos Aires, que presentaran un plan de saneamiento integral y progresivo para la cuenca, que contemple la participación social en las decisiones fundamentales del desarrollo sustentable, un ordenamiento ambiental de territorio, el control sobre las actividades antrópicas, el estudio sobre el impacto ambiental de las empresas demandadas, un programa de educación ambiental y un programa de información ambiental. Asimismo, solicitó a las empresas demandadas información sobre los desechos y residuos de toda

⁶¹ En la descripción de los antecedentes del caso y el análisis de la decisión de la Corte se sigue un estudio realizado por Diego Morales y Carolina Fairstein.

⁶² Ello, en tanto la determinación precisa de los daños debía realizarse de manera individual, cfr. CSJN, causa “Mendoza”, citada, resolución del 20 de junio de 2006.

naturaleza que arrojan al río; si cuentan con sistemas de tratamiento de dichos residuos y si tienen seguros contratados en los términos del artículo 22 de la ley 25.675⁶³.

En agosto del año 2006, la Corte aceptó la participación como terceros interesados en el proceso del Defensor del Pueblo⁶⁴ y de las organizaciones Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), Fundación Greenpeace Argentina, CELS y Asociación Vecinos de la Boca⁶⁵. Estos actores solicitaron que se adoptaran las medidas necesarias para el inmediato cese de la actividad contaminante y la recomposición del daño ambiental colectivo existente el área de la Cuenca. Por supuesto, la participación de estas organizaciones en el proceso se fundó en los antecedentes de trabajo y colaboración de manera conjunta y por separado en la problemática de la cuenca⁶⁶.

⁶³ El artículo 22 de la Ley Nacional Ambiental 25.675 señala: “Toda persona física o jurídica, pública o privada, que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos, deberá contratar un seguro de cobertura con entidad suficiente para garantizar el financiamiento de la recomposición del daño que en su tipo pudiere producir; asimismo, según el caso y las posibilidades, podrá integrar un fondo de restauración ambiental que posibilite la instrumentación de acciones de reparación”.

⁶⁴ CSJN, causa “Mendoza”, citada, resolución del 24 de agosto de 2006.

⁶⁵ CSJN, causa “Mendoza”, citada, resolución del 30 de agosto de 2006. Posteriormente, con fecha 20 de marzo de 2007, la Corte aceptó también la participación de la Asociación Ciudadana por los Derechos Humanos como terceros interesados en el proceso (CSJN, causa “Mendoza”, citada, resolución del 20 de marzo de 2007). En esa resolución, la Corte consideró definitivamente integrado el frente activo de demandantes y terceros interesados, y clausuró allí la posibilidad de incorporar otros actores en tal condición.

⁶⁶ Conviene aquí destacar, como ejemplo de este trabajo, el informe “Matanza Riachuelo, La Cuenca en Crisis”, citado, que ha sido producto del trabajo en forma conjunta entre la Defensoría del Pueblo de la Nación, la Defensoría del Pueblo de la Ciudad y las siguientes organizaciones: CELS, Greenpeace, Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), Asociación Vecinos de La Boca, Universidad Tecnológica Nacional, Poder Ciudadano, Asociación Popular La Matanza, Fundación Ciudad, Universidad de La Matanza y Fundación Metropolitana. Este documento no sólo daban cuenta de la grave situación ambiental y sanitaria de la cuenca sino que elaboraba un diagnóstico de las debilidades institucionales que habían contribuido a tal estado de cosas y efectuaba recomendaciones muy concretas a las autoridades públicas responsables para revertir los daños ocasionados, mejorar la calidad de vida de la gente y prevenir daños futuros. En este sentido se destacaba la necesidad de que se creara una autoridad de cuenca con autonomía autarquía y capacidad de ejercicio de poder de policía, de que se realizaran estu-

En septiembre de 2006, la información solicitada por la Corte en junio de 2006 fue expuesta en una audiencia pública⁶⁷ por la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación⁶⁸ que dio cuenta de un plan integral de saneamiento ambiental para la cuenca que habría sido consensuado entre nación, provincia y la Ciudad de Buenos Aires⁶⁹.

Los actores y los terceros interesados ampliaron la demanda a catorce municipios de la provincia de Buenos Aires, que tenían jurisdicción sobre la cuenca⁷⁰. Y la Corte, en febrero de 2007, ordenó al Estado nacional, la provincia de Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires que informaran las medidas que, en función del plan anunciado en la audiencia pasada, habían adoptado y cumplido en materia de prevención, recomposición y auditoría ambiental, así como las atinentes a la evaluación del impacto ambiental de las empresas demandadas. Solicitó también información sobre la acciones llevadas a cabo para la prevención y atención de la salud. Convocó una nueva audiencia para tomar conocimiento de todas estas medidas⁷¹. En esa ocasión, el Estado, a través de la Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, informó la promulgación de la ley 26.168 de creación de la Autoridad de la Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR).

dios epidemiológicos que permitieran determinar el impacto en la salud de los habitantes de la Cuenca por la contaminación del agua, el aire y el suelo, de que se desmantelara progresivamente el Polo Petroquímico Dock Sud, de que se actualizara el listado de industrias emplazadas en la Cuenca y se realizaran auditorías ambientales de ellas, entre otras cosas. Estos informes fueron agregados al proceso judicial.

⁶⁷ Audiencia pública ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 6 de septiembre de 2006 y del 12 de septiembre de 2006.

⁶⁸ En aquel entonces, la Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, era Romina Picolotti. Con fecha 2 de diciembre de 2008, Picolotti renunció y fue reemplazada en el cargo por Homero Bibiloni.

⁶⁹ El texto de dicho plan puede consultarse en la página de la Defensoría del Pueblo de la Nación, www.defensor.gov.ar/tapa/r-plan-integral.pdf.

⁷⁰ Los municipios son: Almirante Brown, Avellaneda, Cañuelas, Esteban Echeverría, Ezeiza, General Las Heras, La Matanza, Lanús, Lomas de Zamora, Marcos Paz, Merlo, Presidente Perón y San Vicente.

⁷¹ CSJN, causa “Mendoza”, citada, resolución del 6 de febrero de 2007, y audiencia ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 20 de febrero de 2007.

Seguidamente, se convocó a la Universidad de Buenos Aires, a fin de que ésta informase sobre la factibilidad del plan presentado por las autoridades estatales⁷². En julio de 2007, la Corte llamó a una nueva audiencia para que todas las partes del proceso formularan observaciones a dicho Plan y al Informe que a su respecto había elaborado la Universidad de Buenos Aires⁷³.

Finalmente, en agosto del año 2007, la Corte requirió al Estado nacional, a través de ACUMAR⁷⁴, la incorporación de información precisa, actualizada, pública y accesible sobre temas centrales para analizar en el proceso judicial los elementos relacionados con la prevención y recomposición del medio ambiente⁷⁵. Simultáneamente, se ordenó transmitir la acción iniciada a las partes

⁷² CSJN, causa “Mendoza”, citada, resolución del 23 de febrero de 2007. Para cumplir con tal requerimiento, la Universidad de Buenos Aires conformó un Grupo de Expertos, el Cuerpo de Peritos para analizar el Plan presentado en la causa judicial.

⁷³ CSJN, causa “Mendoza”, citada, resolución del 12 de junio de 2007, y audiencia ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 4 de julio de 2007.

⁷⁴ Como se señalará y profundizará en este documento, la ley 26.168 de creación de la ACUMAR fue dictada con posterioridad a la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Mendoza”.

⁷⁵ CSJN, causa “Mendoza”, citada, resolución del 22 de agosto de 2007. La Corte concretamente requirió información precisa, actualizada, pública y accesible sobre temas centrales del proceso, a saber: 1) estado del agua y del aire en la cuenca y en especial sobre la situación de las napas subterráneas; 2) todas las industrias existentes en la cuenca que realicen actividades contaminantes, describiendo el tipo de residuos que arrojan, la cantidad y frecuencia; 3) las propuestas de la autoridad de cuenca para cada sector; 4) las reuniones mantenidas por la Autoridad de Cuenca y las medidas adoptadas; 5) la factibilidad de que la Autoridad de Cuenca cuente con un presupuesto propio con proyección plurianual, que asegure la continuidad de la ejecución del Plan de Saneamiento y el aporte presupuestario de cada una de las jurisdicciones integrantes de la Autoridad de Cuenca. Las fuentes de financiamiento con que cuenta el Plan, especialmente el remanente de créditos concedidos por organismos internacionales y si se proyecta la contratación de nuevos créditos; 6) los traslados poblacionales y planes de urbanización que se requieren, plazo para realizarlos, cantidad de personas afectadas, inversiones necesarias; 7) los traslados de empresas que se disponen; 8) el proyecto diseñado para el polo petroquímico de Dock Sud, las empresas involucradas, población afectada, convenios firmados; 9) las acciones tendientes a saneamiento de basurales, en particular el desarrollo del plan de Gestión Integral de los Residuos Sólidos Urbanos (GIRSU), el estado de ejecución del proceso de saneamiento ya comenzado de ocho basurales en La Matanza, Lanús, Avellaneda, Lomas de Zamora y Esteban Echeverría, y el

demandadas y se establecieron reglas precisas para el procedimiento de contestación de la acción y sus observaciones por parte de los actores y terceros interesados. Para garantizar la publicidad de estos actos trascendentes en todo proceso judicial, la Corte convocó una nueva audiencia⁷⁶.

Como es posible observar, la Corte estableció un procedimiento novedoso que se destacó por la oralidad y la publicidad, y por el rol activo que asumieron los jueces para ordenar el proceso, recabar información y asegurar la participación de todos los involucrados. Así, la Corte solicitó a las autoridades y empresas demandadas profusa cantidad de información, pidió un extenso análisis de la propuesta del Estado a expertos de la Universidad de Buenos Aires y celebró cuatro audiencias orales y públicas con diversos objetivos que contribuyeron, en definitiva, a la publicidad del proceso.

De allí que la decisión final de julio del año 2008 no surge de manera repentina ni aislada, sino que se inserta en un contexto en el que:

- a) la ley 26.168, del 5 de diciembre de 2006, había creado la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo.
- b) las autoridades demandadas habían elaborado y presentado ante la Corte en el mes de agosto de 2006 un Plan de Saneamiento Integral Ambiental.
- c) los actores y los terceros interesados en el proceso⁷⁷ y un equipo de expertos de la Universidad de Buenos Aires habían emitido opiniones críticas respecto a la viabilidad, estructura y coherencia del Plan presentado.

lugar de disposición final de los residuos y medidas para reordenar y conservar esos espacios limpios; 10) las medidas a corto plazo tendientes a la erradicación de los restantes basurales con estimaciones de plazos y costos para su cumplimiento; 11) limpieza de márgenes del río; 12) expansión de la red de agua potable; 13) desagües; 14) saneamiento cloacal; 15) Plan Sanitario de Emergencia; 16) un informe único sobre los distintos datos con que cuenta la Autoridad de Cuenca y el Ministerio de Salud de la Nación a los efectos de elaborar el Plan Sanitario de Emergencia.

⁷⁶ Audiencia ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 28, 29 y 30 de noviembre de 2007.

⁷⁷ Los terceros interesados en el proceso, reiteramos, son: el Defensor del Pueblo de la Nación, Asociación Vecinos de la Boca, CELS, FARN, Greenpeace y Asociación Ciudadana por los Derechos Humanos.

e) se había acompañado al expediente información sobre diversas acciones e intervenciones que se estaban desarrollando y se llevarían a cabo como parte del Plan, tales como obras específicas en materia de extensión de redes de agua y saneamiento, medidas para atender la salud de la población, propuestas y políticas para la reconversión o relocalización de industrias, acciones para la construcción de desagües pluviales, identificación y remoción de basurales, etcétera.

f) en diciembre de 2007, la ACUMAR había aprobado por resolución una modificación del Plan elaborado en agosto de 2006, bajo el título de “Plan Integral de Saneamiento Ambiental de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo (PISA), resumen ejecutivo”, publicando esta resolución en el Boletín Oficial.

g) los terceros interesados en el proceso habían destacado a lo largo del procedimiento la utilización de información desactualizada, y la falta de sistematicidad y coherencia interna de las distintas versiones del Plan que presentaran las autoridades⁷⁸.

h) se encontraban acompañados como prueba en el expediente el informe sobre el Riachuelo elaborado por la Defensoría del Pueblo en el año 2003, así como el de seguimiento de aquel que se publicó en el año 2005. Estos documentos no solo daban cuenta de la grave situación ambiental y sanitaria de la cuenca sino que elaboraban un diagnóstico de las debilidades institucionales que habían contribuido a tal estado de cosas y efectuaba recomendaciones muy concretas a las autoridades públicas responsables para revertir los daños ocasionados, mejorar la calidad de vida de la gente y prevenir daños futuros⁷⁹.

Sobre los antecedentes reseñados, la Corte finalmente dicta la sentencia del 8 de julio de 2008 (en adelante, la sentencia) en donde determina la responsabilidad que les cabe al Estado Nacional, la provincia de Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires en

⁷⁸ En un escrito presentado en el expediente, con fecha 28 de mayo de 2008, los terceros interesados hicieron notar que la información presentada por las autoridades era desactualizada y que faltaba sistematicidad y coherencia interna en las distintas versiones del Plan.

⁷⁹ Cfr. Informe “Matanza Riachuelo, La Cuenca en Crisis”, publicado por la Defensoría del Pueblo, citado, e Informe Especial de Seguimiento Cuenca Matanza-Riachuelo (2003/2005) disponible en www.defensor.gov.ar/informes/riachuelo2006.pdf.

las acciones destinadas a recomponer la degradación ambiental existente en la cuenca.

Esta sentencia se destaca por las órdenes y decisiones novedosas y estructurales que contiene. Como ya se dijera, la Corte obliga a al Estado nacional, provincial y de la ciudad a lograr de manera simultánea el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes de la cuenca, la recomposición del ambiente y la prevención de daños⁸⁰. A la vez dispone que “sin perjuicio de mantener intacta en cabeza del Estado nacional, de la provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la responsabilidad que primariamente les corresponde en función del asentamiento territorial de la cuenca hídrica y de las obligaciones impuestas en materia ambiental” por las normas respectivas, “la autoridad obligada a la ejecución del programa, que asumirá las responsabilidades ante todo incumplimiento o demora en ejecutar (tales) objetivos (...) es la Autoridad de Cuenca que contempla la ley 26.168”⁸¹.

Por otro lado, más allá de que la Corte aclara que sólo se limita a fijar los criterios generales para que se cumpla efectivamente con el objetivo de recomponer y prevenir daños al ambiente “pero respetando lo que corresponde al ámbito de discrecionalidad de la administración” en cuanto a “la determinación de los procedimientos para perseguir los resultados y cumplir con los mandatos descriptos”⁸², lo cierto es que también establece en la sentencia un programa de intervención que obliga a la ACUMAR a seguir un cronograma de actuación con acciones y deberes específicos y concretos, bajo apercibimiento de aplicar multas personales en cabeza de su máxima autoridad en caso de incumplimiento⁸³. En efecto, estas medidas se vinculan con aspectos tales como la producción y difusión de información pública, el control de la contaminación industrial, la remoción de basurales, la protección y atención de la salud de la población, la extensión de obras de agua

⁸⁰ CSJN, causa “Mendoza”, citada, sentencia del 8 de julio de 2008, considerando 17, apartado I.

⁸¹ CSJN, causa “Mendoza”, citada, sentencia del 8 de julio de 2008, considerando 16.

⁸² CSJN, causa “Mendoza”, citada., sentencia del 8 de julio de 2008, considerando 15.

⁸³ CSJN, causa “Mendoza”, citada, sentencia del 8 de julio de 2008, considerando 17.

y cloacas, entre otras cosas, y para su cumplimiento, la sentencia fija en general plazos perentorios, especificando que el su incumplimiento “importará la aplicación de una multa diaria a cargo del presidente de la Autoridad de Cuenca”⁸⁴.

Además del seguimiento del mencionado programa de intervención, la Corte ordena al ACUMAR la adopción de “alguno de los sistemas internacionales de medición que se encuentran disponibles” para medir el nivel de cumplimiento de los objetivos ordenados⁸⁵.

Estas órdenes encuentran fundamento en que la Corte entiende que “para que la intervención estatal sea eficaz en el logro de los resultados fijados se requiere de un programa que fije un comportamiento definido con precisión técnica, la identificación de un sujeto obligado al cumplimiento, la existencia de índices objetivos que permitan el control periódico de sus resultados y una amplia participación en el control”, así como al hecho de que considera que el Plan que las autoridades estatales habían presentado en las sucesivas audiencias era impreciso y no estaba basado en información actualizada⁸⁶.

Paralelamente, con relación al control de las partidas presupuestarias que se asignen para el cumplimiento de las órdenes, la Corte le encomienda a la Auditoría General de la Nación que rea-

⁸⁴ CSJN, causa “Mendoza”, citada, sentencia del 8 de julio de 2008, considerando 17.

⁸⁵ CSJN, causa “Mendoza”, citada, sentencia del 8 de julio de 2008, considerando 17, punto I, última parte. La Corte concretamente señala que “Para medir el nivel de cumplimiento de esos objetivos la Autoridad de Cuenca deberá adoptar alguno de los sistemas internacionales de medición que se encuentran a disposición e informar al Tribunal competente para la ejecución de esta sentencia en un plazo de 90 (noventa) días hábiles”.

⁸⁶ CSJN, causa “Mendoza”, citada, sentencia del 8 de julio de 2008, considerando 15. Allí la Corte señala: “Con relación al plan integral para el saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo presentado por la parte demandada se han realizado audiencias y dictámenes que evidencian deficiencias que este Tribunal debe tener en cuenta. De todo ese proceso, descrito en los considerandos anteriores, surge que existen importantes diferencias entre las distintas versiones presentadas, y que en muchos aspectos no hay una elaboración actualizada sino una reedición de documentos que existían con anterioridad y que datan de varios años. También han existido dificultades para conocer datos objetivos, públicos y mensurables sobre las distintas situaciones existentes, lo cual ha sido agravado por la dispersión de las fuentes de información y la falta de una terminología homogénea”.

lice “un control específico de la asignación de fondos y de ejecución presupuestaria de todo lo relacionado con el Plan. Ello con el objetivo de garantizar en este caso la transparencia en el manejo patrimonial”⁸⁷.

Y con el fin de fortalecer y habilitar la participación ciudadana en el control del cumplimiento del Plan de Saneamiento y del programa de acción establecido en la sentencia, la Corte le asigna al Defensor del Pueblo de la Nación el rol de recibir sugerencias de la ciudadanía y darles adecuado trámite, así como conformar y coordinar un cuerpo colegiado con los representantes de las organizaciones no gubernamentales que intervienen en la causa en igual carácter de terceros, con la misión de recibir información actualizada y formular planteos concretos ante la Autoridad de Cuenca para el mejor logro del propósito encomendado según criterios de igualdad, especialidad, razonabilidad y eficacia⁸⁸.

A la vez, el proceso de ejecución de la sentencia la Corte lo atribuye a un juzgado federal de primera instancia con competencia en parte del asiento territorial de la cuenca hídrica, especificando que ese tribunal tomará intervención en la revisión judicial que se promueva impugnando las decisiones de la Autoridad de Cuenca de manera exclusiva. El Juzgado Federal de Quilmes a cargo del juez Luis Antonio Armella quedó a cargo de este proceso (en adelante, el Juez de Ejecución)⁸⁹.

En síntesis, la Corte establece objetivos a alcanzar a través de un programa de intervención que contiene acciones concretas y un estricto cronograma de cumplimiento. Por otro lado, si bien se señala que los tres Estados demandados serán responsables solidariamente por la implementación del programa y el efectivo logro de los objetivos ordenados, la Corte establece que frente al público en general y a los efectos de la ejecución de la sentencia, la cara visible será la autoridad máxima de la ACUMAR que en caso de incumplimiento podrá ser multada. Finalmente, la Corte estatuye

⁸⁷ CSJN, causa “Mendoza”, citada, sentencia del 8 de julio de 2008, considerando 18.

⁸⁸ CSJN, causa “Mendoza”, citada, sentencia del 8 de julio de 2008, considerando 19 y puntos 5 y 6 del resolutorio.

⁸⁹ CSJN, causa “Mendoza”, citada, sentencia del 8 de julio de 2008, considerando 20.

un *micro sistema institucional* para asegurar y controlar el cumplimiento de lo ordenado⁹⁰.

Todas estas medidas confieren al proceso de ejecución de la sentencia una dinámica y complejidad muy particular, cuyas virtudes e inconvenientes se irán evaluando sobre la marcha y demandarán ajustes y reformulaciones constantes de parte de todos los actores involucrados.

Esta tipología de remedios judiciales expone el amplio espectro de opciones de intervención con que pueden contar los jueces en los casos particulares, y los matices y tonos que le pueden dar a su voz de cara a activar los radares del sistema político y asegurar derechos sociales aún en conflictos colectivos y complejos. Los tipos de remedios judiciales no son siempre excluyentes, sino que pueden ser complementarios. De modo que los tribunales con frecuencia pueden ir ajustando gradualmente los márgenes de intervención, si observan renuencia o resistencia del poder político en el cumplimiento de sus instrucciones generales. Es común que remedios menos enérgicos se vayan transformando en el curso de la ejecución de las sentencias en mandatos más precisos y detallados. En nuestra opinión, sin embargo, los remedios que dejan mayores márgenes de acción al poder político y se apoyan en la participación y la autonomía de los actores sociales involucrados, contribuyen a reducir los riesgos de distorsiones en el funcionamiento de la administración, resguardan mejor el rol institucional de los jueces de cara al poder político y a la opinión pública, y permiten comunicar mejor la decisión al gobierno, de modo de lograr reacciones políticas adecuadas. Preservan la función judicial de

⁹⁰ En un artículo en el que comenta la sentencia de la Corte, el profesor Néstor Cafferatta, señala que para el control, revisión, y seguimiento de la implementación de la sentencia de ejecución, la Corte se vale de “un reparto de competencias, y atribuciones de control de cumplimiento, de naturaleza “mixto”, a cargo de autoridades pertenecientes a la administración pública y del poder judicial federal, en concurrencia, con la participación de organizaciones no gubernamentales. Además, de una definición precisa de las competencias para la aplicación de las sanciones”. Con citas al libro *Teoría del Derecho Ambiental*, de autoría de uno de los ministros de la Corte que interviene en el caso, el Dr. Ricardo Lorenzetti, señala que este mecanismo constituye un micro sistema institucional. Cfr. Cafferatta, Néstor; *Sentencia Colectiva Ambiental en el Caso Riachuelo*, publicado en XXX. Este artículo está asimismo disponible en la página del Espacio Riachuelo, www.espacioriachuelo.org.ar/documentos/articulo_cafferatta_jul08.pdf.

garante de los derechos, sin desplazar a quienes cuentan con la información, la capacidad técnica y la responsabilidad de definir las políticas. Ubican además a la justicia como un escenario de participación, de debate y de producción de información, que contribuye a vigorizar la esfera pública.

Con relación a esta dinámica de acción judicial en nuestro país, en este volumen se reseñan algunas decisiones de tribunales inferiores que parecen apuntar en la dirección de garantizar derechos sin sofocar los espacios de la decisión política, con distintos modelos de diálogo institucional que pueden resultar mucho más efectivos para el debate jurídico de las políticas sociales. Algunas decisiones de la Corte también indican su disposición a seguir el camino del control, con niveles o márgenes de deferencia al poder político en los casos colectivos en los que se demanda la fijación de políticas o reformas estructurales. Esta tendencia contribuye a aventar el fantasma del gobierno de los jueces, y de la judicialización de la política, posicionando a los tribunales como activadores de procesos abiertos de deliberación democrática para resolver problemas que afectan derechos.

6. 3. Pero el examen del tipo de materias y los tipos de remedios judiciales es incompleto si no agregamos a este cuadro la *variedad de procesos judiciales* en que pueden decidir los jueces. De allí que planteáramos al principio de este título que no sólo importa analizar sobre qué deciden los jueces y qué deciden, sino también cómo deciden, en que marco institucional y a través de que procedimientos se elabora la decisión judicial. A continuación, vamos a examinar someramente dos cuestiones vinculadas con el tipo de procedimientos de decisión judicial: el alcance individual o colectivo de la decisión y como esto influye en los modelos de activismo judicial; y algunas reglas de procedimiento que favorecen o dificultan el desarrollo de debates adecuados sobre las políticas sociales en los estrados judiciales.

El alcance del proceso determina las cuestiones de hecho que serán objeto de la prueba y la discusión en el caso, e influye decididamente en el tipo de remedio que podrá considerar el tribunal. El modelo de intervención judicial cambia sustancialmente según se actúe en casos individuales, en los que se garantiza el derecho de una persona en particular; y las decisiones en casos colectivos en los que se protegen derechos de grupos o colectivos más o

menos determinados. Así, por ejemplo, si bien los jueces parecen sentirse más cómodos adjudicando casos individuales con víctimas con nombre y apellido y estableciendo órdenes concretas y ejecutables a los poderes políticos, no siempre los casos individuales implican menor injerencia del sistema de justicia sobre las áreas de acción política.

En su investigación, Gauri y Brinks identifican que este tipo de órdenes son comunes en los casos en que los tribunales extienden el alcance de las prestaciones organizadas por el Estado. En nuestra clasificación serían los casos de tipo (d). Por ejemplo, en los casos brasileños sobre acceso a medicamentos. Como se trata de casos individuales, los jueces limitan el perfil público de sus decisiones y el grado de tensión o conflicto con el poder político. Pero el problema de estas situaciones es que, por lo general, este tipo de casos suelen expresar problemas generales de la política, que afectan no a una persona sino a grupos enteros de beneficiarios o usuarios. De allí que los casos individuales con remedios judiciales acotados, esto es con órdenes específicas de brindar un servicio médico, un tratamiento o ciertos medicamentos, conforman una cadena de decisiones individuales dispuestas por diferentes jueces que tienen a la larga importantes impactos colectivos y sistémicos. Más allá de que los jueces crean estar decidiendo a favor de una persona en particular, la sumatoria de casos individuales descoordinados puede también provocar serias distorsiones sobre los sistemas de protección social y las políticas públicas, si los tribunales al asegurar determinadas prestaciones o coberturas, no consideran el impacto de sus decisiones sobre el conjunto del sistema, o no valoran adecuadamente las consecuencias de los compromisos presupuestarios que conllevan sus fallos. La sumatoria de miles de decisiones judiciales individuales equivale a una imposición judicial al poder político, de un curso de acción concreto y determinado, de alcance general o colectivo⁹¹. Un factor

⁹¹ El estudio de los casos sobre acceso a tratamientos médicos en Brasil, según Gauri y Brinks, evidencia, por un lado, un modelo de proceso de judicialización sin la intermediación de organizaciones sociales sólidas o actores públicos, que no definen una estrategia única y concentrada, sino que expresan la sumatoria de demandas particulares presentadas por los beneficiarios, por lo general de sectores medios con acceso a abogados y recursos, en grandes centros urbanos. Por otro lado, este tipo de litigio individual con remedios judiciales acotados, sosteni-

que agrava la situación es que el alcance individual del caso, limita además el marco cognitivo de los procesos, pues las partes alegan y prueban, y el juez examina, la situación de una persona en particular, sin considerar dentro del marco procesal del proceso, por lo general, aspectos relevantes que hacen al contexto de la situación y definen la lógica y el alcance de una política o de un servicio social determinado.

Una forma positiva de ver el fenómeno es que la catarata de sentencias con mandatos de prestaciones concretas puede funcionar como una “señal de alarma” al gobierno e indicarle que debe anticiparse a definir un curso de acción frente a un problema que puede no haber conocido, o cuya importancia y magnitud puede haber desestimado. Esto es, una serie de litigios individuales pueden lograr en ocasiones poner temas en la agenda del gobierno o del Congreso. Esta función judicial puede ser sumamente provechosa para la efectividad de la acción de gobierno, pero el efecto virtuoso de las “cadenas” de casos individuales, depende de la capacidad de reacción del sistema político y de su plasticidad para entender la serie de litigios como señal de alarma” y adaptar en consecuencia la agenda política. Como vimos, los casos “Itzcovich”, “Badaro” y “Aquino” fueron decisiones individuales, pero adoptadas por la Corte Suprema de la Argentina con conocimiento de que el tema era común a una serie de casos en trámite en

dos más en la iniciativa de individuos que en áreas del Estado o en organizaciones o redes sociales, es el que presenta el mayor riesgo de provocar consecuencias negativas en términos de una distribución no equitativa de los beneficios sociales entre grupos más favorecidos y con mayor acceso a recursos legales, por ejemplo la clase media de centros urbanos, en detrimento de las políticas más universales y con llegada a los sectores excluidos. En la investigación observan que los sectores con menos capacidades de acceso a la justicia suelen ser beneficiados de manera indirecta en los casos colectivos presentados por organizaciones o redes de organizaciones que actúan en beneficio de amplios sectores sociales. Por ejemplo, la experiencia de litigio sobre hiv en Sudáfrica o los casos sobre programas alimentarios en la India, donde sectores que no habían participado del litigio recibieron beneficios de manera directa de la decisión judicial o indirecta a raíz de la serie de modificaciones que la decisión provocó en los programas sociales del gobierno. Estos análisis son relevantes pues cuestionan la idea muy arraigada en los sectores contrarios a cualquier forma de acción judicial de que la judicialización provoca la inequidad en el acceso a los beneficios, remitiendo la discusión a un examen contextualizado de las diversas formas de intervención judicial.

todo el país y que, si bien fueron presentados por abogados particulares, contaban con una amplia red de actores sociales interesados en las decisiones, entre ellos fuertes organizaciones sindicales, agrupaciones de jubilados y asociaciones profesionales de abogados laboristas y previsionales. Las decisiones provocaron reacciones del poder político y cambios de políticas más allá de los casos particulares. El envío al Congreso y la aprobación de un nuevo régimen de recursos de apelación en materia previsional en el primer caso, de un nuevo sistema de movilidad de las jubilaciones en el segundo caso, y el estudio en el gobierno de reformas al sistema de reparaciones de accidentes laborales que seguramente motivará una futura reforma legislativa, en el último caso. Pero en ocasiones las decisiones judiciales, no lograr incidir en el sistema político. Por ejemplo, pese a que la Corte Suprema declaró en el caso “Reyes Aguilera” la invalidez del requisito de años de residencia para acceder a las pensiones por invalidez, el gobierno no cambió ese requisito en el sistema de pensiones, y esto ha activado numerosas demandas judiciales para hacer valer el precedente de la Corte. Es verdad que cuando la Corte se pronunció en “Reyes Aguilera” no existía una serie de acciones individuales sobre el tema, y que el caso no tuvo la misma repercusión política y en la opinión pública. Es posible que esto hubiera incidido en el ritmo de reacción más lento del poder político. También es posible considerar como un factor relevante el hecho de que el caso se vincula a un tema espinoso y a un sector con escasa capacidad de presión. Se trata en definitiva de poner en la agenda pública nada menos que la posibilidad de que los inmigrantes accedan a prestaciones sociales sin discriminación⁹².

⁹² Diego Morales, director del área de litigio del CELS, quien fue uno de los abogados que patrocinó la acción judicial, en relación con la ejecución del caso “Reyes Aguilera” señala lo siguiente: “Es central el comentario sobre la comodidad o familiaridad de los jueces con relación a casos individuales. Dentro de los casos colectivos con componentes individuales, los jueces también se inclinan por las soluciones individuales. Tanto ‘Reyes Aguilera’ como ‘Sales’ tenían componentes individuales y colectivos y que la agencia judicial al optar por uno, el individual, obligó a reconfigurar el caso, a esperar la decisión y a plantear las posibilidades de generar otros debates u otras acciones. En relación con los efectos colectivos de ‘Reyes Aguilera’ que se menciona en el documento. En primer lugar, la percepción de la agencia judicial, antes de ‘Reyes Aguilera’, del tema pensiones para extranjeros es relativa, las reacciones judiciales no son consistente en materia de acceso a

Cuando los tribunales no logran incidir con sus decisiones en el sistema político, lo que ocurre es que se generan sistemas duales, en los cuales las personas que acceden a la tutela judicial logran un tipo de prestaciones, y los que no acuden a los tribuna-

pensiones no contributivas por parte de extranjeros con las obligaciones de no discriminación e igualdad de los tratados, o el respeto de los contenidos mínimos del derecho. El contexto normativo y burocrático da algunas pistas. El ordenamiento está plagado de normas que difieren la asignación de derechos sociales de acuerdo a la nacionalidad o la situación migratoria, no es un tema exclusivo de las pensiones no contributivas, también en pensiones contributivas se identifican limitaciones similares, por ejemplo, acceso al seguro de desempleo, aun cuando el migrante haya abonado al fondo del seguro, con independencia de su situación migratoria, a la hora del pago se exige acreditar la regularización migratoria. Las estrategias de las ONG estuvieron centradas en motorizar estos debates desde la legislación migratoria, allí se insertó el derecho a la igualdad y no discriminación para el acceso a beneficios sociales (la Corte Suprema en 'Reyes Aguilera' ni siquiera analiza la norma como antecedente). Luego de cinco años de vigencia de la ley de migraciones, la reglamentación de aquella no se formalizó y la información es que los ministerios de trabajo y desarrollo social objetan el punto que iguala extranjeros con nacionales en el acceso a beneficios sociales. Y si bien no es lo mejor concentrar los elementos de una política social inclusiva desde una ley de migraciones, en el mes de noviembre, la Dirección Nacional de Migraciones presentó directamente en presidencia el texto del decreto reglamentario, con el apoyo de las organizaciones para ver si con esa estrategia se rechazan los argumentos de los mencionados ministerios, en esos debates sobre la reglamentación, 'Reyes', recuerdo, fue central. Que la reglamentación se formalice está por verse. De las dos reuniones que hemos tenido [se refiere al CELS] en el 2008 con la ministra de Desarrollo Social, ésta rechazó la posibilidad de implementar el fallo 'Reyes Aguilera' y también 'Sales' como política del Ministerio. Por otra parte, el caso individual se desactivó. De allí que la publicidad del caso se centró exclusivamente en mostrar que la Corte consideró inconstitucional el establecimiento de requisitos para el acceso a la pensión, pero se diluyó la posibilidad de mostrar el caso individual en términos más políticos. Además, el proceso judicial demoró cinco años, la Corte tuvo a resolver ese caso desde el 2004. En ese lapso, se ensayó la vía de la justicia civil y comercial federal. En el caso 'Valleta Díaz' se discutió la constitucionalidad del decreto de pensiones asistenciales en el supuesto de una niña migrante con una discapacidad importante, pero la argumentación giró sobre su derecho a la salud, y que el establecimiento de requisitos como 20 años de residencia en el país, impiden el acceso al sistema nacional de salud. El fuero civil y comercial federal concedió la medida cautelar y ordenó que se garantizara a Valleta Díaz el acceso al sistema de salud. El fondo aún no se resolvió, pero incluye un análisis de la constitucionalidad del decreto de pensiones asistenciales. Luego del fallo se inició un camino administrativo de impugnación general del reglamento, fundado en 'Reyes Aguilera'. Se sumaron siete casos, parecidos al de 'Reyes Aguilera', y el Ministerio desactivó el caso colectivo, citó a cada una de las familias e inició el trámite administrativo para otorgarles las pensiones asistenciales. El Ministerio prefirió cauterizar cada uno de los casos a reformar el

les reciben otro tipo de prestaciones. Esta situación provoca incertidumbre sobre las reglas que rigen los sistemas de protección social, y como efecto no deseado multiplican las acciones legales. Fuerzan un mayor nivel de judicialización de las políticas sociales.

Una situación de este tipo se dio en Colombia a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en acciones de tutela para la protección del derecho a la salud. La Corte Constitucional consideró a la salud como un derecho conexo con derechos fundamentales, y luego como un derecho fundamental autónomo. En tal sentido, resolvió diferentes acciones de tutela en las cuales ordenó implementar prestaciones contenidas ya en el programa médico obligatorio del sistema nacional de salud, en otros casos amplió el deber de los prestadores de cubrir tratamientos o servicios no contemplados en el plan obligatorio, por considerar a esos tratamientos indispensables para la protección de la vida o la integridad física o la dignidad de las personas sobre la base de estándares definidos en la jurisprudencia del tribunal. También ordenó que se eliminaran trabas y obstáculos burocráticos y dispuso también por la vía de tutela medidas concretas para que el Estado reembolsara prestaciones no incluidas en el plan obligatorio a los

decreto reglamentario. Lo que muestra el costado burocrático de la discusión, activar procedimientos para permear las agencias administrativas es una vía compleja, y la administración puede reaccionar de manera de anular posibles caminos para reformar políticas sociales. Tal vez, la vía no sea a través de casos individuales, aunque la representación legal de un colectivo tan heterogéneo o amplio como los migrantes no parece ser un camino posible en la actual jurisprudencia. Tomo en cuenta aquí el tema de la percepción del Poder Judicial con relación a los derechos de los migrantes. No necesariamente el fallo es tan rico para dar un debate público a fondo sobre acceso de extranjeros a pensiones asistenciales. Es un caso de derechos sociales pero también es un caso de migrantes, con lo que el tema de fondo, reformar los requisitos para el acceso a pensiones sociales para la asignación de derechos de los migrantes, es una agenda áspera en términos de lo que puede disparar públicamente. En 'Reyes Aguilera' la materia que trata la Corte adquiere relevancia. ¿Cómo activar una discusión pública sobre derechos sociales de los migrantes? La percepción pública sobre los derechos de los migrantes y sobre todo los derechos sociales de los migrantes es un elemento a destacar para evaluar de qué manera se instalan las discusiones. Estimo que por ello los jueces de la Corte fueron cautos en la etapa resolutoria. Por eso, más allá de alguna dificultad estratégica para instalar el tema, la cuestión de fondo, derechos sociales de los migrantes, adquiere otros relieves a la hora de pensar cómo desencadenar reacciones que motoricen reformas en políticas públicas a partir de decisiones judiciales". Entrevista del autor con Diego Morales, del 17 de febrero de 2009.

prestadores del sistema, para evitar problemas financieros mediante la creación de fondos de compensación gestionados por el Estado. Pero un efecto negativo de esta jurisprudencia garantista en materia de derecho a la salud fue que los prestadores comenzaron a exigir a los usuarios del sistema acudir a la justicia y obtener una sentencia de tutela cada vez que existía duda sobre el alcance de determinadas prestaciones médicas. Por lo demás fueron estableciendo nuevos procedimientos y modificaciones del sistema con el fin en muchos casos de obstaculizar el acceso a nuevas prestaciones fijadas por la Corte constitucional. Esto produjo mayor litigiosidad y una suerte de “rutinización” de la acción de tutela que afectó a los usuarios. El gobierno y los prestadores privados del sistema de salud fueron consintiendo la aplicación de las decisiones de la Corte, pero sin alterar en función de la jurisprudencia constitucional de la Corte, las reglas de funcionamiento del sistema. Recientemente en una sentencia de alcance colectivo, la Corte constitucional decidió agrupar varias acciones de tutela pendientes en el tribunal y dictar una sentencia de alcance general tendiente a fijar ciertas reglas básicas para motivar al gobierno a una nueva regulación del sistema de salud de conformidad con la jurisprudencia del tribunal. En esta decisión, la Corte emitió instrucciones al gobierno para que procediera a actualizar las prestaciones básicas, a ajustar los procedimientos para acceder a esas prestaciones, eliminando trabas y obstáculos burocráticos y a agilizar los mecanismos para el reembolso a los prestadores privados de los fondos de compensación respecto de prestaciones no previstas originalmente en el plan médico obligatorio⁹³. Así, el tribunal decidió corregir el enfoque del “caso por caso” por otro tendiente a examinar el sistema de salud en su conjunto y promover su ajuste a los estándares constitucionales.

La acción judicial sin coordinación y sin una mirada amplia sobre las políticas generales o sobre los sistemas en que opera, no sólo suele provocar resistencia en el sistema político, sino que a

⁹³ Ver Corte Constitucional, sentencia en tutela 760 del 31 de julio de 2008. Para un comentario de la sentencia de la Corte y una explicación detallada del problema generado por el abordaje de los problemas del sistema de salud a partir de casos individuales por la Corte Constitucional, puede verse López Medina, J. C., *El nuevo panorama de la salud en Colombia*, en Rodríguez Garavito, César; Espejo, Nicolás y Arciviácono, Pilar (eds.), obra en preparación.

veces puede implicar desajustes peligrosos en el funcionamiento de la administración y en la marcha del gobierno. Los casos colectivos, por lo general, permiten abordar más adecuadamente problemas sistémicos, sobre todo cuando son presentados por actores sociales que tienen vínculos con los sectores afectados y capacidad para identificar adecuadamente sus intereses y facilitan remedios moderados y participativos que acompañan procesos de cumplimiento graduales.

Son varios los factores que pueden incidir en mejorar la cadena de transmisión entre la decisión judicial y el sistema político. Las experiencias reseñadas en este volumen y en los estudios empíricos mencionados nos permiten señalar que uno de esos factores relevantes es el tipo de redes sociales que sostienen el litigio y apoyan el cumplimiento de la sentencia y su comunicación adecuada al sistema político: la participación de organizaciones de la sociedad civil que coordinan el litigio con otras estrategias de incidencia en las políticas, la acción pública en los medios y los espacios de interlocución con el gobierno. La incorporación en esas redes de agencias públicas independientes de protección de derechos, como defensorías del pueblo, asesorías de menores, fiscalías, entre otras⁹⁴. Estas redes pueden articularse en litigios individuales homogéneos o en litigios colectivos aunque, por lo general, suelen presentarse con mayor coherencia en este último tipo de acciones.

La elección de una determinada modalidad de intervención judicial e incluso la búsqueda de participación de actores sociales o políticos en la definición de un caso puede ser en ocasiones una decisión acotada por las regulaciones procesales. Hasta la posibilidad de discutir un problema como un asunto colectivo o a través de decisiones individuales tiene relación con los procedimientos concretos en los cuales los tribunales son convocados por los demandantes a intervenir, y por las reglas de procedimiento que definen el alcance de esa intervención.

Así, algunas reglas procesales resultan factores institucionales claves para la posibilidad de desarrollar modelos de intervención

⁹⁴ Pueden seguirse, en ese sentido, los ejemplos mencionados sobre Argentina, Colombia y Brasil. En este último país, la intervención de la procuradurías estatales y federales aumenta según los estudios la efectividad de las decisiones judiciales.

judicial efectivos y respetuosos de los márgenes de acción política. Por ejemplo, aquellas reglas que definen cuando puede articularse una acción judicial de alcance colectivo; quienes pueden demandar representación de grupos o intereses colectivos; las reglas sobre intervenciones de terceros (actores sociales relevantes para la discusión locales o internacionales) en proceso de interés público; las que regulan la realización y publicidad de audiencias; las que definen remedios judiciales y procedimientos de supervisión y ejecución de sentencias; la publicidad de las decisiones judiciales; e incluso las que determinan las competencias de tribunales específicos para entender en cierto tipo de conflictos. También es relevante la disponibilidad de mecanismos ágiles y asequibles para asegurar el acceso a los tribunales y a la asistencia jurídica de las personas y grupos que se encuentran en situación de desigualdad y requieren, por lo tanto, mayor protección y un sistema diferenciado de garantías para ejercer sus derechos fundamentales.

Durante mucho tiempo el debate constitucional estuvo centrado en la posibilidad normativa de exigir judicialmente derechos sociales. Pero, en nuestra opinión, esa discusión, si bien no quedó atrás por completo, se ha ido desplazando gradualmente en los últimos años a otras discusiones más operativas, acerca de las condiciones sociales e institucionales que permiten que los jueces garanticen derechos sociales sin desbaratar la dinámica política. Esta última discusión no se nutre exclusivamente de aportes sociológicos que analizan los resultados de procesos concretos de judicialización, sino que tiene también dimensiones jurídicas e institucionales. Además del debate sobre las reglas de procedimiento que pueden favorecer o limitar los modelos de intervención judicial, es necesario agregar a la agenda de discusión problemas de diseño institucional que inciden en la posibilidad de los tribunales de cumplir una función relevante en el control de políticas de gobierno. En especial la conformación de los tribunales, los procesos de selección y remoción de magistrados⁹⁵, las condiciones de independencia e imparcialidad frente al poder político y a intereses particulares, los sistemas de control de constitucionalidad e

⁹⁵ Para una reseña del proceso de selección de jueces federales en la Argentina desde la dinámica de los actores políticos involucrados, puede verse Llanos y Figueroa Schibber (2008).

incluso las reglas para fundamentar decisiones judiciales en este campo. Como dijimos, un modelo de Constitución con derechos sociales fundamentales y un amplio sistema de garantías, amplía el poder de los jueces frente al gobierno y al legislativo, pero al mismo tiempo, demanda como reaseguro del funcionamiento del sistema político, que los jueces sean independientes, que tengan capacidad de resistir presiones y que, además, interpreten sobre la base de reglas estrictas de ponderación de principios el texto constitucional. No se trata de limitar la discrecionalidad política para reemplazarla por la discrecionalidad judicial⁹⁶.

La conformación del escenario judicial como un ámbito más abierto y transparente y con mayores posibilidades de participación de actores sociales puede, en el mediano plazo, contribuir a cambiar algunas prácticas y rutinas administrativas que caracterizan la cultura judicial y favorecer una mejor comunicación entre la esfera judicial y la política. Esa comunicación fluida es condición necesaria para mejorar la articulación de los derechos sociales que consagra la Constitución y las políticas de gobierno.

Bibliografía

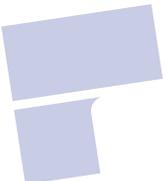
- Abramovich, V. (2006), “El acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política”, en H. Birgin y B. Cohen (comps.), *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*, Biblos, Buenos Aires.
- Abramovich, V.; Bovino, A. y Courtis, C. (comps.) (2006), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Del Puerto/CELS, Buenos Aires.
- Abramovich, V. y Courtis, C. (2002), *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid.
- Abramovich, V. y Courtis, C. (2006), *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Del Puerto, Buenos Aires.
- Abramovich, V. y Pautassi, L. (2008), “El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina”, en *Revista Salud Colectiva*, Universidad Nacional de Lanús (UNLa), vol. 4, N° 3.

⁹⁶ Según sostiene Prieto Sanchís: “Si algo cambia el panorama jurídico tras una Constitución de principios garantizada a través de mecanismos jurisdiccionales, es precisamente el papel que ha de asumir la argumentación y el razonamiento jurídico; y una teoría del derecho no puede dejar de levantar acta de este fenómeno”, Prieto Sanchís (2003: 133).

- Abregú, M. (2008), "Derechos Humanos para todos: de la lucha contra el autoritarismo a la construcción de una democracia inclusiva: una mirada desde la Región Andina y el Cono Sur", en *Sur*, Revista Internacional de Derechos Humanos, N° 8.
- Acuña, C. (2007), "Repensando los claroscuros de la incidencia política de la sociedad civil: obstáculos y debilidades", en C. Acuña y A. Vachieri, *La incidencia política de la sociedad civil*, Siglo XXI, Buenos Aires.
- Alonso, G. (2000), *Política y Seguridad Social en la Argentina de los 90*, Miño y Dávila/FLACSO, Buenos Aires.
- Arango R. (2005), *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis/Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.
- Bazán, V. (2005), "El caso Itzcovich: Protección de los derechos sociales y reivindicación del rol institucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en *Debates de Actualidad*, Revista de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, N° 9.
- Cavallaro, J. L. y Brewer, S. E. (2008), "La función del litigio interamericano en la promoción de la justicia social", en *Sur*, Revista Internacional de Derechos Humanos, N° 8.
- Centro de Estudios Legales y Sociales (2002), "Dictamen sobre la ley de déficit cero", en www.cels.org.ar.
- Centro de Estudios Legales y Sociales (2002), "Protestas y represión en diciembre", en *Derechos Humanos en la Argentina: Informe 2002*, Siglo XXI/CELS, Buenos Aires.
- CELS, *La lucha por el derecho. Litigio estratégico y derechos humanos*, Siglo XXI/CELS, Buenos Aires.
- Ceriani, P.; Morales, D. y Ricart, L. T. (2006), "Los derechos de los migrantes en la jurisprudencia argentina", en Abramovich, V.; Bovino, A. y Courtis, C. (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Del Puerto/CELS, Buenos Aires.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007), "El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", CIDH, OEA/Ser.L/V/II.129, 7 de septiembre. Ver www.cidh.org.
- Courtis, C. (2004), "Social Rights and Privatisation: Lessons from the Argentine Experience", en Koen De Feyter y Felipe Gómez Isa (eds.), *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation*, Intersentia, Amberes-Oxford.
- Courtis, C. (2007), "La aplicación de los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud", en Abramovich, V.; Bovino, A. y Courtis, C. (comps.) (2006), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Del Puerto/CELS, Buenos Aires.
- Courtis, C. (2003), "El derecho a la seguridad social en el Derecho Inter-

- nacional”, en Abramovich, V.; Añón, M. J. y Courtis, C. (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamara, México.
- Courtis, C. (2006), *Reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales* (inédito).
- Dixon, R. (2007), “Creating dialogue about socio-economic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited”, en *Internacional Journal of Constitutional Law* 5 (3).
- Epp, C. (2003), *The Rights Revolution*, Chicago University Press.
- Ewald, F. (1997), “Concepto de Derecho Social”, en *Contextos*, Revista Crítica de Derecho Social, N° 1, Del Puerto, Buenos Aires.
- Ferrajoli, L. (2001), *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta, Madrid.
- Fiss, O. (1999), “Grupos y la Cláusula de Igual Protección”, en Gargarella, R. (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Yale Law School/Universidad de Palermo/Gedisa, Barcelona.
- Fleury, Sonia (2007), “Salud y democracia en Brasil. Valor público y capital institucional en el sistema único de salud”, en *Revista Salud Colectiva*, Universidad Nacional de Lanús, vol. 3, N° 2, Buenos Aires.
- Gargarella, R. (2007), “Democracia deliberativa y judicialización de derechos sociales”, en Gargarella, R. y Alegre, M. (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis/ACIC, Buenos Aires.
- Gauri, Varun y Brinks, Daniel M. (2008), “A New Policy Landscape: Legalizing Social and Economic Rights in the Developing World”, en Gauri, Varun y Brinks, Daniel M. (eds.), *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge University Press, Nueva York.
- González, Horacio R. (2007), *Estado de no derecho. Emergencia y derechos constitucionales*, Colección Tesis Doctoral, Del Puerto, Buenos Aires.
- Llanos, M. y Figueroa Schibber, C. (2008), “La participación de la Presidencia y el Senado en el nombramiento del Poder Judicial”, en *Revista Desarrollo Económico*, vol. 47, N° 188.
- Leiras, M. (2007), “La incidencia de las organizaciones de la sociedad civil en las políticas públicas. Definiciones, explicaciones y evaluaciones de la literatura especializada local e internacional”, en Acuña, C. y Vachieri, A., *La incidencia política de la sociedad civil*, Siglo XXI, Buenos Aires.
- López Medina, J. C., *El nuevo panorama de la salud en Colombia*, en Rodríguez Garavito, César; Espejo, Nicolás y Arciviácono, Pilar (eds.), obra en preparación.
- Marshall, T. H. (1998 [1950]), *Citizenship and Social Class* (traducción española de P. Linares, *Ciudadanía y clase social*, Alianza, Madrid).
- Mourino, G. (2007), “Pobreza y discriminación: la protección constitucional para los más humildes”, en Gargarella, R. y Alegre, M. (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis/ACIC, Buenos Aires.

- Nelson Paul y Ellen Dorsey (2006), "New Rights Advocacy in a Global Public Domain", en *European Journal of International Relations*, junio.
- Pautassi, L. (2002), "Políticas sociales. ¿Fin del modelo?", en *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2002, Siglo XXI/CELS*, Buenos Aires.
- Pautassi, L. (2003), "El derecho a la seguridad social. Una aproximación desde América Latina", en Abramovich, V.; Añón, M. J. y Courtis, C. (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamara, México.
- Pisarello, G. (2003), "El Estado social como Estado constitucional: mejores garantías, más democracia", en Abramovich, V.; Añón, M. J. y Courtis, C. (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamara, México.
- Prieto Sanchís, L. (2003), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid.
- Prieto Sanchís, L. (2000), "Los Derechos Sociales y el principio de igualdad sustancial", en Carbonell, M.; Cruz Parceró, J. A. y Vázquez, R. (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2ª ed., Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México.
- Saba, R. (2007), "(Des)igualdad estructural", en Gargarella, R. y Alegre, M. (coords.), *El Derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis/ACIC, Buenos Aires.
- Sabel, C. W. Simon (2004), "Desestabilization rights: How public law litigation succeeds", en *Harvard Law Review*, 117:1016.

 pdfelement

Capítulo II

La judicialización del Programa Jefes y Jefas de Hogar Desocupados: ¿por la buena senda?

Pilar Arcidiácono, Carolina Fairstein
y Gabriela Kletzel*

Palabras preliminares

Este trabajo aborda el proceso de “judicialización” de uno de los programas sociales que se convirtió en el centro de la respuesta estatal en materia de políticas sociales en la Argentina después de la crisis de fines de 2001, comienzos de 2002: el Programa Jefas y Jefes de Hogar Desocupados (PJJHD). Concretamente, se analizan distintas dimensiones de aquellos casos judiciales que tuvieron por objeto impugnar la imposición sin fundamentos y en los hechos de una fecha de cierre para la postulación al plan que fue repentinamente planteada desde el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) el 17 de mayo de 2002, a pocos meses de su surgimiento. En este sentido, en este artículo no se incluyen consideraciones relativas a la intervención de la justicia frente a otro tipo de reclamos que el programa podría haber suscitado, tales como cuestionamientos a su diseño, monto de la prestación o la interrupción de su provisión a personas que lo hubieran estado percibiendo, entre otros elementos, sino que el énfasis está puesto fundamentalmente en aquellos casos que tuvieron por eje cuestionar la imposibilidad de acceder al plan, a partir de su cierre.

En primer lugar, se presentan algunas características generales del PJJHD a la luz del “enfoque de derechos humanos”, señalando las brechas existentes entre el discurso oficial, que incorporó el lenguaje de derechos en la creación de esta política, y el diseño y la implementación final de ella. En segundo lugar, se abordan los actores que han estado involucrados (y aquellos que no lo han estado) a lo largo de estos procesos judiciales, como así también las articulaciones que se generaron entre las diferentes

* Las autoras agradecen a Laura Royo y Sandra Blanco por la colaboración en la elaboración de este trabajo, a Laura Pautassi y a Víctor Abramovich por su confianza y comentarios, y a Marcelo Leiras por sus enriquecedores aportes.

agendas. Luego, se analiza la dinámica de actuación generada en los procesos judiciales, con especial énfasis en la respuesta judicial y la reacción del PEN frente a los cuestionamientos efectuados. Finalmente, se indaga sobre las consecuencias/impactos de las acciones judiciales emprendidas en esta materia, de qué manera afectaron o no al diseño de la política en cuestión o a otras políticas sociales. El apartado de conclusiones deja planteadas una serie de reflexiones y conjeturas a partir de una mirada retrospectiva de estos años de litigio en torno al cierre del PJJHD en clave de lecciones aprendidas y desafíos para el futuro¹.

1. PJJHD: ¿un programa social acorde al “enfoque de derechos humanos”?

El PJJHD es el emergente del escenario de crisis económica y elevado nivel de conflictividad social que signó a los últimos años de la convertibilidad en la Argentina. Constituye, básicamente, un programa centrado en el pago de una ayuda monetaria (\$150 por titular) con el fin retórico de “garantizar el Derecho Familiar de Inclusión Social”² a partir de una serie de propósitos: a) asegurar la concurrencia escolar de los hijos/as y el control de salud; b) incorporar a los receptores a la educación formal y/o actividades de capacitación laboral que coadyuven a su futura reinserción laboral; c) incorporar a los receptores a proyectos productivos o servicios comunitarios, bajo la modalidad de “contraprestación”.

Sin duda, uno de sus principales logros ha sido el alcance cuantitativo que logró en un breve lapso. El PJJHD, a diferencia de los planes de empleo transitorio de los años noventa, se caracterizó por ser un plan de transferencia de ingresos de amplio alcance –con cerca de dos millones de receptores en los primeros meses de implementación–³. Además, existe un cierto consenso sobre la

¹ Al final del artículo se incluye una breve descripción de las fuentes consultadas para su elaboración.

² Cfr. Decreto 565/02.

³ Transcurridos cinco años consecutivos desde su puesta en vigencia, cabe hacer algunas consideraciones preliminares en torno a la peculiar evolución del programa. En lo que al nivel de cobertura se refiere, hacia octubre del 2006 la población receptora se había reducido de 2.000.000 de personas a 1.472.187. La mayoría son mujeres (70,5%), el grupo etario de 26 a 35 años es el más numeroso

importancia que PJJHD tuvo para “apagar el incendio”, frenar los elevados niveles de conflictividad social del período al “inyectar” ingresos en gran parte de los hogares y evitando, al menos, que muchos de ellos caigan en la indigencia.

En el plano discursivo, se observa la incorporación del lenguaje de derechos como elemento justificante de la creación de la política. Es decir, en el marco de una situación de emergencia, el PJJHD se construyó discursivamente en torno al “Derecho Familiar de Inclusión Social”. Como señalaba el ex presidente Dr. Eduardo Duhalde en un anuncio oficial al lanzar el programa: “Esto no es un regalo, es un derecho”⁴. Sin embargo, este espíritu no ha tenido necesario correlato ni en el propio diseño ni en la implementación de la política.

Ahora bien, ¿qué implicancias tiene en los hechos apelar al “enfoque de derechos humanos” como elemento justificante para un programa social? En líneas generales esta perspectiva implica poner en marcha un nuevo mecanismo de intervención estatal que contempla tres dimensiones. En primer lugar, una dimensión ética, pues se rige por principios plasmados en los derechos humanos que deben ostentar un carácter vinculante. En segundo lugar, una dimensión procesal, es decir mecanismos instituidos que faciliten el diálogo entre actores sociales y políticos y que permitan traducir los acuerdos logrados en instrumentos normativos y dichos instrumentos en políticas, y finalmente, una dimensión de contenidos relativos a la protección social, que oriente acciones concretas en los campos donde la población se sienta más despro-

con el 36,1%, seguido del tramo de 36 a 45 años (27,7%). De esta manera, cerca de dos tercios de los receptores (63,8%) tiene entre 26 y 45 años (*www.trabajo.gov.ar*, 16 de junio de 2006). Las razones de esta reducción son diversas y, de acuerdo a la información suministrada por informantes clave y personas receptoras del plan, entre ellas se cuentan: 1) receptores que acceden a una actividad regulada o registrada gracias a la reactivación económica del último período, con la consecuente baja automática del subsidio; 2) receptores que son ocupados en el sector informal y no registrado, que pasan más de tres meses sin cobrar el subsidio; 3) desórdenes administrativos de la más diversa índole que ocasionan muchas veces la injusta baja del subsidio (por ejemplo, cambios de gestiones a nivel municipal), 4) el cumplimiento de la mayoría de edad de los hijos, y 5) traspasos de receptores hacia el Programa Familias por la Inclusión Social.

⁴ *La Nación*, “Por decreto subsidiarán a un millón de familias sin empleo”, 4 de abril de 2002.

tegida, como la salud, la educación, la seguridad social, etcétera (CEPAL, 2006: 14).

Conforme a esta perspectiva, las acciones de política social así como las políticas de desarrollo que se emprenden no deben ser consideradas como el cumplimiento de mandatos morales o justificadas solamente sobre consideraciones políticas y económicas, sino fundamentalmente, como la vía escogida para dar cumplimiento a las obligaciones jurídicas, imperativas y exigibles, impuestas por los tratados internacionales de derechos humanos. Los derechos demandan obligaciones y actuación estatal, así como mecanismos de exigibilidad y cumplimiento. Es decir, los derechos humanos son pensados en la actualidad como un programa que debe guiar u orientar las políticas públicas de los Estados en materia de inclusión social y desarrollo.

Además, más allá de las numerosas corrientes y marcos conceptuales y los diversos fundamentos ético-políticos que están por detrás de este enfoque, hay algunas ideas compartidas. Por un lado, se sostiene que las situaciones de pobreza determinan la privación de algunas libertades básicas, tanto positivas como negativas, tales como la libertad de evitar el hambre, la enfermedad, el analfabetismo. Por otro, se considera que la pobreza depende tanto de factores económicos como de condicionantes culturales, sociales, legales y políticos⁵ (CELS, 2007b: 24).

De esta forma, la pobreza y por qué no, la exclusión social no estarían sólo ligadas a la carencia de recursos económicos, sino que dependerían de múltiples factores, entre otros los políticos institucionales. Inmediatamente, con esto se apela a la interdependencia de los derechos⁶. La satisfacción de los derechos eco-

⁵ Como señala Sen (1985), las oportunidades de vida de las personas se refieren a su capacidad para desenvolverse (funcionar) dentro del sistema social que le toca vivir; es decir lo que una persona puede “hacer” (*can do*) o puede “ser” (*can be*). La capacidad refleja la libertad para escoger entre diferentes maneras de vivir, resultando el acceso a determinados bienes sociales un aspecto clave en dicha elección.

⁶ Esta característica de los DDHH quedó plasmada en el preámbulo del Pacto Internacional de los DESC (PIDESC), que expresa: “No puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”.

nómicos, sociales y culturales (DESC) resulta indispensable para la existencia de derechos civiles y políticos (DCP) que requieren al menos una situación de superación de las necesidades humanas básicas para ser ejercidos plenamente e inversamente los DCP son indispensables como mecanismos de control del cumplimiento de las obligaciones que emanan de los DESC y como garantías para el goce de una institucionalidad democrática (Abramovich y Curtis, 2006: 85).

Ahora bien, como se adelantara, a pesar del esfuerzo presupuestario implicado y la amplitud de su alcance en términos cuantitativos, el PJJHD se encuentra muy lejos de representar una política acorde con el “enfoque de derechos humanos”, a pesar de los intentos, su alcance cuantitativo y el discurso oficial.

Algunas de las principales características del programa permitirían sostener que en la práctica, el PJJHD no logra garantizar derechos fundamentales. En primer lugar, en líneas generales: “El derecho familiar de inclusión social que se afirma en el plan no se encuentra definido en la reglamentación que le da origen y no encuentra correlato en la normativa constitucional, ni en los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional. Sin embargo, en tanto y en cuanto se adecuara a ciertos estándares y cumpliera con contenidos mínimos, podría considerárselo como integrante del “derecho a un nivel de vida adecuado”, previsto en el Artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (–en adelante PIDESC–)”⁷ (CELS, 2004b: 9). Desde ya, esto sería sólo un detalle si el resto de sus elementos constitutivos fueran acordes con una perspectiva de derechos.

Sin embargo, la lista continúa. La exclusión de los miembros de la sociedad de todos los bienes y servicios sociales no se resuel-

⁷ El derecho a un nivel de vida adecuado está garantizado en el artículo 11 del PIDESC de la siguiente forma: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”. Por su parte, el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”.

ve únicamente a partir de la entrega de una ayuda económica en pesos, sino que resulta necesario un conjunto de acciones articuladas para abordar integralmente una problemática de tamaño complejidad. Más aún, el monto asignado a cada receptor (\$150) resulta insuficiente para garantizar el acceso a instituciones sociales (salud, educación, previsión social, entre otros).

Luego, al consagrar una prestación indiferenciada por cada jefe/a de hogar desocupado/a, el PJJHD no realizó distinción alguna según la composición del grupo familiar. De esta manera, cuanto mayor es la cantidad de integrantes del hogar, menor resulta la incidencia de la prestación en términos del logro de los objetivos planteados, afectando así, entre otros derechos, la igualdad ante la ley⁸.

Otro punto sobre el que merece llamar la atención, reside en la inexistencia de mecanismos administrativos y/o judiciales de reclamo previstos en la normativa del plan. A pesar de ello, como se analizará posteriormente, se han presentado numerosas acciones de amparo en las cuales personas, que reúnen los requisitos establecidos en la reglamentación, reclamaron su incorporación al PJJHD y cuestionaron el cierre de la inscripción (restricción que como se verá más adelante, no estaba prevista en el ordenamiento legal) (Campos, Faur y Pautassi, 2007).

Únicamente, el artículo 10 de la Resolución 312 del Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social (MTEySS) –que reglamenta el Decreto 565/02, que da origen al PJJHD– establece: “La Municipalidad deberá comunicar por medio público idóneo o personalmente a los postulantes la aprobación o rechazo de su solicitud. En el primer supuesto, le informará las actividades que debe efectuar por percibir el beneficio y el lugar y horario donde realizarlas. De rechazarse la solicitud, le informará los motivos”. El texto del decreto y las posteriores resoluciones se encargan de aclarar expresamente que en caso de rechazo del plan, el postulante sólo

⁸ Según el informe del CELS (2004b: 20), si se tomara una familia compuesta por diez integrantes, un simple cálculo matemático indicaría que la prestación establecida en el PJJHD alcanzaría a \$0,50 diarios por cada integrante. Esta ecuación exime de mayores comentarios. Paradójicamente, cabe destacar que, de acuerdo con un estudio desarrollado por la Secretaría de Empleo del MTEySS, los hogares que cobran el PJJHD tienen un tamaño medio de 4,5 miembros (MTEySS, 2003).

tiene derecho a ser informado de los motivos, pero no sobre los recursos existentes contra dicha decisión⁹.

Como señalan Campos, Faur y Pautassi (2007: 325): “si bien podría argumentarse que, como cualquier acto de la administración, dicha resolución estaría sujeta a las impugnaciones previstas en las leyes de procedimiento administrativo, lo cierto es que la omisión en establecer de manera expresa tal alternativa no parece ingenua. La norma descripta sugiere la intención estatal de desincentivar la presentación de reclamos y reservar la asignación de los planes para el manejo discrecional. No puede asumirse que la población a la que está dirigida el Plan Jefes y Jefas, conozca las alternativas legales en caso de rechazo de su solicitud de ingreso como beneficiario o que posea los recursos necesarios para efectuar la correspondiente consulta legal”.

Finalmente, generó un efecto aún más delicado: la supuesta “inclusión social” dependería de la continuidad de plan. El decreto 565/2002 que crea el PJJHD en sus considerandos expresa: “la necesidad de universalizar urgentemente el Plan Jefes y Jefas de Hogar, con el fin de asegurar un mínimo ingreso mensual a todas las familias argentinas”. Pese a ello y teniendo en cuenta que el PJJHD aun continúa vigente como política de transferencia de ingresos, cabe recordar que el 17 de mayo de 2002 se tomó la decisión de congelar las inscripciones que permitían el acceso. Llama la atención que ésto no tuviera su correlato en ninguna norma o resolución por parte del PEN. Consecuentemente, todas aquellas personas que no habían sido inscriptos hasta el momento o que se convirtieron en jefes/as de hogar desocupados/as luego de esa fecha, no fueron reconocidos como legítimos mercedores de esta política (CELS: 2004 b).

Como se analizará en el apartado tercero, el principal argumento esgrimido por el PEN para justificar el cierre del plan fue la apelación a cuestiones presupuestarias por haberse excedido “el

⁹ En consecuencia, el PEN no está cumpliendo con la disposición del artículo 40 del Decreto 1759/72 (reglamentario de la ley nacional de procedimientos administrativos) que establece: “las notificaciones indicarán los recursos que se puedan interponer contra dicho acto y el plazo dentro del cual deben articularse los mismos...”. Los peticionantes del PJJHD en ningún caso han sido notificados de la existencia de recursos que permitan cuestionar la resolución que dispuso el rechazo de su ingreso al plan (CELS: 2004b).

cupo” previsto al momento del lanzamiento del programa. Como señala una funcionaria del MTEySS: “Hubo dificultades para identificar a los desocupados ya que esto se llevó a cabo a través de un criterio de autoidentificación– y se había hecho un cálculo de 700.000 personas que se vio ampliamente superado por la inscripción masiva al PJJHD (...) esto puede atribuirse entre otras cosas a las mujeres que no eran identificadas por las estadísticas como desocupadas/jefas de hogar y que al salir el programa pasaron a formar parte de ese grupo”¹⁰.

En consecuencia, no obstante la existencia de diferencias destacables –principalmente ligadas a su cobertura, a la profusa legislación que lo reglamenta y al cambio discursivo–, el PJJHD presenta todavía características que lo alejan a una política pensada acorde al “enfoque de derechos”.

2. PJJHD: actores, estrategias y articulaciones (o no) ligadas a su judicialización

En lo que respecta a la intervención de la justicia frente al cierre de la inscripción al PJJHD, cabe preguntarse quiénes han sido los actores que recurrieron a la justicia¹¹. Como se dará cuenta en el siguiente apartado, en líneas generales, del universo de casos evaluados surge que, además de tres abogados particulares, han actuado frente al Poder Judicial (PJ), organizaciones intermedias como el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) patrocinando presentaciones individuales así como invocando la legitimación colectiva, Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) que junto con el CELS presentaron una acción puramente colectiva, y Defensa de Usuarios y Consumidores (DEUCO), que también promovió un caso colectivo.

Puntualmente en el caso del CELS, luego de analizar este y otros programas sociales a partir de los estándares de derechos humanos, se tomó la decisión de llevar casos individuales a la jus-

¹⁰ Entrevista realizada en Buenos Aires el 16 de agosto de 2007.

¹¹ Nuevamente debe recordarse aquí que el universo de casos contemplados en este trabajo sólo alcanza a aquellos que tuvieron por objeto denunciar la ilegalidad del cierre en los hechos del PJJHD y la consecuente imposibilidad de acceder a él, con posterioridad al 17 de mayo de 2002.

ticia con la doble finalidad de evidenciar las brechas entre el diseño e implementación de estas políticas y el enfoque de derechos, y lograr el restablecimiento del supuesto “derecho” para las personas afectadas. De todas formas, estas estrategias tenían por detrás –al menos indirectamente– el objetivo de lograr una reforma de política pública: concretamente la reapertura de la inscripción al programa. Es por ello que, en todos los casos patrocinados por el CELS los actores invocaron la legitimación para actuar en representación de los intereses y derechos de todas las personas que se encontraban en su misma situación en consonancia con el artículo 43 de la Constitución Nacional (CN).

Luego, en vistas a la falta de receptividad del PEN para realizar esta transformación de política pública (a pesar de las condenas judiciales), y atendiendo a la evidente abstención del PJ de otorgar legitimación colectiva a actores particulares, el CELS en conjunto con ACIJ ha procurado la presentación de un amparo colectivo el que, a la fecha de publicación de este artículo, está pendiente de resolución.

Cabe señalar que salvo excepciones, estos casos no resultan de interés para la actividad corriente de los abogados del sector privado, dado fundamentalmente por la incapacidad de pago de honorarios por parte de los afectados y el hecho de que tampoco sería posible deducirlos del resultado del proceso debido al ínfimo monto de la prestación que está en juego. En efecto, el monto del subsidio reclamado resulta exiguo en comparación con los costos que insume la tramitación de un expediente judicial para el abogado que patrocine el caso y para la administración de justicia en general. Por lo que podría pensarse que los perjudicados por el cierre de la inscripción que recurrieron a la justicia en búsqueda de la exigibilidad de sus derechos sólo han sido aquellos que han podido contar con el apoyo de patrocinios jurídicos gratuitos o servicios *pro bono*¹².

En cuanto a las organizaciones sociales de base que agrupan a receptores o potenciales receptores de este tipo de políticas, las

¹² Nos referimos a recursos, tiempo y servicios de asesoramiento y patrocinio, que de manera gratuita brindan estudios jurídicos privados en causas de interés público. El término *pro bono* constituye una contracción de la expresión latina *pro bono publicum* (por el bien público).

estrategias judiciales no han sido consideradas como una opción. Si bien no necesariamente esta vía es rechazada como alternativa posible, no se conocen casos de acciones judiciales impulsadas por estos actores. Probablemente, además de los desincentivos formales anteriormente mencionados, en muchos casos estos mecanismos de exigibilidad parecen haberse visto desmotivados por el hecho de que para la obtención de planes sociales las estrategias de negociación, presión y movilización suelen ser *a priori* más eficientes, al menos, en el corto plazo.

Además de la “ineficiencia”, en muchos casos la confrontación judicial puede ser un elemento negativo a la hora de desarrollar posteriores o simultáneas estrategias más próximas a la negociación. Como señalara una de las integrantes de un movimiento de trabajadores desocupados: “Para qué recurrir a la justicia y enfrentarnos cuando tenemos que conservar el diálogo y pueden caer represalias y sacarnos los planes”¹³. Así, los actores sociales eligen impulsar mecanismos políticos-sociales en detrimento de estrategias legales (judiciales) que en muchos casos “despolitizan” el eje de la cuestión¹⁴.

Como se puede apreciar, en líneas generales son individuos aislados por fuera de marcos organizativos, que quedan al margen de las lógicas de contención y reclamo de los actores sociales colectivos, los que han elegido la opción judicial para hacer valer sus derechos.

Más allá de aquellos actores que efectivamente presentaron reclamos en sede judicial, cabe referirse aquí también, a la actuación de la Defensoría del Pueblo de la Nación y del Consejo Nacio-

¹³ Entrevista realizada en Buenos Aires el 6 de agosto de 2007.

¹⁴ Como señalan Abramovich y Courtis (2006), los mecanismos de exigibilidad son estrategias legales y/o políticas y sociales, utilizadas en el marco de protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Existen diferentes mecanismos y procedimientos que posibilitan su exigibilidad tanto en el ámbito jurídico como en el político-social. En el primer caso se busca utilizar los recursos jurídicos existentes en los distintos ámbitos (nacional o internacional) para obligar a los Estados a respetar las obligaciones que han contraído en materia de DESC. En el segundo puede promoverse el desarrollo y vigencia de los DESC mediante la incidencia en políticas y programas públicos, el impulso de leyes, la realización de manifestaciones, etc. En este sentido, la presión, reclamo o demanda de los DESC por parte de la sociedad es la garantía de aplicación y cumplimiento de estos derechos.

nal de Administración, Ejecución y Control (CONAEYC) en relación con el cierre del PJJHD en mayo de 2002, a pocos meses de haberse lanzado la política.

En el primer caso, la Defensoría del Pueblo de la Nación¹⁵, mediante la resolución 04/04 de fecha 19 de febrero de 2004, le recomendó al MTEySS la reapertura de la inscripción al PJJHD, con el objeto de permitir el acceso y, consecuentemente, en su caso, el otorgamiento del subsidio, a aquellos ciudadanos que reúnan los requisitos normativos establecidos por el Decreto 565/02. Asimismo, en sus considerandos expuso que el cierre de la inscripción al PJJHD ha sido dispuesto sin que exista norma alguna que así lo estableciere vulnerando los derechos de los afectados y en contradicción con el “derecho familiar a la inclusión social”, mencionado en el decreto de su creación.

Por su parte, el CONAEyC tomó posición frente al cierre de la inscripción del PJJHD y en su primer informe entregado al PEN (donde en general se señalan diferentes aspectos que deberían mejorarse del diseño e implementación del PJJHD) remarcaba concretamente que “considera fundamental reabrir la inscripción para garantizar efectivamente la universalidad del derecho”. Asimismo, en su segundo informe, de julio de 2002, señalaba: “Para asegurar la universalidad del derecho familiar de inclusión social y el acceso efectivo al Programa de todos los Jefes y Jefas de Hogar Desocupados del país que cumplan las condiciones legalmente establecidas, el CONAEyC reitera que no debería limitarse la posibilidad de inscribirse para acceder al mismo. Si bien se comprende que, dada la magnitud del Programa, la autoridad de aplicación determinara suspender transitoriamente la incorporación de postulantes al registro de beneficiarios el 17 de mayo pasado –para poder ordenar el proceso administrativo y realizar los controles previstos en la normativa vigente–, se considera fundamental reabrir la inscripción para garantizar efectivamente la universalidad del derecho”¹⁶.

¹⁵ www.defensor.gov.ar/informes/info37-sp.htm.

¹⁶ Segundo Informe de la Defensoría al Presidente de la Nación sobre el Derecho Familiar de Inclusión Social y el Programa Jefes y Jefas de Hogar Desocupados, julio 2002.

El CONAEyC ha ratificado en forma reiterada la información sobre la inexistencia de formalización del cierre de la inscripción. En este sentido, una respuesta a un pedido de informes de la Defensoría del Pueblo de la Nación señala que “habiendo consultado al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación en la reunión ordinaria N° 83 de fecha 22 de enero de 2004, el CONAEyC informa que no existe acto administrativo alguno que de cierre a la inscripción de beneficiario al Programa Jefes de Hogar”.

Finalmente, el CONAEyC ha señalado su preocupación por el lanzamiento de otros planes¹⁷ mientras que el PJJHD continua cerrado para nuevos receptores: “La inoportunidad del lanzamiento de otros programas asistenciales, la incertidumbre por el sustento financiero del plan y la necesidad de contar con un sistema libre de irregularidades o denuncias fueron algunos de los reparos que plantearon desde el Consejo a La Nación”¹⁸.

Sin embargo, ni el Defensor del Pueblo de la Nación ni el CONAEyC han tenido mayor éxito en este punto¹⁹. Como señala una ex miembro de esta última entidad gubernamental, en líneas generales, las respuestas del PEN han tenido que ver con limitaciones estrictamente presupuestarias²⁰. Según ella: “Estos problemas también están relacionados con la creación del programa a través de un Decreto y no de una ley nacional que le de origen, con lo que ello implica en términos de la jerarquía normativa y de la volatilidad de la política”²¹.

¹⁷ Respecto al lanzamiento de otros planes en paralelo al cierre del PJJHD, véase el apartado 4 de este trabajo donde se hace referencia a la creación del Programa de Empleo Comunitario (PEC).

¹⁸ *La Nación*, “Extienden los planes de asistencia social”, Buenos Aires, 17 de junio de 2002.

¹⁹ Más allá de la actuación del CONAEYC, llama la atención la ausencia de rol de los Consejos Consultivos en torno a los mecanismos de reclamo. Como señalan Campos, Faur y Pautassi (2007: 325): “Los Consejos Consultivos podrían cumplir una función importante, tanto en lo referido a la simplificación del acceso como en la elaboración de mecanismos sencillos que permitan revertir decisiones de la administración que afecten los derechos de los receptores. Para ello debe dotárselos de funciones en tal dirección, así como también de infraestructura y personal”.

²⁰ Conforme veremos en el apartado 3 de este trabajo, ésta también ha sido la respuesta del PEN ante los planteos en sede judicial.

²¹ Entrevista realizada en Buenos Aires el 9 de agosto de 2007.

En relación con la articulación de las agendas de los diferentes actores que han participado en este proceso, cabe destacar que, en líneas generales, por ejemplo, las sentencias judiciales no han sido utilizadas para plantear la discusión sobre políticas sociales y realizar reclamos hacia el PEN. Básicamente, no han servido como insumos para alimentar el debate sobre la transformación de la política pública.

Desde ya, esto no llama la atención en los casos llevados adelante por los abogados particulares donde naturalmente se desarrollan estrategias a nivel del PJ sin buscar necesariamente que los resultados obtenidos generen cambios en las políticas públicas. Sin embargo, esto resulta al menos llamativo para el caso de los diferentes actores que han remarcado sostenidamente la situación de ilegalidad en la que se encontraba el PEN y la falta de adaptación del PJJHD a los estándares de derechos humanos, pero no han planteado una estrategia intensiva hacia el PEN o hacia el Poder Legislativo Nacional (PLN) e hicieron uso de las variadas sentencias que estaban disponibles.

Un último elemento para destacar en este punto, es la casi total ausencia del PLN en general en toda la discusión sobre programas sociales y en particular sobre el programa aquí analizado²². Esto es coherente con la ausencia del PLN en la discusión sobre políticas sociales y con la creación bajo la órbita del PEN de los diferentes programas sociales (sea por la vía de un decreto o de una resolución). Como se podrá apreciar en el apartado siguiente, el PLN sólo aparece en escena cuando es invocado por el PEN, al momento de poner de manifiesto en las causas judiciales las razones que llevaron al cierre de la inscripción del PJJHD²³.

²² Sólo cabe señalar un pedido realizado por el diputado Raimundi (ARI), el 7 de diciembre de 2006, para tomar conocimiento sobre el estado del PJJHD y sobre las características y alcance cuantitativo del Programa de Empleo Comunitario (PEC), que fue respondido el 18 de diciembre de 2006 por el CONAEYC.

²³ En este punto no se puede dejar de hacer notar que resulta al menos llamativo que el PEN apele permanentemente a la “responsabilidad” del Congreso en tanto espacio de discusión/aprobación del presupuesto nacional, en un contexto en el cual se han delegado facultades en el jefe de Gabinete de Ministros de la Nación para hacer modificaciones de las partidas presupuestarias.

3. PJJHD: la discusión judicial en torno al cierre de la inscripción

Con el objeto de estudiar el abordaje, respuesta y dinámica de interacción de los distintos actores en el marco de los procesos judiciales relevados²⁴, en lo que sigue se dará cuenta de: a) el modo en que los magistrados fundaron sus decisiones y el alcance de éstas; b) las manifestaciones volcadas por los jueces en sus resoluciones que permitirían establecer límites y márgenes jurídicos a la discrecionalidad estatal en el diseño y ejecución de políticas públicas; c) las consideraciones efectuadas en torno a la posibilidad de que un particular y/o una organización representen en una única acción los intereses del colectivo de personas afectadas por el cierre de la inscripción (legitimación colectiva); d) el tiempo de duración de los procesos; e) la reacción del PEN ante el cuestionamiento efectuado; f) el grado de acatamiento por parte del PEN de las decisiones judiciales adoptadas.

3. A. Fundamentos y alcances de las decisiones judiciales

Este punto tiene en miras recoger, tanto el tipo de remedio dispuesto por los magistrados intervinientes, como los fundamentos en que se han basado. En todos los casos aquí en estudio²⁵, se ha solicitado a través de medidas cautelares que se permitiera la postulación-inscripción al plan de quienes presentaron la acción en forma provisoria, hasta tanto se resolviera el fondo del asunto, es decir, la legalidad o ilegalidad de impedir su postulación al plan²⁶.

²⁴ Conforme se detalla en el anexo metodológico que se incluye al final del trabajo, se trata de un total de quince expedientes judiciales que se encuentran en distintas instancias procesales en el ámbito de la Justicia Federal de la Seguridad Social de la Capital Federal.

²⁵ Es importante aclarar que en este apartado no se incluirán consideraciones relativas a los casos colectivos en los que fueron asociaciones civiles las que actuaron en representación del universo de potenciales receptores del PJJHD, en tanto serán abordadas en particular en el apartado 3. C.

²⁶ Las medidas cautelares tienen por finalidad impedir que el derecho cuyo reconocimiento se pretende obtener judicialmente pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación del juicio y el pronunciamiento de la sentencia definitiva (Palacio, 1998: 773-774). Las tres condiciones básicas que deben necesariamente ser acreditadas para la procedencia de toda medida cau-

En virtud de ello, seguidamente se hará referencia a las decisiones relativas a las medidas cautelares solicitadas y posteriormente, a aquellas que resuelven la cuestión de fondo planteada en cada caso.

3. A. I. Las respuestas frente a los pedidos de inscripción provisoria

Si bien en algunos casos los jueces rechazaron la solicitud efectuada²⁷, este criterio no ha sido el preponderante. En las causas en que la medida fue concedida, se verifican fundamentalmente dos criterios: o bien el magistrado ordena directamente la inscripción en el programa, o bien manda a que el MTEySS verifique el cumplimiento de los requisitos exigidos por el decreto 565/02 y en caso afirmativo proceda a la inscripción.

En los casos “Alegre” y “Ramos”, en los que la acción había sido promovida por 45 y 42 actores respectivamente, las órdenes han incluido, entre otras, la directiva al Ministerio de Desarrollo Social de la Nación de proveer a los menores de edad involucrados alimentos nutritivos y/o con nutrientes. A la vez, en el segundo caso, además de ello, se le ordenó al Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación entregar a los actores y a sus familias, los medicamentos, tratamientos y/o prestaciones que fueran necesarias.

A la hora de fundar sus resoluciones, los magistrados no han abundado en consideraciones. En general, ha bastado la comprobación de que el programa se encontraba vigente tras sus sucesivas prórrogas. Asimismo, en casi todos los casos se evidenció la presencia de una prestación de carácter eminentemente alimentario a fin de justificar la necesidad de dar protección de manera inmediata, antes de que se llegara a la resolución final del caso.

A modo ilustrativo puede señalarse el pronunciamiento de la Sala III de la Cámara de Apelaciones de la Seguridad Social en “Luján”. En este precedente se hizo referencia al hecho de que el

telar son: a) la verosimilitud en el derecho invocado como fundamento de la pretensión principal, b) el temor fundado de que ese derecho se frustre o sufra menoscabo durante la sustanciación del proceso tendiente a tutelarlos [generalmente denominado “peligro en la demora”], y c) la prestación de una contracautela por parte del sujeto activo (ídem: 775)

²⁷ Cfr. decisión de primera instancia en materia cautelar recaída en “Callisaya” y “Molina”, así como la decisión de la Cámara de Apelaciones en “Pinto”.

PJJHD estaba vigente al momento en que se presentó el pedido de inscripción, para tener por acreditado el cierre ilegítimo e infundado del programa. Se agregó además, que el cierre de la inscripción no dispuesto por acto administrativo alguno causa un perjuicio irreparable en tanto “impide a los interesados acceder a beneficios que hacen a su subsistencia”²⁸.

Es quizás en “Sales”, donde se ha dado mayor fundamentación al otorgamiento de la medida. Allí, el juez efectúa las siguientes consideraciones: “Es deber del juzgador compadecerse con el mandato constitucional que garantiza la protección integral de la familia (art. 14 *bis*) y no condenar a la actora al desamparo (...), por ello es que debo tener en cuenta el principio que impone a los jueces actuar con suma cautela cuando deciden cuestiones que conducen a la denegación de prestaciones de carácter alimentario (...) En el caso (...) el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, fija como fecha límite de ingreso al Programa Jefes y Jefas de Hogar Desocupados el 17 de mayo de 2002, impidiendo el ingreso de nuevos beneficiarios, con posterioridad a dicha fecha. *Tratándose ésta, de una prestación de eminente carácter alimentario, no encuentra basamento legal el límite temporal impuesto por el Ministerio, ni se justifica negar a persona alguna una prestación de estas características, por el mero hecho del transcurso de una fecha dada (...)* Por ello considero se encuentra acreditado no sólo uno de los presupuestos necesarios para el otorgamiento de una medida cautelar, el *periculum in mora*²⁹, sino que también la verosimilitud en el derecho del accionante el cual aparece *a priori* acreditada en autos”³⁰ (el destacado es propio).

A la vez, es importante hacer referencia aquí a las resoluciones en las que se hizo lugar a la ampliación de las medidas cautelares solicitadas por la defensora oficial interviniente en los casos “Alegre” y “Ramos”. Como pauta para entender sobre qué bases los jueces de primera y segunda instancia hicieron lugar a medidas

²⁸ Cfr. Fallo de la Sala III de la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social en “Luján”, sentencia del 31 de octubre de 2005.

²⁹ Cfr. nota 25. El *perigo en la demora* es uno de los requisitos que se exigen para que proceda el dictado de una medida cautelar.

³⁰ Cfr. resolución de primera instancia recaída en “Sales”, con fecha 27 de junio de 2004.

tan amplias, es útil tener presente que en “Alegre” la mayor parte de las reclamantes eran mujeres con hijos menores a su cargo. Así el caso involucraba 67 niños, de los cuales 59 tenían menos de 10 años. Adicionalmente la Fiscal Federal, apoyó esa solicitud atendiendo al cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño, con rango constitucional en el país.

En “Ramos”, la jueza se declaró incompetente para merituar la solicitud de la defensora de ordenar la concesión de un plan alimentario a favor de los actores y sus familias al entender que tal atribución estaría a cargo de los municipios. La Defensora Oficial apeló tal resolución, destacando que según dicho criterio, se deberían promover “acción por salud”, “acción por reclamo de alimentos”, “acción por reclamo de viviendas”, etcétera, lo cual además de demorar y agravar la situación denunciada, podría provocar un “...colapso judicial frente a la diversidad de reclamos que tienen todos en una misma causa”. Sostuvo también que se incurriría así “en una doble arbitrariedad: una producida por los distintos organismos estatales que no dan respuesta a situaciones de extrema pobreza y otra por parte de la justicia que obliga a promover por separado para cada uno de los derechos vulnerados y ante tantas jurisdicciones”. Finalmente, la Cámara de Apelaciones dio la razón a la defensora en tanto afirmó que la magistrada de primera instancia en efecto podía y debía resolver todos los planteos efectuados.

3. A. II. Los alcances y consideraciones en relación con el fondo de la cuestión

Pasando a los pronunciamientos de fondo, en relación con los remedios dispuestos, se advierte que, en general, los jueces han reconocido el derecho de los reclamantes a que el MTEySS verifique si cumplían los requisitos para ser incluidos como receptores del PJJHD y en caso afirmativo, proceda a su incorporación³¹.

En la sentencia recaída en “Sales” el juez dio un giro novedoso al asunto, al brindarle la posibilidad al MTEySS de optar por

³¹ Cfr. resoluciones de fondo recaídas en “Sales”, “Callisaya”, “Pinto” y “Luján”.

inscribir a Sales en el PJJHD o en otro de los planes asistenciales existentes³².

Es asimismo dicha sentencia la más rica y extensa en argumentos de derecho para basar la decisión. El juez apela tanto al derecho de peticionar a las autoridades³³, como a los derechos a la alimentación, a un nivel de vida adecuado y otros indispensables para acceder a la canasta básica de bienes y servicios³⁴, y al derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación³⁵.

³² Al efecto, en el resolutorio se lee “que las autoridades verifiquen dentro de los 10 días de notificado el presente decisorio, si el mismo reúne los requisitos necesarios para acceder *al Plan solicitado y/o a alguno de los planes asistenciales existentes*, debiendo proceder, en caso afirmativo y en el mismo plazo, a su inclusión” (el destacado nos pertenece).

³³ En este punto, el juez resolvió que correspondía “Amparar el derecho constitucional del Sr. Andrés Julio Sales, a *peticionar ante las autoridades*, a fin de que éstas verifiquen, dentro de los 10 días de notificado el presente decisorio, si el mismo reúne los requisitos necesarios para acceder al Plan solicitado y/o a alguno de los planes asistenciales existentes...” (el destacado nos pertenece). Cfr. sentencia del 27 de octubre de 2004 en “Sales”.

³⁴ El decisorio destaca en este punto: “el Estado tiene la obligación constitucional de adoptar las medidas necesarias para proteger a los ciudadanos que así lo requieran y es de conocimiento público que las actuales autoridades constitucionales, entre otras medidas, han instaurado distintos programas de ayuda entre los cuales encontramos el denominado ‘Programa Jefes de Hogar’ (...) Ante dichas argumentaciones, corresponde expresar que no es desconocido el principio constitucional que afirma que el ‘Estado otorgará los beneficios de la Seguridad Social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable’ (art. 14 *bis* de nuestra Carta Magna). Asimismo, tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como el Pacto de San José de Costa Rica impulsan las ideas directrices de que todas las personas tienen derecho a trabajar, tener un nivel de vida adecuado, una vivienda, alimentación y educación, siendo estos temas fundamentales, pilares para lograr la erradicación de la pobreza. Entendemos mínimamente por pobreza la inexistencia de los recursos que procuren la canasta básica de bienes y servicios...”. Más adelante se retomará esta cuestión.

³⁵ Se afirma así que “retomando la manifestación de la demandada respecto de que ‘no es posible a la fecha otorgar nuevos subsidios a los postulantes inscriptos, toda vez que no existe posibilidad de exceder los límites impuestos por la Ley de Presupuesto’ (cfr. fs. 196 vta.), es muy probable que involuntariamente se esté generando *un trato no igualitario* entre ciudadanos que reúnen las mismas características, lo que debería subsanarse arbitrando los mecanismos conducentes a evitar una discriminación (...) *El tratamiento igualitario* tiende en el Estado de derecho a evitar el privilegio de las *discriminaciones* que se producen cuando se olvida la aplicación de las normas que rigen determinada actuación” (Cámara de Apel. Cont. Adm. Trib. de la Ciudad Aut. de Bs. As., Ciudad de Buenos Aires, Sala II, *in re* “Aguas Argentinas S.A. c. Comisión Municipal de la Vivienda s. Ejecución Fiscal”, sentencia del 6 de agosto de 2002).

En “Callisaya” y “Pinto” los fundamentos de fondo son más escuetos, limitándose la jueza interviniente a señalar que “al no haber cesado las causales que dieron origen a la creación del mencionado programa, ni surgiendo de las distintas resoluciones que lo reglamentaron una fecha límite para anotarse y poder así resultar beneficiario del mismo, no se advierte fundamento válido para que se haya puesto fecha de cierre de inscripción al Programa”.

Asimismo en “Callisaya” se hace expresa referencia a que el programa se creaba en cumplimiento del mandato constitucional de “garantizar la protección integral de la familia y asegurar el acceso de los hijos (...) a la educación formal y propiciar, en su caso, la incorporación de los Jefes o Jefas de Hogar desocupados a la mentada educación, o su participación en cursos de capacitación, que coadyuven a su futura reinserción laboral”³⁶. Evidentemente, el juez le da importancia a que éste fuera el objeto del Plan, no pareciendo admitir entonces que, en el contexto de crisis, el programa dejara de existir.

Por su lado, la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social, al confirmar la sentencia de primera instancia en este caso, se limitó a referirse a las sucesivas prórrogas de la emergencia ocupacional nacional y del PJJHD.

De la lectura de las resoluciones de fondo dictadas en “Callisaya” así como de la recaída en primera instancia en “Pinto”, podría interpretarse que los magistrados no dudan en defender la existencia y obligatoriedad de este tipo de programas en un contexto de emergencia social, pero que no necesariamente sostendrían que existe una obligación constitucional de contar con subsidios al desempleo o prestaciones sociales fuera de situaciones críticas.

Se observa así que, a la hora de fundar sus pronunciamientos de fondo, los magistrados han oscilado entre argumentos puramente formales vinculados con la inexistencia de una norma que estableciera una fecha límite para el acceso al programa, y fundamentos más sustantivos relativos las obligaciones estatales que se derivan de la incorporación de los derechos humanos al ordenamiento legal. Entre las decisiones que se inscriben en esta segunda línea, se puede hacer una distinción entre aquellos magistrados

³⁶ Ello surge de los fundamentos del Decreto 565/02 de creación del PJJHD.

que vinculan la obligación de adoptar medidas de protección –como el PJJHD– exclusivamente a la existencia de crisis socio-económicas, y aquellos que parecen concebir que el Estado, en virtud de su deber de garantizar derechos humanos básicos, está siempre obligado a ello³⁷.

Finalmente, otro aspecto interesante que surge de la lectura de los fundamentos de las distintas decisiones judiciales relevadas tiene que ver con algunos lineamientos que los magistrados han esbozado en relación con los márgenes y límites que entienden, rigen la actuación del poder público a la hora de diseñar e implementar políticas tendientes a satisfacer los DESC.

3. B. Límites y márgenes a la discrecionalidad estatal en el diseño y ejecución de políticas públicas vinculadas a derechos sociales

3. B. I. Límites a la discrecionalidad estatal

Las resoluciones analizadas demuestran un principio de acuerdo entre distintos actores del fuero federal de la seguridad social, en relación con la imposibilidad de aceptar como argumento válido para denegar la satisfacción de derechos humanos básicos aquel vinculado a restricciones presupuestarias.

Un primer caso en el que se desestima rotundamente la posibilidad de justificar el cierre en los hechos del programa a partir de limitaciones presupuestarias es “Sales”. En este caso particular, el magistrado no solo niega la entidad de aquel argumento sino que también rechaza la posibilidad de que el PEN recurra a la mención de problemas de estructura administrativa para negar o poner en peligro derechos básicos de los ciudadanos³⁸. En este sentido, el juez fue enfático al negar que la estructura administra-

³⁷ Volveremos sobre este último punto en el apartado siguiente al referirnos a los límites a la discrecionalidad estatal.

³⁸ El juez interviniente es contundente al afirmar: “no es posible aceptar la invocación de problemas presupuestarios y de estructura administrativa como suficiente justificativo para poner en peligro la vida y la salud de un ciudadano, más aún si existen menores a su cargo, pues aceptar esa excusa como válida implicaría reconocer que la escala de valores aplicada antepusiera un aspecto meramente material a uno de fondo de relevancia superior como son los derechos consagrados por nuestra Constitución, a la alimentación, a la salud y a la vida...”. Cfr. “Sales”, sentencia de fondo del 27 octubre de 2004.

tiva descentralizada que se eligió para la implementación del PJJHD pudiera exonerar a la administración central de la responsabilidad por los problemas que se generaran en su gestión³⁹.

En paralelo, en las sentencias definitivas en los casos “Pinto” y “Callisaya” –ambos resueltos por la misma magistrada– se vuelve a desestimar el argumento de la demandada respecto a las limitaciones que representaba la asignación presupuestaria del PJJHD. En tal sentido, la jueza destacó que “si bien es cierto que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 26) vincula beneficios sociales con recursos disponibles, ello nunca puede entenderse como una directriz para denegar un beneficio netamente de carácter alimentario”⁴⁰.

Por último, en el caso “Luján”, la Sala III de la Cámara Federal de la Seguridad Social, también desechó la defensa del Ministerio relativa a los límites de la partida presupuestaria. En este punto, la Cámara estimó que la existencia o reconocimiento de un derecho no puede quedar supeditado a la estimación de las consecuencias económicas que de ello resulte para el fisco⁴¹.

Otro punto a destacar que surge de la sentencia definitiva recaída en “Sales” tiene que ver con el hecho de que el juez entienda que la instauración del programa responde al acatamiento de obligaciones constitucionales, razón por la cual no parece concebir la posibilidad de que no exista un plan vigente que permita garantizar los derechos a la alimentación, a un nivel de vida adecuado, y otros indispensables para acceder a la canasta básica de bienes y servicios⁴².

³⁹ En este punto, expresó: “lo que no puede admitirse es que la delegación de tareas operacionales genere una extinción en la responsabilidad de la gestión por parte de la Administración Central (...), no siendo (...) justificativo (...) que se invoque la delegación y descentralización de las tareas operacionales de los diversos planes para exonerar responsabilidades en la gestión”. Cfr. “Sales”, sentencia de fondo del 27 octubre de 2004.

⁴⁰ Cfr. sentencias definitivas recaídas en “Pinto” y “Callisaya”, pronunciamientos del 25 de abril de 2004 y del 15 de junio de 2006, respectivamente.

⁴¹ Cfr. fallo de la Sala III de la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social en “Luján”, sentencia del 31 de octubre de 2005.

⁴² El magistrado expresa en este punto: “el Estado tiene la obligación constitucional de adoptar las medidas necesarias para proteger a los ciudadanos que así lo requieran y (...) las actuales autoridades constitucionales, entre otras medidas,

Finalmente, la sentencia en “Sales” también deja en claro que cuando el Estado diseña un plan social que en realidad materializa el cumplimiento de un derecho, ese plan y su implementación puede ser sometido a las evaluaciones de razonabilidad y proporcionalidad, clásicas a la hora de analizar la validez de restricciones o limitaciones que a los derechos impone su regulación.

Así, el magistrado, antes de concluir que no se ha acreditado que se encuentre cerrada la inscripción en legal tiempo y forma al PJJHD, destaca a través de una cita doctrinaria que “los derechos sociales deben ser regulados por ley del Congreso y es potestad de este órgano determinar la extensión y contenido exacto de la garantía constitucional. Pero *tal potestad reglamentaria debe constituir una razonable regulación del derecho en cuestión y las medidas deben ser proporcionadas al fin buscado, que no es otro que el efectivo goce del derecho y su armonización con los demás derechos de los restantes integrantes de la comunidad*”⁴³ (el destacado es propio).

Una última cuestión a señalar en relación con límites que han sido considerados inválidos para restringir el acceso a prestaciones sociales, es que en el caso “Luján”, se sostuvo, que no es posible negar a persona alguna una prestación de carácter alimentario, por el mero hecho del transcurso de una fecha dada⁴⁴.

3. B. II. El reconocimiento al PEN de ámbitos de libertad para definir políticas públicas

En cuanto hace a los márgenes que se le reconocen al PEN para la definición de políticas públicas, la sentencia de fondo en “Sales” vuelve a ser relevante. En dicha decisión judicial, son

han instaurado distintos programas de ayuda entre los cuales encontramos el denominado Programa Jefes de Hogar”. Asimismo, con cita a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y al Pacto de San José de Costa Rica, el juez concluye que “la norma fundamental obliga a los poderes del Estado a actuar con justicia proveyendo de cobertura a las necesidades básicas de los ciudadanos (arts. 14 y 14 bis de la Constitución Nacional) (...) la reforma del 94 ha ratificado el carácter social de nuestra Constitución Nacional y, consecuentemente, las responsabilidades que tal concepción atribuye al Estado”. Cfr. “Sales”, sentencia de fondo del 10 octubre de 2004.

⁴³ Cfr. “Sales”, sentencia de fondo del 10 octubre de 2004.

⁴⁴ Cfr. “Luján”, sentencia interlocutoria del 30 de julio de 2004.

numerosas las referencias a la libertad con la que cuenta el poder político para determinar en qué programa social corresponde incluir al actor con miras a resguardar sus derechos fundamentales. Así, mientras que el juez parece afirmar la necesidad de que existan mecanismos estatales tendientes a proteger niveles esenciales de derechos sociales, una vez que éstos existen, el PEN tiene la facultad de determinar en cuál corresponde que el actor sea incluido.

En este orden de ideas, la decisión destaca: “Es el Estado a través de la Administración, quien deberá aplicar *cualquier programa del menú de asistencia, que se halle disponible para atender el “Derecho Familiar de Inclusión Social (...)* Son los organismos propios de la Administración quienes verificarán los requisitos, que reúne el ciudadano que solicita un plan social, *y se le asistirá, de ser el caso, asignándolo al plan de la Seguridad Social que cubra los derechos básicos del mismo y su familia*”⁴⁵ (el destacado es propio).

3. C. Las consideraciones efectuadas en torno a la legitimación colectiva

Este punto tiene por base las respuestas judiciales esgrimidas, por un lado, en dos casos en los que los actores individuales invocaron legitimación para actuar en representación del colectivo de individuos que se encuentran en su misma situación⁴⁶ y, por otro, en dos acciones colectivas interpuestas por organizaciones sociales intermedias⁴⁷.

En todos los casos relevados en los que se invocó la legitimación colectiva y hubo pronunciamiento judicial al respecto⁴⁸, tal pretensión siempre fue rechazada.

En “Sales” el juez es, por un lado, muy tajante para rechazar la acción colectiva, pero por otro, entre los considerandos de la

⁴⁵ Cfr. “Sales”, sentencia de fondo del 10 octubre de 2004.

⁴⁶ Cfr. “Sales” y “Callisaya”.

⁴⁷ Como se verá a continuación, una de ellas fue interpuesta por DEUCO, y la otra por la ACIJ y el CELS.

⁴⁸ Entre el universo de casos relevados, existen algunos en los que se ha invocado legitimación para obrar colectivamente, como por ejemplo “Molina”. No se harán referencias a este caso en este apartado en tanto y en cuanto aún no cuenta con sentencia de fondo de primera instancia.

sentencia efectúa algunas manifestaciones que podrían dar lugar a una decisión más allá del caso particular. En efecto, mientras que se sostiene que se trata de una cuestión “individual y patrimonial”⁴⁹, y que aceptar la legitimación colectiva invocada sería equiparar la acción a una acción popular⁵⁰, el mismo juez expresa que deberían adoptarse mecanismos tendientes a subsanar la situación dado que podría estar generándose un trato discriminatorio⁵¹. Puede alegarse al respecto que si estamos en presencia de una actuación discriminatoria, tal como lo sugiere el magistrado, debería ser procedente la legitimación colectiva invocada, en tanto el derecho a la no discriminación es uno de los derechos expresamente mencionados en el artículo 43 de la CN para cuya protección se ha regulado el amparo colectivo.

A la vez, resulta contradictorio que para fundamentar su decisión de fondo y cautelar, el juez apele a derechos tales como la vida, la salud, la alimentación, la igualdad y no discriminación, y exprese que el Estado está obligado a adoptar medidas tendientes a su protección⁵², mientras que para rechazar la legitimación

⁴⁹ Así, el magistrado sostiene: “En el caso de autos, resulta clara la legitimación activa del Sr. Andrés Julio Sales en cuanto pretende mediante la presente acción la reparación de su derecho constitucional conculcado, por existir un derecho subjetivo individual afectado (...) No sucede lo mismo en cuanto acciona en defensa de ‘la totalidad de los individuos que se encuentran en idéntica situación’, porque no se trata de un planteo vinculado a derechos relativos al medio ambiente, o a la competencia, o que afecten la relación del usuario o el consumidor, ni de ningún otro derecho subjetivo de incidencia colectiva en general, sino que estamos ante *derechos patrimoniales puramente individuales*, cuyo ejercicio y solicitud de tutela corresponden, en exclusiva, a cada uno de los potenciales afectados...”. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo: “La protección de los *derechos patrimoniales puramente individuales* se encuentra al margen de la ampliación de los legitimados establecida en el art. 43 de la Constitución Nacional” (Fallos 321:1252) (el destacado nos pertenece). Cfr. “Sales”, sentencia del 27 de octubre de 2004.

⁵⁰ La acción popular está regulada en algunos ordenamientos jurídicos y otorga la posibilidad de que cualquier persona pueda cuestionar judicialmente cualquier acto o norma que no se ajuste al ordenamiento jurídico existente, independientemente de que tal situación la afecte de manera directa o indirecta. “Se trata de una tutela objetiva del ordenamiento, pretendiéndose que la realidad se ajuste a las prescripciones normativas...” (Bujosa Vadell, 1995: 286).

⁵¹ El magistrado destaca así: “es muy probable que involuntariamente se esté generando un *trato no igualitario* entre ciudadanos que reúnen las mismas características, *lo que debería subsanarse arbitrando los mecanismos conducentes a evitar una discriminación...*”.

colectiva afirme que se está en presencia de derechos patrimoniales puramente individuales.

Cabe preguntarse hasta qué punto el hecho de que el programa consista en el otorgamiento de una prestación dineraria ha contribuido a generar esta contradicción. En este sentido, puede pensarse que si el plan no hubiera consistido en la entrega de dinero exclusivamente, quizás al magistrado le hubiera sido más difícil sostener que se estaba en presencia de derechos meramente patrimoniales. Asimismo, pareciera que el haber conceptualizado el derecho en juego como “patrimonial” le facilitó sostener que se trataba de derechos exclusivamente individuales.

El otro caso en el que un afectado invocó legitimación colectiva y en el que este planteo tuvo resolución judicial es “Callisaya”. Al igual que en “Sales”, la magistrada que intervino en este caso también rechazó que pudieran estar en juego intereses o derechos de incidencia colectiva, pero no los caracterizó como “derechos patrimoniales”. Para resolver el punto efectuó una serie de citas doctrinarias referidas a la necesidad de no extender la pretensión de tutela a “situaciones que exceden razonablemente el ámbito de lo que en el marco constitucional debe entenderse por derechos de incidencia colectiva”⁵³. No obstante, la jueza no realizó ningún esfuerzo ni por definir qué es lo que debe entenderse por tales derechos, ni por explicar por qué en este caso los derechos involucrados no pueden ser caracterizados de esa manera⁵⁴.

Asimismo, comparte el criterio del juez que resolvió en “Sales” en el sentido de que dar legitimación a la actora para actuar colectivamente equivaldría a admitir una acción popular⁵⁵.

⁵² Cfr. apartado 3. A. II de este trabajo.

⁵³ Cfr. sentencia de fondo de primera instancia en “Callisaya”, pronunciamiento del 15 de junio de 2006.

⁵⁴ Téngase en cuenta en este punto que en el escrito de amparo se justificó la legitimación colectiva en que el Plan tutelaba derechos de incidencia colectiva, como el derecho familiar de inclusión social, a un nivel de vida digno y a la seguridad social, así como en que se estaba frente a una multiplicidad de violaciones a derechos que, en los hechos, no podrían traducirse en reclamos administrativos y judiciales por parte de los perjudicados. Cfr. acción de amparo presentada el 3 de agosto de 2005 en “Callisaya”.

⁵⁵ En este sentido, se expresó en la sentencia: “la reforma constitucional de 1994 no ha introducido una acción popular susceptible de ser ejercitada por cualquier persona en todo supuesto en que se verifique una violación a la jerarquía piramidal de las normas jurídicas vigentes”.

Por otro lado, el único caso en que hasta ahora se resolvió la legitimación colectiva invocada por una organización social, es “DEUCO”. Este amparo fue promovido por la asociación DEUCO, con el objeto de que “el Poder Ejecutivo Nacional sea obligado (...) a reabrir la inscripción en el Plan Jefes y Jefas de Hogar desocupados (Dto. 565/02) en forma indiscriminada, para permitir la inscripción de cualquier familia desocupada que cumpla con los requisitos normativos aplicables”⁵⁶.

Esta presentación fue rechazada tanto en primera como en segunda instancia, a pesar de que en ambas oportunidades el Ministerio Público –que interviene de manera obligatoria y en representación de los intereses generales de la sociedad– se pronunció por su procedencia.

La sentencia de primera instancia es poco clara en sus fundamentos y redacción. Haciendo un esfuerzo de interpretación puede sostenerse que el argumento principal que se utiliza para negar la legitimación colectiva es que aquel que se presenta ante la justicia para cuestionar la actuación estatal debe necesariamente estar entre los afectados directos por dicho actuar, no siendo ésta la situación de la asociación actora⁵⁷. En este sentido, la magistrada alega que la falta de identificación de cada uno de los afectados constituye “un escollo insalvable para la procedencia de la acción deducida”. Agrega asimismo que “no se logra entender cómo a través de la sentencia que pueda dictarse se afecte de manera directa e inmediata sobre todas aquellas personas que puedan tener el derecho que reclama”.

Evidentemente, la jueza sigue pensando en términos de acciones típicamente individuales y su estructura de razonamiento no le estaría permitiendo concebir el dictado de una sentencia judicial

⁵⁶ Cfr. acción de amparo presentada con fecha 28 de febrero de 2006 en adelante “DEUCO”.

⁵⁷ “... Dicha norma [en referencia al art. 43 de la CN] establece que, al hablar de toda persona afectada por el acto lesivo, impone como valladar que habrá legitimación a favor de un sujeto, sea individual o colectivo, *siempre y cuando el acto lesivo lo perjudique* (...) el interés alegado por la parte accionante en nombre de todas aquellas personas que pudieren padecer el mismo inconveniente no resulta directo, personal y concreto, lo que genera una inhabilidad funcional para alcanzar el resultado final sin consideraciones individuales” (el destacado nos pertenece). Cfr. sentencia recaída en “DEUCO”.

de alcance colectivo en supuestos en los que la totalidad de las personas alcanzadas por ella no estuvieran previa y exactamente identificadas y cuantificadas⁵⁸.

A su turno, la Sala III de la Cámara Federal de Seguridad Social también se expresó por el rechazo del caso colectivo aunque apelando a diferentes argumentos. En primer lugar, considera que la organización actuante no estaría –conforme a su objeto social estatutario– entre aquellas legitimadas para accionar a favor de los derechos que invoca lesionados⁵⁹.

Al igual que en los precedentes antes mencionados, el segundo argumento que se utiliza es que, admitir la pretensión colectiva equivaldría “a consagrar una suerte de acción popular”, acción que no forma parte de nuestro ordenamiento jurídico. Agrega al respecto que “la reforma constitucional no introduce innovación alguna en materia de legitimación requiriendo (...) la presencia del afectado, es decir, del agraviado concreto por la interferencia de un derecho o interés propio al que el ordenamiento jurídico positivo confiera tutela jurisdiccional”.

También se rechaza que se esté en presencia de derechos colectivos por entender que los “derechos involucrados resultan ser personales, individuales y diferenciados respecto de los cuales cada uno de los titulares de la relación jurídica puede disponer libremente”.

Al igual que los jueces intervinientes en los casos “Sales” y “Callisaya” antes reseñados, la decisión hasta aquí reseñada no parece concebir la posibilidad de que haya derechos que puedan ser tanto individuales como colectivos según los casos, y por lo

⁵⁸ Sostiene la jueza que se “debe precisar a quienes concretamente va dirigido el beneficio de la acción interpuesta, es decir, identificar al afectado, circunstancia que no acontece en esta causa”. Posteriormente agrega: “no se podría ampliar los derechos subjetivos eventuales de la sentencia de amparo a la totalidad de los miembros de un grupo o categoría indeterminada que necesiten igual protección, porque no se puede saber *qué número indeterminado de personas sería beneficiados, lo que implica un escollo insalvable para la procedencia de la acción deducida*” (el destacado no pertenece).

⁵⁹ Manifiesta así que “la acción intentada excede el marco de acción tenido en cuenta en el estatuto en análisis (...) admitir lo contrario implicaría que DEUCO podría eventualmente cuestionar cualquier tipo de medidas excediendo así el marco legal para el cual fue autorizada”. Cfr. sentencia de la Sala III de la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social recaída en “DEUCO”.

tanto, restringe los casos colectivos solo a aquellos supuestos que la CN expresamente menciona en su artículo 43, es decir casos que involucran "cualquier forma de discriminación y (...) los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general".

Por otro lado, la insinuación de que cada uno de los potenciales perjudicados por el cierre del programa podría accionar individualmente en defensa de sus derechos, da cuenta de una palmaria indiferencia por parte de los magistrados por sus posibilidades concretas de acceder a la justicia.

Resulta más interesante en cambio, el voto particular que efectúa uno de los magistrados de la Sala III, que sí concibe que se esté en presencia de derechos para cuya tutela podría invocarse la legitimación colectiva, sólo que rechaza la acción por entender que la asociación que se presenta carece de legitimación para defenderlos⁶⁰.

Asimismo, se preocupa por aclarar que el nuevo texto constitucional sí introdujo una reforma sustancial en materia de legitimación en tanto ahora habilita a accionar a "sujetos potencialmente distintos a los directamente afectados por el accionar del Estado"⁶¹.

El segundo caso de estas características fue presentado por la ACIJ y el CELS en el mes de febrero de 2007, y al día de hoy aún no cuenta con una decisión siquiera de primera instancia.

⁶⁰ El magistrado afirma: "ahora bien, más allá de que, en mi opinión, nos encontramos frente a un 'derecho de incidencia colectiva en general' que, en cuanto tal, habilitaría la apertura de la presente acción, estimo que ello no resulta procedente, puesto que la entidad accionante se interna en una materia ajena a su finalidad específica (...) Como puede advertirse, la referida asociación tiene por finalidad el mejoramiento de la vida de los habitantes, pero dentro de una temática ajena a los planes de jefes y jefas de familia sobre los cuales versa la acción que se intenta". Cfr. voto del Dr. Martín Laclau en la resolución de Cámara en "DEUCO".

⁶¹ Se destaca en este punto: "El nuevo texto introdujo una reforma sustancial, que, anteriormente, los únicos sujetos legitimados para accionar por esta vía [el amparo] eran los titulares de un derecho subjetivo individual. Actualmente, y a raíz de la reforma de 1994, encuéntrase también habilitadas para deducir una acción de amparo aquellas asociaciones cuyos estatutos contemplan en forma directa, como una de sus finalidades, la materia que constituye objeto de la acción, toda vez que el texto constitucional habilita para ejercerla, a sujetos potencialmente distintos a los directamente afectados por el accionar del Estado". Cfr. voto del Dr. Martín Laclau en la resolución de Cámara en "DEUCO".

Finalmente, en este punto, es interesante destacar que en “Ramos”, el juez aclaró que el caso era atípico por la cantidad de coamparistas presentados, pero que entendía justificada esta particularidad en virtud de que existía *una unicidad en la lesión denunciada y que la presentación conjunta pretendía evitar mayores dispendios y costos*⁶².

De la lectura de estas opiniones, y salvando el voto del Dr. Martín Laclau en “DEUCO”, se observa que todos los jueces a los que les ha tocado resolver la legitimación colectiva invocada ya sea por un afectado particular, ya sea por una asociación, han entendido sin variaciones que se estaba en presencia de derechos individuales y que otorgar la legitimación solicitada implicaría equiparar el amparo colectivo reglado en el artículo 43 de la CN a una acción popular, no reglada en el sistema argentino. Se advierte así en todos los magistrados, una notoria dificultad por aceptar que pueda haber afectación colectiva a derechos en estos casos y que, por lo tanto, pudiera ser procedente la vía del amparo colectivo, cuando fuera de todas maneras posible individualizar a los afectados por la acción estatal y que cada uno de ellos acudiera a la justicia por sí o en litisconsorcio activo⁶³.

Frente a este tipo de postura, cabe preguntarse qué impacto ha tenido para estos magistrados la reforma constitucional de 1994, y la tendencia jurisprudencial que, a partir de entonces se ha desarrollado en materia de alcances, reconocimiento y protección de derechos de incidencia colectiva. En este sentido, numerosa doctrina y jurisprudencia dan cuenta de que constituyen derechos de incidencia colectiva no sólo aquellos que se relacionan con bienes indivisibles, sino también aquellos que sin recaer sobre tales bienes, presentan condiciones de ejercicio homogéneas en relación con una pluralidad de titulares, cuyas posibilidades para acceder a la justicia –consideradas estructuralmente– resultan obstaculizadas

⁶² En este punto, la magistrada afirmó: “corresponde, en primer término y al efecto peticionado, señalar que resulta un caso atípico la cantidad de co-amparistas que se han presentado, pero para ello valoro que una de las causas esgrimidas obedece a la unicidad en lesión que se denuncia y evitar con ello mayores dispendios y costos...”. Cfr. sentencia interlocutoria recaída en “Ramos”.

⁶³ En pocas palabras, un “litisconsorcio activo” tiene lugar cuando que se presentan muchos actores en un mismo proceso judicial, detentando un interés común.

por las circunstancias del caso (CELS, 2008; Maurino, Nino y Sigal, 2006). Es ésta última posición sobre la que se han fundado los requerimientos de legitimación colectiva que se han planteado en los casos reseñados.

3. D. El plazo de tramitación de los procesos

A pesar de que la totalidad de los casos relevados tramitaron por la vía del amparo –la más expedita del sistema jurídico argentino– se han extendido por períodos considerables de tiempo. Los casos que más rápidamente obtuvieron sentencia firme, demandaron más de dos años y medio de tramitación. En lo que hace a las solicitudes de inscripción provisoria y, a pesar de las razones que los actores invocaron para fundar la necesidad de su inmediata concesión⁶⁴, éstas también tardaron en ser dictadas. Entre los casos relevados, “Pinto” y “Luján” se presentan como verdaderas excepciones, al haber sido concedidas a sólo un día de su presentación⁶⁵. En el resto de los casos, el menor tiempo hasta su concesión fue de aproximadamente dos meses.

Un factor que contribuyó notoriamente a la excesiva prolongación de estos procesos, fue la constante y sistemática interposición de recursos por parte del PEN ante toda decisión, en su contra.

En este sentido, en algunos casos, el retraso considerable en la efectivización de medidas cautelares respondió al hecho de concederse su apelación con efecto suspensivo, situación que determinó que el/la actor/a tarde al menos dos meses más en acceder a la prestación del PJJHD en carácter provisorio.

Un caso que resulta particularmente paradigmático en cuanto al plazo de su tramitación es “Molina”. Se inició en agosto de 2003,

⁶⁴ En la mayoría de los casos, las personas atravesaban acuciantes situaciones de indigencia.

⁶⁵ Al consultarse al letrado que patrocinó estos procesos por la excepcional rapidez con la que fueron concedidas estas medidas cautelares, el abogado explicó que eran dos los motivos que justificaron el ágil accionar judicial. Por un lado, que las situaciones que las actoras presentaran estuvieran contempladas en el marco de la actuación ante el Defensor del Pueblo de la Nación que culminó con el dictado de la Resolución 04/04, y por otro, el hecho de que letrado se presentara ante el juzgado interviniente con las actoras y expusiera frente al Secretario la apremiante situación socioeconómica en la que se encontraban. Entrevista realizada en Buenos Aires el 17 de agosto de 2007.

y cinco años después, aún no cuenta con sentencia definitiva. Una de las razones que explica la irrazonable extensión de los plazos en este expediente, es que el magistrado instó la producción de numerosas pruebas con miras a verificar en el ámbito judicial si la actora, efectivamente, cumple con los requisitos para ser incluida en el PJJHD. Este caso se aparta así de la lógica que los magistrados han demostrado en los restantes, en tanto y en cuanto, en general, se han limitado a determinar la ilegitimidad del cierre del programa y a ordenar que sea el PEN quien verifique si el/la actor/a cumple con los requisitos para su inscripción y en caso afirmativo, proceda a su inclusión.

Por último, una cuestión que ha contribuido en gran medida a la demora de estos procesos ha sido la discusión relativa al fuero competente para su tramitación. De esta manera, algunos magistrados del fuero federal de la Seguridad Social, han sabido discutir con la Justicia del Trabajo y el fuero Contencioso Administrativo Federal a quien le corresponde intervenir, sin detenerse a considerar la gravedad de las situaciones llevadas a su conocimiento, razón por la cual, existen casos que se han extendido por casi dos años en discusiones de competencia, sin siquiera haberse dictado la medida de inscripción provisoria solicitada⁶⁶.

⁶⁶ Este era el criterio que en un principio adoptó el Juzgado Federal de la Seguridad Social N° 3. Cfr., al respecto, “Martín, María Isabel c/PEN - Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación s/amparos y sumarísimos” (Expte. 28.955/05). Con el tiempo, el Juzgado de referencia comenzó a dictar las cautelares requeridas junto con su declaración de incompetencia. Cfr., a este respecto, “Quiroz, Karina c/PEN - Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación s/amparos y sumarísimos” (Expte. 38.038/2005); “Gatti Héctor Ángel y otro c/PEN - Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación s/amparos y sumarísimos” (Expte. 38.447/2005). Llama la atención que en ambos casos entre los argumentos considerados para el otorgamiento de la cautelar y en oportunidad de declararse incompetente para intervenir en esos actuados, el mismo magistrado hizo referencia a las dilaciones que generaban las discusiones de competencia y a las consecuencias que tales demoras tenían para estos procesos. Así, expresó: “A mayor abundamiento señalo que como los planes instituidos en el Decreto 565/02 tienen una validez anual y la duración del trámite normal de las actuaciones se ve dilatada por cuestiones de competencia, no resulta posible la protección de los derechos conculcados durante el lapso de tiempo que tome la definitiva radicación de las mismas en el Juzgado que resulte competente para dilucidar la cuestión de fondo” (el destacado nos pertenece).

3. E. La reacción del PEN ante el cuestionamiento efectuado

Resulta interesante reflejar, en primer lugar, las respuestas brindadas por diferentes órganos del PEN ante solicitudes de inscripción efectuadas por potenciales receptores en sede administrativa, así como las explicaciones efectuadas en el marco de un expediente iniciado por la Defensoría del Pueblo de la Nación. En segundo lugar, se repasarán aquí los argumentos defensivos utilizados por el PEN en las acciones judiciales relevadas.

3. E. I. Respuestas brindadas ante la solicitud de inscripción de potenciales aspirantes al PJJHD en sede administrativa

Del total de casos judiciales relevados, sólo en “Molina” y “Sales” se cuenta con presentaciones y respuestas formales en sede administrativa, previo a la judicialización del caso. En los restantes, se recurrió directamente al PJ y, eventualmente, previo a dicha instancia, se efectuó una presentación ante el Defensor del Pueblo de la Nación.

Como destacara el abogado que litigó muchos de estos casos⁶⁷, los amparos fueron presentados directamente a la justicia sin realizarse ningún tipo de actuación previa en sede administrativa, por entenderse que los informes producidos por el PEN en el marco del expediente iniciado ante aquella instancia, bastaban para probar que el ingreso estaba cerrado y el consiguiente sinsentido de solicitarlo. Fue en “Pinto” y “Luján”, en los que previo a concurrir a la justicia las actoras presentaron una queja formal ante el Defensor del Pueblo de la Nación denunciando que habían intentado ingresar al PJJHD en sus respectivos municipios, habiéndoseles informado que por disposición del gobierno nacional se había cerrado la inscripción y que no era posible inscribirlas⁶⁸.

En los casos “Molina” y “Sales”, la presentación administrativa solicitando la incorporación al PJJHD, fue hecha ante la Dirección General de Empleo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (DGECBA). En respuesta, la DGECBA les notificó el rechazo del pedido manifestando expresamente que el MTEySS había dis-

⁶⁷ Entrevista realizada en Buenos Aires el 17 de agosto de 2007.

⁶⁸ Cfr. actuación del Defensor del Pueblo de la Nación 8586/03, fs. 87.

puesto, “en los hechos”, no incorporar más receptores a partir del 17 de mayo de 2002.

Una tercera actuación administrativa a la que se tuviera acceso en el marco de este trabajo fue un pedido efectuado por el Movimiento Teresa Rodríguez (MTR)⁶⁹. Esta solicitud difiere de las anteriores porque: a) fue presentada no por un solo receptor sino por doce personas que además se identificaban como pertenecientes a un movimiento de trabajadores, b) fue realizada directamente ante la Secretaría de Empleo del MTEySS y no ante el órgano de aplicación municipal del PJJHD, c) esta presentación no fue seguida de una presentación judicial.

La respuesta obtenida en esta oportunidad de parte del MTEySS fue ambigua⁷⁰, en tanto “expresó que ‘no tiene las facultades para satisfacer el pedido de inscripción’, toda vez que son los municipios y los Consejos Consultivos de cada localidad ‘quienes deberán atender los reclamos de los interesados y gestionarlos, como habitualmente lo hacen, ante este ministerio’”.

Esta contestación generó un pedido de aclaratoria. En su respuesta, la Secretaría de Empleo del MTEySS indicó que, sin perjuicio de que los Municipios reciban las postulaciones pertinentes, existen razones de índole operativa y presupuestaria “que no hacen posible, por el momento convertir a sus representados en beneficiarios del Programa Jefes de Hogar”.

Cuando estos actores concurrieron entonces a los municipios, las respuestas que obtuvieron por parte de las respectivas autoridades de aplicación del programa fueron de diversa índole. En la Municipalidad de Florencio Varela, les recibieron los pedidos y les entregaron una constancia de ello. En Berazategui se les informó por escrito que no contaban con autorización del MTEySS para dar nuevas altas. En ninguno de los casos se otorgaron finalmente altas (Campos, Faur y Pautassi, 2007).

Como puede observarse, la respuesta emitida por los órganos de aplicación ante solicitudes individuales de inscripción al PJJHD es mucho más contundente y directa que la que dio el MTEySS ante una presentación colectiva. En efecto, en las presentaciones

⁶⁹ Presentación realizada con fecha el 20 de diciembre de 2004, Expte. 12015-1102393/04.

⁷⁰ Nota de fecha 21 de febrero de 2005, Expte. 12015-1106204/05.

ante los Municipios o la DGECSA, se obtuvo un expreso reconocimiento de que el MTEySS no admitía más inscripciones y aun de que el MTEySS había dispuesto, “en los hechos”, no incorporar más beneficiarios. En cambio, cuando la presentación fue grupal y ante el mismo MTEySS, se contestó de manera evasiva, intentando delegar la responsabilidad por las postulaciones a los respectivos municipios, y sugiriendo que la inscripción se encontraría abierta aunque supeditada a la existencia de recursos presupuestarios.

3. E. II. Las reacciones generadas por la actuación del Defensor del Pueblo de la Nación

Tal como se mencionara, el Defensor del Pueblo de la Nación inició una actuación administrativa⁷¹ tendiente a obtener información acerca del ilegal e infundado cierre de inscripción al PJJHD que se denunciara. Esta actuación resultó en una recomendación por la que se instó al MTEySS a reabrir la inscripción al PJJHD e informar a la población acerca de la forma y lugares de postulación⁷².

En su respuesta al Defensor, luego de haber transcurrido casi tres meses del pedido de informes correspondiente y reiteración mediante, el Sr. Secretario de Empleo del MTEySS respondió que “quienes se postulan para recibir los beneficios del Programa pueden inscribirse en los municipios y Comunas” y que “no existe acto administrativo que haya dispuesto fecha de cierre de inscripción a dicho programa”⁷³. El Ministerio omitió así responder si se encuentra o no abierta la inscripción e insinúa que nunca se comunicó a los organismos encargados de recibir los formularios de postulación que el PJJHD estaba cerrado.

Paralelamente, luego de que el Defensor del Pueblo comunicara su recomendación al MTEySS dándole un plazo de diez días para que informara su cumplimiento, el MTEySS presentó un

⁷¹ Actuación N° 8586/03.

⁷² Defensor del Pueblo de la Nación, Recomendación N° 4 del 19 de febrero de 2004.

⁷³ Cfr. actuación del Defensor del Pueblo de la Nación 8586/03, fs. 194. En este mismo sentido se expresaron distintas resoluciones del CONAYEC que también obran en esta actuación.

informe⁷⁴ en el que básicamente efectuaba las mismas manifestaciones que se presentaron en la justicia en el marco de las diferentes acciones de amparo, las que serán consideradas en el siguiente acápite de este apartado.

3. E. III. Defensas del PEN ante la PJ⁷⁵

En todos los casos relevados ha actuado en defensa del PEN la misma abogada, y en general, ha presentado como defensa informes prácticamente idénticos, sin importar su evidente falta de efectividad para convencer a jueces y camaristas de la legalidad de la actuación de su representado.

Asimismo, se advierte que, en todos los casos, el PEN ha apelado tanto la medida cautelar como la decisión de fondo incluso hasta la instancia extraordinaria.

Más allá de algunas variaciones en las defensas que respondieron a particularidades de los actores, los argumentos que el PEN ha desarrollado en el marco estos procesos judiciales, giran básicamente en torno de las siguientes alegaciones: a) la improcedencia de la vía procesal escogida; b) la necesidad de asegurar que “el dinero de asistencia del Estado llegue a quienes verdaderamente lo necesitan”; c) la evolución de la nómina de beneficiarios; d) los límites de la partida presupuestaria impuesta en el presupuesto votado por el Congreso de la Nación y problemas logísticos en la implementación del PJJHD; e) la inexistencia de obligación alguna tendiente al mantenimiento de “planes de ayuda social” (*sic*).

En relación con la vía procesal elegida, es decir, la acción de amparo, el PEN no se cansó de afirmar que se debatían cuestiones demasiado complejas como para tratarlas por una acción diseñada para casos urgentes y que no requieren mayor debate y prueba. Sostuvo en este sentido que “las características del caso exigen el estudio de situaciones presupuestarias y el impacto de las medidas adoptadas, así como sus efectos sobre otros beneficios protegidos constitucionalmente, el interés económico en juego, el equilibrio fiscal (...) Es evidente que dicho análisis no puede realizarse en el *reducido ámbito cognoscitivo del amparo, lo*

⁷⁴ Cfr. actuación del Defensor del Pueblo de la Nación 8586/03, fs. 208.

⁷⁵ Todas las citas de este apartado corresponden al Informe del artículo 8 de la ley 16.986 presentado en el caso “Molina”.

que excluye este procedimiento como medio judicial idóneo para el tratamiento de la cuestión”.

En segundo lugar, el PEN apela a la necesidad de asegurar que el escaso dinero que se destina a asistencia social llegue a quien verdaderamente lo necesita. Dice al respecto que el “escaso dinero público” debe administrarse con equidad y transparencia “para que efectivamente sea destinado a quien lo necesita”, y que debido a ello “se deben adoptar, previo a efectuar los pagos de los planes Jefes de Hogar las correspondientes verificaciones que se traducen a veces, en tiempos de demora para realizarlos”. Con este tipo de argumento repetido en todos los informes que presenta, el PEN contribuye a distorsionar el objeto de los amparos que, en general, han estado limitados a que se permita la postulación para que luego el organismo correspondiente analice si los solicitantes cumplen con los requisitos. Da la impresión de que el PEN trata de poner en duda la sinceridad y buena fe de los amparistas al solicitar su inclusión en el PJJHD.

Paralelamente, el PEN intenta cargar sobre los aspirantes al PJJHD los errores de cálculo y de logística que supuestamente cometiera al diseñar y lanzar dicho programa. En este sentido, en todos los informes presentados se encuentra un párrafo que sostiene que el/la “amparista pretende ingresar al programa (...) cuando el sistema se encuentra sobredimensionado, respecto de las previsiones iniciales, y sobre-ejecutado, desde que los fondos presupuestarios resultan insuficientes para cubrir a más beneficiarios”. A ello agrega que no se pudieron otorgar más beneficios debido a errores en la aplicación inicial del PJJHD que hicieron que se “cometieran abusos”, sumado a “la carencia de una estructura adecuada para administrar un programa de transferencia directa de recursos a beneficiarios de tamaño envergadura”, y a límites financieros impuestos por el presupuesto general de la nación”.

Lo curioso es que conjuntamente con este tipo de respuesta, el PEN incorpora una serie de consideraciones que parecen reforzar más los argumentos de los amparistas que su propia defensa. Por un lado, se reconoce que el PJJHD tiene como base un derecho constitucional⁷⁶ y que ha sido un “formidable instrumento de

⁷⁶ “El derecho familiar de inclusión social es un derecho de rango constitucional”. “El programa de jefes de hogar es un programa que tiende a la satisfacción de dicho derecho...”.

inclusión social mínima”. Por otro lado, a pesar de decir que el programa tiene, como cualquier otro, restricciones presupuestarias que no pueden ser soslayadas⁷⁷, explica que en la nueva gestión se han “producido sensibles mejoras (...) dirigidas a que el subsidio llegue, efectivamente, a quienes corresponde”, y que en este sentido “entre julio de 2003 y enero de 2004, fueron dados de baja 250.000 beneficios”.

No sólo resulta contradictorio sostener la restricción en el acceso al goce de un derecho bajo el pretexto de la falta de recursos presupuestarios, sino que además, el mismo argumento pierde sentido cuando se manifiesta que se han producido bajas en la nómina inicial de receptores. En efecto, más allá de que en sí mismo es inadmisibles sostener el cierre de la inscripción, se podría decir que por cada baja que se realizó en virtud de inclusiones al PJJHD mal efectuadas, debería haber quedado habilitado un espacio para una nueva alta bien concedida⁷⁸.

⁷⁷ “No existe la posibilidad de administrar un programa de manera ilimitada. Cuando se sostiene que el programa no tiene tope y que se encuentra abierto a todas las personas sin discriminación alguna, se incurre en una flagrante confusión: el programa tiene el inevitable tope que le impone la administración de los recursos escasos que determina la ley de presupuesto general de la nación”. “La propia norma de creación establece con claridad que el programa se antevertá con los créditos asignados y que se asignen (...) no existe modo alguno de aplicar los beneficios del programa más allá de los recursos asignados por el presupuesto nacional”. “De allí que la aplicación del programa se encuentre limitada por la asignación presupuestaria no autoriza a sostener que en el caso se ha producido una grave vulneración a las disposiciones del Decreto 565”. “Que existan postulantes al programa que aún no han accedido al beneficio no tiene otra explicación fuera de la señalada limitación de los recursos por decisión del Congreso de la Nación y no por arbitrio de algún funcionario”. “Ignorar que el programa, como todo programa de gobierno, se encuentra limitado en su ejecución por los recursos que el presupuesto general le asigne, es un serio desconocimiento de la realidad jurídica y administrativa”.

⁷⁸ “A mayo de 2002 la situación parecía desbordada al exceder el número de postulantes el universo de beneficiarios previsto. De allí que fuera necesario mejorar los mecanismos administrativos aplicados de modo que la ayuda social fuera correctamente dirigida”. “Por esa razón, las anteriores autoridades del programa decidieron requerir de los municipios y comunas que no cursaran nuevas demandas ya que no se contaba con recursos para atenderlas. Ello sin perjuicio de que los interesados continuara inscribiéndose en los lugares previstos”. “El profundo reordenamiento administrativo llevado a cabo a partir de junio de 2003 por las autori-

Por último, no puede dejar de hacerse notar que, en forma recurrente, el PEN niega que exista “obligación alguna al mantenimiento de planes de ayuda social”.

Es interesante también señalar que en muchos de los casos relevados, el PEN llama la atención sobre la creación del Programa de Empleo Comunitario (PEC) y, sin atender a las peculiares características de asignación de dicho programa, sostiene que el/la amparista “bien podría inscribirse en el precitado plan”⁷⁹. Como se verá en el apartado cuarto de este trabajo, este plan tiene ciertas características que parecen estar lejos de una lógica de derechos, a la vez que surge y se implementa en el medio de las excusas presupuestarias brindadas insistentemente por el PEN en todos los casos judiciales que aquí se han relevado.

3. F. El grado de acatamiento por parte del PEN de las decisiones judiciales adoptadas

En este punto, vale primero aclarar que no existen cuestiones a enfatizar particularmente en cuanto hace a los procesos de ejecución de sentencias en estos casos.

Simplemente, resulta interesante mencionar que en numerosas ocasiones, el PEN ha incumplido resoluciones cautelares y de fondo en el marco de estos procesos y que, entonces, varios de los magistrados del fuero, a pedido del demandante han accedido a fijarle al MTEYSS una multa de entre \$30 y \$50 por cada día de

dades del Ministerio de Trabajo ha permitido dar de baja a muchos beneficiarios que no debían recibir el subsidio (por tener empleo, por estar jubilados, por carecer de hijos menores de edad a su cargo). No obstante ello, no es posible a la fecha otorgar nuevos subsidios a los postulantes inscriptos, toda vez que no existe posibilidad de exceder los límites impuestos por la ley de presupuesto”. Cita el artículo 15 del Decreto 565/02 que “ratificaba que el programa se atenderá con los créditos asignados y que se asignen en el presupuesto nacional”. “... el otorgamiento del beneficio se encontraba sujeto a la disposición de los recursos asignados por el presupuesto nacional”.

⁷⁹ “Incluso para mayor ilustración de VS se señala que con fecha 3 de enero de 2003, se dictó la resolución MTEySS N° 7/03 (...) que creó el Programa de Empleo Comunitario (PEC) destinado a afrontar situaciones locales transitorias de emergencia ocupacional especialmente afectadas por la desocupación y la vulnerabilidad social, que no pueden ser comprendidas en el PJJHD”. “La actora bien podría inscribirse en el precitado plan”.

retardo en el acatamiento de las decisiones judiciales⁸⁰. Cifras considerables, si se tiene en cuenta el monto total de la prestación mensual requerida por los actores.

4. PJJHD: consecuencias directas e indirectas de su judicialización

Al menos dos consecuencias directas pueden ser señaladas a partir del abordaje de los casos judiciales en torno al PJJHD. En primer lugar, la incorporación de 196 individuos al programa a través de la vía judicial⁸¹. En segundo lugar, una omisión concreta por parte del PEN: la no reapertura de la inscripción del PJJHD más allá de las múltiples sentencias favorables por parte del PJ.

Partiendo del argumento de la escasez de recursos, la decisión sobre el cierre fue inquebrantable por parte del PEN. Probablemente, fue posible sostenerla, entre otras razones, en virtud de la disminución en los niveles de conflictividad, el surgimiento de otros planes y la paulatina la recuperación de la economía⁸².

Pero desde ya, no se puede responsabilizar solamente al PEN por esta omisión. Por un lado, cabe llamar la atención sobre la ausencia del PLN. Por otro, y más allá de las respuestas individuales favorables, se podría pensar qué hubiera sucedido si el PJ hubiese admitido las acciones colectivas, en tanto y en cuanto, probablemente se hubiese facilitado así la transformación estructural de la política.

Pero más allá de las consecuencias directas del proceso de judicialización, se pueden señalar otras consecuencias más indi-

⁸⁰ Cfr., a modo de ejemplo, “Duarte, Ramón Marino y otros c/PEN - MTEySS s/amparos y sumarísimos” (Expte. 19.549/05), en trámite ante el Juzgado Federal de la Seguridad Social N° 8; “San Martín, Marina Vanesa c/PEN - MTEySS s/amparos y sumarísimos” (Expte. 24.570/05), en trámite ante el Juzgado federal de la Seguridad Social N° 7; “Sierra, Laura Cecilia, c/ PEN - MTEySS s/amparos y sumarísimos” (Expte. 27.885/05), en trámite ante el Juzgado Federal de la Seguridad Social N° 4.

⁸¹ Cfr. Nota de la Dirección de Relaciones Institucionales y Ceremonial de fecha 21 de septiembre de 2006, emitida en respuesta a la solicitud de información pública realizada por ACIJ en el marco del Expte 1-2015-1185754/06.

⁸² Durante el período 2003-2005 se registra un 8% de crecimiento del PBI, tendencia que se mantuvo estable durante el año 2006 (Ministerio de Economía: 2006).

rectas, que como señalan Campos, Faur y Pautassi (2007) están ligadas con el diseño del Programa Familias por la Inclusión Social y que tal vez puedan explicarse a la luz de las experiencias que se han tenido con el PJJHD. Cabe recordar que el Programa Familias⁸³ fue creado como una de las alternativas para “salir” del PJJHD y se alinea con un grupo de políticas sociales que están siendo aplicadas en distintos países latinoamericanos.

No llama la atención que, al igual que en el PJJHD, los mecanismos institucionales de reclamo también han estado ausentes en el diseño del Programa Familias. Sin embargo, esto se ve agravado por el requisito de la firma de una “carta de compromiso” que surgió al comienzo de la implementación de dicho programa y que actúa como “ficha de ingreso” a él⁸⁴. Entre otras cuestiones, este “compromiso” expresa: “El Programa Familias garantizará la continuidad del subsidio durante la migración. En caso de no cumplimiento de los compromisos asumidos, podré ser dado/a de baja del Programa Familias y por ende dejar de percibir el beneficio, que será restituido en la medida en que se vuelva a demostrar la asis-

⁸³ El Programa Familias, por su parte, cuenta con el componente Ingreso para el Desarrollo Humano (IDH), que establece un mecanismo de transferencia de ingresos a familias en potencial situación de pobreza, con hijos menores de 19 años, y busca promover el cuidado de la salud de las mujeres embarazadas y los niños, y la permanencia de estos últimos en el sistema educativo. Para ello, se establecen contraprestaciones en controles de salud y asistencia escolar, que deben ser cumplidas por las propias familias receptoras. El monto de la transferencia para cada familia es de \$150 por receptor y un hijo, más \$25 adicionales por hijo hasta un máximo de seis hijos (\$305). En septiembre de 2006, el programa, en su componente IDH, contaba con 323.138 receptores. Como se mencionó, a partir del año 2005 este programa fue utilizado por el gobierno nacional para reemplazar paulatinamente al PJJHD. Así, el decreto 1506/04 estableció un mecanismo de clasificación de los receptores del PJJHD según su condición de empleabilidad, determinando la posibilidad de traspaso o migración de un plan a otro por medio de una evaluación realizada por el Ministerio de Desarrollo Social y MTEySS sobre la capacidad potencial de las personas de insertarse en el mercado de empleo. Mientras los “potencialmente empleables” permanecen en los programas del MTEySS, quienes son considerados “inempleables” cuentan con la opción de “migrar” hacia el Programa Familias. En este sentido, a septiembre de 2006 un total de 96.951 personas fueron traspasadas del PJJHD al Programa Familias, siendo en su gran mayoría mujeres (82,8%) (www.desarrollosocial.gov.ar).

⁸⁴ Cabe aclarar que a raíz de información obtenida del MDS se tiene conocimiento que esta carta compromiso fue suprimida.

tencia escolar y la realización de los controles de salud de mis hijos/as y/o niños/as a cargo y de las embarazadas del grupo familiar. Dejo expresa constancia de que una vez cumplido el período de vigencia y desarrollo del Programa Familias, o que por distintas circunstancias deje de ser receptor/a del mismo, dejaré de percibir este beneficio sin tener derecho a reclamo alguno” (CELS, 2007b: 20).

Como señalan Campos, Faur y Pautassi (2007: 329), la firma de este instrumento deja en claro que la persona que recibe el subsidio no puede considerarse como titular de derechos (se llega a hacer explícita la renuncia al reclamo por la pérdida del beneficio), pero ni siquiera como una “receptora directa” de aquel, de modo que resultaría una suerte de “mediadora” entre el Estado y sus hijos. No cabe duda acerca de la nulidad absoluta de esta resolución, puesto que no puede condicionarse el acceso a un derecho a la renuncia previa a ejercer reclamos administrativos y/o judiciales dado que el reclamo es un componente esencial de la estructura de los derechos. Asimismo, utilizar el eufemismo de “compromiso” en un programa asistencial implica establecer unilateralmente una “cláusula de rescisión” a cargo de sus mismos destinatarios.

Finalmente, otro de los elementos que puede considerarse una consecuencia indirecta de la judicialización del PJJHD, o que al menos llama la atención porque evidencia la ausencia de coherencia con las respuestas del PEN en los procesos judiciales, es que, en medio de las excusas relacionadas con la falta de presupuesto que señala el PEN, el MTEySS creó en 2003 el Programa de Empleo Comunitario (PEC), mediante Resolución 07/03.

Dicho programa fue creado con el fin de afrontar situaciones locales de emergencia ocupacionales que no podían ser comprendidas por el PJJHD. Como señala una funcionaria del MTEySS: “El PEC es un antecedente del Programa de Emergencia Laboral (PEL) por ende se lanzó como continuidad de este programa para cubrir a aquellos que no cumplían los requisitos del PJJHD; era un reservorio de gente que se encontraba fuera de este plan”⁸⁵. El programa tiene como supuesto objeto promover la participación de

⁸⁵ Entrevista realizada en Buenos Aires el 16 de agosto de 2007.

trabajadores desocupados en situación de vulnerabilidad social agrupados en proyectos que mejoren su empleabilidad y faciliten su inserción laboral. Esos emprendimientos tienen una duración de entre uno y doce meses y sus responsables están facultados para solicitar la baja de los receptores, que, de acuerdo con la normativa, deben cumplir tareas en proyectos productivos, comunitarios o de capacitación que se presentan a través de organizaciones sociales o municipios. Los receptores⁸⁶ reciben al igual que en el PJJHD una ayuda económica mensual no remunerativa de \$150 por el sistema de pago directo.

En términos cuantitativos hay escasez de datos asociados a este programa. Según señala *La Nación*⁸⁷ este plan “tuvo 330.567 beneficiarios en 2003; 284.137, en 2004; 299.020, en 2005; 285.965, en 2006, y hasta febrero de este año ya llevaba 215.815. (...) La cifra del PEC crecerá hasta fin de año, porque el plan prevé la incorporación de gente en forma mensual. La Nación consultó en el área de prensa del Ministerio de Trabajo porqué se impedía el acceso al Jefes y Jefas, y se mantenía abierto el PEC. Una empleada respondió que un funcionario se contactaría con el cronista para dar una respuesta, pero eso nunca sucedió. Los beneficiarios de ambos programas cobran 150 pesos por mes, igual que hace cuatro años. La gran diferencia es que mientras el Plan Jefes y Jefas prevé la inscripción directa de los desocupados en los municipios y el mantenimiento del beneficio hasta que la persona obtenga otro ingreso, el PEC sólo alcanza a los desocupados incluidos en ‘proyectos de empleo comunitario’, que presentan ante el Ministerio de Trabajo organismos públicos nacionales, provinciales o municipales y asociaciones civiles”.

En este sentido, llama la atención que el principal argumento para justificar el cierre del PJJHD que el PEN utiliza en sus defen-

⁸⁶ Pueden ser receptores de este programa aquellos mayores de 16 años que no se encuentren percibiendo prestaciones previsionales o por seguro de desempleo y que no estén participando de ningún otro Programa de Empleo o Capacitación Laboral de dicho Ministerio, ni sean receptores del PJJHD, ni de otros programas de empleo provinciales o municipales. Tampoco pueden acceder aquellos que se encuentren percibiendo pensiones no contributivas, salvo las otorgadas en razón de ser madre de siete hijos o más, ex combatientes de Islas Malvinas o por razón de invalidez, de acuerdo a la ley 18910.

⁸⁷ *La Nación*, “Se reparten sin control los planes sociales”, Buenos Aires, 17 de junio de 2007.

sas ante el PJ, sea la falta de recursos económicos, y que, a la vez, cree un programa social paralelo.

Esto es aún más preocupante cuando se evidencia que el PEC mantiene la lógica de los programas sociales típicos de la década de los noventa. Todos los esfuerzos discursivos colocados en el PJJHD alrededor de la transparencia, la participación de la sociedad civil en el programa, la autofocalización, parecen haberse olvidado de la creación del PEC. Como señala una representante de un movimiento de trabajadores desocupados “el PEC actuaba con un fuerte vacío normativo, y funcionaba como la caja chica del Estado”⁸⁸. Según señala una ex miembro del CONAEyC “el PEC plantea una duración que no está establecida con anterioridad de los proyectos, que en algunos casos son renovados y en otros no, careciendo de criterios claros para su percepción y los cuales pueden ser suspendidos de un día para el otro”⁸⁹.

Cabe enfatizar que la creación del programa se produjo a raíz de una resolución ministerial. Si bien fue seriamente criticada la creación del PJJHD mediante decreto no es menor resaltar que la forma en que encontró el gobierno para la creación de nuevos planes fue a través de una norma de rango aún menor. Asimismo es importante resaltar que en franca contradicción con la prolifera normativa que regulaba el PJJHD, pese a que el PEC fue creado en el año 2003, recién en el año 2006 se aprobaron los aspectos formales que permiten hacer ejecutivo el programa⁹⁰. Lejos de estar planteado según una lógica de derechos, se evidencia aquí una continuidad con la política social, atada a relaciones de discrecionalidad, clientelismo y asistencia.

5. Reflexiones finales

¿Qué conclusiones se pueden sacar de estos años en los que diferentes actores sociales se han movilizad por la ilegal actua-

⁸⁸ Entrevista realizada el 6 de agosto de 2007.

⁸⁹ Entrevista realizada el 9 de agosto de 2007.

⁹⁰ El PEC fue modificado por Resolución 85/03 para ampliar el universo de organizaciones que pueden presentarse en carácter de organismos responsables, la Resolución 01/04 proroga la vigencia del Programa y la Resolución 02/06 aprueba el manual operativo y los formularios de presentación de proyectos.

ción del PEN en torno al cierre de la inscripción del PJJHD, y han hecho uso de la justicia para ello? ¿Qué dicen los diferentes documentos, presentaciones y decisiones que surgen de los numerosos expedientes judiciales? ¿Qué actores estuvieron involucrados en estas presentaciones judiciales y qué otras actuaciones y/o estrategias se articularon en paralelo? ¿Ha sido la estrategia de recurrir a la justicia efectiva para incidir en política pública? ¿Existen indicios de que el discurso de derechos utilizado en las demandas judiciales ha sido entendido y/o receptado por los tomadores de decisiones ya sea en el ámbito del PEN o del PLN? En tal caso, ha recalado este discurso en forma positiva?

Si bien no se pretende dar respuesta acabada a todos estos interrogantes, se espera que el material aquí relevado y analizado sirva para reflexionar críticamente acerca de cómo ampliar y mejorar las estrategias hasta ahora utilizadas en pos de la efectiva adopción del enfoque de derechos por los responsables de diseñar y ejecutar políticas sociales en el país.

Repasando algunos de los principales hallazgos obtenidos a lo largo de este trabajo, cabe destacar que se advierte que las múltiples intervenciones judiciales cuestionando la actuación del PEN en torno al cierre en los hechos del Programa no han provocado una revisión de la política pública. Como se mencionó en el apartado cuarto, más allá de las sentencias favorables las posibles consecuencias (directas e indirectas) derivadas del proceso de judicialización no resultaron muy alentadoras ni en lo que respecta a la revisión de la política pública, ni en el campo del diálogo e interacción entre los diferentes actores ni como mecanismo de fortalecimiento de los sujetos sociales.

Se evidencia una lógica de compartimentos estancos entre los poderes estatales. Mientras que el PEN parece no registrar preocupación porque su actuación sea calificada como ilegal por parte del PJ, éste no parece esforzarse para que sus decisiones tengan un efecto estructural ni se muestra molesto por su falta de incidencia sobre el PEN. Mientras tanto, el PLN se mantiene absolutamente al margen de la cuestión.

En efecto, el PEN no sólo omite dar un salto más allá de acatar las sentencias individuales que condenan su actuación⁹¹ sin

⁹¹ Aunque en algunos casos ni siquiera cumple con ello sin obstáculos.

modificar la política que da origen a los casos, sino que ante repetidas resoluciones desfavorables ni siquiera intenta modificar sus defensas ante el PJ de modo de evitar continuar siendo condenado. Ello da cuenta de su palmaria indiferencia ante las repetidas condenas y descalificaciones de su actuar por parte del PJ.

Por su lado, el PJ continúa dictando sentencias iguales como si fuera la primera que dicta sobre el tema sin emitir un mensaje claro y contundente al PEN tendiente a evitar la repetición de casos similares. Una manera de lograr este objetivo podría haber sido la generación de otros mecanismos novedosos que permitieran la apertura de canales de discusión con el resto de los actores estatales y también sociales⁹². En general el PJ se limitó a dictar órdenes tal como le fueran solicitadas por los demandantes sin darle mayor margen al PEN para que éste pudiera evaluar otras alternativas en torno a la problemática.

Otra opción, podría haber sido la apertura de la legitimación colectiva en los casos en los que se solicitara. ¿Por qué el PJ no ha dado un paso más allá?, ¿por qué se ha negado a otorgar la legitimación colectiva y/o a dar una pauta más clara de actuación al PEN y/o al PLN? Por un lado esta actitud más bien “pasiva” del PJ puede estar relacionada con las características del fuero donde se asentaron las demandas. En el fuero de la seguridad social es común dictar repetidas sentencias individuales que tienen por base una misma actuación ilegal de los otros poderes del Estado como, por ejemplo, los casos relativos a reajustes jubilatorios⁹³.

También es cierto que la absoluta ausencia de precisión en torno al concepto de “derechos de incidencia colectiva” parece

⁹² Un ejemplo a tener en cuenta en este punto es el modelo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Badaro” (CSJN, “Badaro, Adolfo Valentín c/Anses s/reajustes varios”, sentencia del 8 de agosto de 2006), en el que la Corte entendió necesario ordenarle al PEN y al PLN que adoptaran las medidas necesarias a fin de solucionar la situación no sólo del actor en el caso particular, sino del conjunto de jubilados y pensionados que se encuentran en su misma situación. El remedio dispuesto terminará significando una solución de alcance colectivo.

⁹³ En una entrevista realizada a un secretario de Primera Instancia del fuero de Seguridad Social, con fecha 15 de agosto de 2007, frente a la pregunta sobre la reacción del PJ frente a la indiferencia del PEN ante el cuestionamiento judicial de una política pública, éste manifestó que en el mencionado fuero estaban acostumbrados a resolver casos similares donde la respuesta del PEN ha sido la misma a pesar de las numerosos condenas.

haber contribuido a que los jueces se abstuvieran de otorgar la legitimación colectiva frente al cuestionamiento efectuado. En ninguno de los casos relevados se observa que los jueces hayan intentado desagregar los elementos que hacen a esta categoría y contrastarlos con el caso concreto. Como vimos en el apartado tercero, los magistrados además parecen tener muchas dificultades para definir y aceptar que un derecho pueda ser de incidencia colectiva en los casos en que de todas maneras se pueda individualizar a sus titulares y el objeto del derecho se materialice en la entrega de una suma de dinero.

No sería extraño pensar que tal actitud se acentúe aún más frente a supuestos como el presente en los que pareciera que el propio PJ tiene algunas dudas alrededor de la naturaleza misma del PJJHD. Así, se evidencian ciertas lógicas discursivas encontradas. Como se ha desarrollado en el apartado tercero, en una misma sentencia se encuentran discursos que reconocen al programa en cuestión en tanto tendiente a garantizar “el derecho a nivel de vida adecuado”, pasando por reconocer su eminente carácter alimentario hasta concebirlo como una mera garantía de “derechos patrimoniales individuales”. Nuevamente aquí puede ser preciso tener en cuenta que estamos en presencia del fuero de la seguridad social, y que posiblemente los jueces hayan tendido a asimilar a la prestación del PJJHD con las pensiones graciables y desde esa perspectiva encarar las demandas judiciales⁹⁴.

Además, si bien algunos magistrados han efectuado consideraciones en defensa de la necesidad de medidas estatales como el PJJHD en contextos de crisis, cabe preguntarse si sostendrían con la misma firmeza esta obligación estatal en situaciones socioeconómicas favorables.

Tanto las distintas respuestas judiciales, los plazos de tramitación de los procesos, las discusiones de competencia, el contenido de las respuestas del PEN como su sistemática interposición de recursos podría llevar a pensar que han considerado estos casos

⁹⁴ En la misma entrevista, el secretario del fuero de Seguridad Social consultado manifestó que cuando llegaron los primeros casos al fuero los jueces no sabían de qué se trataba esto y que en general tendían a asimilarlo a las pensiones graciables que otorga el PLN. Preguntado sobre si no había una clara diferencia en tanto y en cuanto la norma de creación del PJJHD expresamente decía que se trataba de un derecho, el Secretario no pareció ni siquiera comprender la pregunta.

como otros en los que no se pone en juego la denuncia de situaciones extremas de vulnerabilidad social.

A esto se suma la casi total ausencia del PLN en el debate en torno a la universalización del PJJHD. A pesar de la invocación que a él hace el PEN cada vez que se defiende en estos casos, y a pesar de que es el PLN, quien fue dictando las sucesivas leyes de emergencia económica que prorrogaron la vigencia del PJJHD, dicho poder tampoco se hizo cargo de las repetidas sentencias judiciales y denuncias en contra del cierre de la inscripción y, por lo tanto, no tomó medidas al respecto.

En lo que respecta a las organizaciones intermedias de la sociedad civil, continúa el desafío presente de cómo hacer un salto de la presentación de casos individuales exitosos a incidir en la transformación del diseño e implementación de políticas pública acordes a un “enfoque de derechos”. Esto implica desarrollar herramientas que permitan la interacción de las organizaciones con el PEN y el PLN como actores centrales en el proceso de toma de decisiones, y entre otras cosas hacer mejor (o mayor) uso de las sentencias favorables del PJ, entablado diálogos entre los diferentes actores. Este caso arroja evidencia de la falta de desarrollo de estrategias de incidencia articuladas a fin de capitalizar la experiencia jurídica para generar el debate en la esfera política.

Por su parte, la ausencia de reclamos judiciales por parte de organizaciones de base y representantes de trabajadores desocupados puede haberse debido a múltiples razones. Desde los efectos del lanzamiento de un programa paralelo como el PEC –en el marco del cual sí se incluyeron nuevos receptores–, pasando por las dificultades para acceder a la justicia (por ejemplo, la necesidad de contar con abogados para llevar adelante los casos), hasta la identificación de la estrategia judicial como menos eficiente en el corto-mediano plazo que las de carácter político-social.

El alcance cuantitativo del PJJHD fue y continúa siendo uno de los aspectos que ha sido más destacado en torno a esta política. Sin embargo, da la impresión de que la inclusión ilimitada e inmediata de numerosos receptores al PJJHD fue evaluada positivamente en términos de capital político sólo al momento de su lanzamiento y en plena crisis, pero que luego dicha política fue reconsiderada. Si se atiende a que el PEC fue creado al poco tiempo de que se cerró en los hechos la incorporación al PJJHD es posible conjeturar que pasado el momento más álgido de la crisis el

PEN evaluó que el PJJHD tal como había sido concebido al comienzo ya no era necesario para canalizar a los actores organizados y con mayor poder de conflictividad social, y que, por lo tanto, podía proceder a su cierre del modo en que lo hizo siempre y cuando diera a aquellos actores organizados otra alternativa que su vez, les era más favorable. Los excluidos del PJJHD, o de cualquier otro tipo de programa asistencial pasaban a ser solo individuos aislados sin capacidad de movilización autónoma más allá de la presentación de acciones judiciales.

En general, este trabajo permite dar cuenta de la brecha existente entre un discurso de “derechos” y la práctica en materia de programas sociales. Como señala una funcionaria del MTEySS: “El PJJHD fue un salto cualitativo en termino de nombrar a los planes y reconocerlo como derechos, pero tal vez le faltó masticar esta visión”⁹⁵. Esto evidencia que a pesar de haberse establecido que el programa venía a satisfacer el “Derecho Familiar de Inclusión Social”, en los hechos no se alteraron los parámetros tradicionales de diseño e implementación de programas sociales.

Pensar seriamente el “enfoque de derechos humanos” como guía para el diseño y ejecución del PJJHD hubiera implicado considerar que el primer paso para otorgar poder a los sectores excluidos es reconocer que son titulares de derechos que, como contracara, obligan al Estado. Entre otras cosas, hubiera significado promover mecanismos de reclamo (administrativos y judiciales) sencillos, gratuitos, rápidos y adecuados para que aquellos afectados que tengan que valer sus derechos, tanto frente al rechazo de la solicitud de ingreso como frente a las irregularidades que puedan suscitarse durante la implementación (Abramovich, 2006).

Sin embargo, por lo analizado en este trabajo, al menos en materia de transferencia de ingresos, las tendencias recientes no parecen estar orientadas en esa dirección. Sin ir más lejos desde esta perspectiva resultaría inadmisibles la insistente apelación del PEN a la escasez de recursos no sólo cuando lo que está en juego es el derecho a un nivel de vida adecuado de las personas, sino sobre todo a la luz del superávit fiscal que viene atravesando la Argentina en los últimos años. De esta manera se estarían desoyendo al menos dos de las obligaciones inmediatas del Esta-

⁹⁵ Entrevista realizada en Buenos Aires el 16 de agosto de 2007.

do en materia de DESC: contenido mínimo de los derechos⁹⁶ y progresividad.

El punto es que una implementación real del “enfoque de derechos” depende, en gran medida, de cambios sustantivos en la esfera económica, así como del fortalecimiento de las instituciones de la democracia y de decisiones sostenidas en materia de política pública que alteren los actuales patrones de desarrollo. Implica, de alguna manera, plantear la necesidad de modificar el patrón distributivo y de concentración de riqueza que ha acompañado la implementación de políticas económicas y sociales. Desde ya estas consideraciones son claves a la hora de comprender las razones que impiden la implementación de esta perspectiva para abordar la inclusión social (Arcidiácono: 2008)

De no alterarse los actuales patrones, el “enfoque de derechos” se estaría aplicando sobre las bases de un esquema altamente desigual que consolidaría una suerte de “ficción ciudadana” en lugar de un marco de derechos en un modelo económico sólido (Abramovich y Pautassi, 2008)⁹⁷. Así, la tensión entre reconocimiento y efectividad de los DESC en particular se pone en el centro de la escena y plantea un fuerte desafío al “enfoque de derechos”.

De hecho, pese a la significativa magnitud de los programas sociales implementados, la disminución del porcentaje de pobreza e indigencia entre los años 2002 y 2007 difícilmente pueda ser atribuida a estos programas, cuyo aporte se puede evaluar más como un “alivio” que como una estrategia de “superación” de la pobreza⁹⁸ (CELS, 2008). De esta manera, a la luz de las defensas del PEN en los casos analizados, el PJJHD (presentado como emblemático de la Argentina poscrisis) responde más que a los criterios de un derecho universal sin presupuesto fijo, a los de una asistencia otorgada desde el Estado con un presupuesto limitado. Esta situación se agrava en la medida que la prestación se ha visto cada vez más depreciada a causa de los crecientes niveles de inflación y la ausencia de actualizaciones de los montos.

⁹⁶ Esto no implica sostener que la prestación de \$150 logre de hecho satisfacer niveles esenciales de DESC. Cfr. apartado primero.

⁹⁷ Tal como lo señalan Abramovich y Pautassi en este volumen, capítulo VII.

⁹⁸ Según los datos provenientes del INDEC, correspondientes al segundo semestre de 2006, el ingreso proveniente del Plan Jefas y Jefes provocaba una reducción absoluta de alrededor de 0,7 puntos porcentuales en la línea de indigencia y de 0,3 puntos porcentuales en la línea de pobreza (del 11,9% al 11,2%, y del 31,7% al 31,4%, respectivamente), en www.indec.gov.ar.

Anexo metodológico

Los datos utilizados en este trabajo provienen de diversas fuentes: primero, la normativa vigente y otras investigaciones realizadas por especialistas en el tema. En segundo lugar, se presentan datos primarios, de corte cualitativo, que surgen de entrevistas en profundidad realizadas a informantes clave: abogada/os que llevaron adelante los casos, funcionarios de la Justicia Nacional, referentes de organizaciones de la sociedad civil y de la burocracia estatal y receptores del PJJHD.

Finalmente, tal como se destacara, se han relevado un total de quince expedientes judiciales que se encuentran en distintas instancias procesales en el ámbito de la Justicia Federal de la Seguridad Social de la Capital Federal. Se trata de las siguientes causas: “Alegre, Miriam Elizabeth y Otros C/P.E.N - MTEySS s/Amparos y Sumarísimos con medida cautelar adjunta” (Expte. 54.298/06) en trámite por ante el Juzgado Federal de 1ra. instancia de la Seguridad Social N° 6 (“Alegre”); “Luján Nancy Mónica c/P.E.N. - MTEySS s/Amparos y Sumarísimos” (Expte. 18028/2004) en trámite por ante el Juzgado Federal de 1ra. instancia de la Seguridad Social N° 4. (“Luján”); “Pinto María Gabriela c/P.E.N - MTEySS s/amparos y sumarísimos” (Expte. 18030/2004) en trámite por ante el Juzgado Federal de 1ra. instancia de la Seguridad Social N° 4 (“Pinto”); “Callisaya Lecoya c/PEN - MTEySS s/amparos y sumarísimos” (Expte. 33.587/05) en trámite por ante el Juzgado Federal de 1ra. instancia de la Seguridad Social N° 4. (“Callisaya”); “Ramos Lorena Luján y otros c/PEN - MTEySS s/amparos y sumarísimos (Expte. 29214/06), en trámite por ante el Juzgado Federal de 1ra. instancia de la Seguridad Social N° 10 (“Ramos”); “Molina María Elvira Silvana Y Otros C/Estado Nacional - MTEySS s/amparo sumarísimo” en trámite por ante el Juzgado Federal de la Seguridad Social N° 8 Secretaría N° 1 (“Molina”); “Sales, Andrés Julio y Otros c/Estado Nacional - MTEySS s/Amparo s/Incidente por medida cautelar” (Expte 25.641/2004)” en trámite por ante el Juzgado Federal de la Seguridad Social N° 9 (“Sales”); “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia - c/Estado Nacional - MTEySS s/amparo Ley 16.986 (Expte. 6452/2007) en trámite por ante el Juzgado Federal de 1ra. instancia de la Seguridad Social N° 2; “DEUCO (Defensa usuarios y Consumidores) c/PEN - MTEySS s/Amaros y sumarísimos” (Expte. 1835/06), que tramitara por ante el Juzgado Federal de 1ra. instancia de la Seguridad Social N° 5 (“Deuco”); “Martín, María Isabel c/PEN - Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación s/amparos y sumarísimos” (Expte. 28.955/05) en trámite por ante el Juzgado Federal de 1ra. instancia de la Seguridad Social N° 3; “Quiroz, Karina c/PEN - Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación s/amparos y sumarísimos” (Expte. 38.038/2005), en trámite por ante el Juzgado Federal de 1ra. instancia de la Seguridad Social N° 3; “Gatti Héctor Ángel y otro c/PEN - Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación s/amparos y sumarísimos” (Expte. 38.447/2005), en trámite por ante el Juzgado Federal de 1ra. instancia de la Seguridad Social N° 3; “Duarte, Ramón Marino y otros c/PEN -

MTEySS s/amparos y sumarísimos” (Expte. 19.549/05) en trámite ante el Juzgado Federal de 1ra. instancia de la Seguridad Social N° 8; “San Martín, Marina Vanesa c/PEN - MTEySS s/amparos y sumarísimos” (Expte. 24.570/05) en trámite ante el Juzgado federal de 1ra. instancia de la Seguridad Social N° 7; “Sierra, Laura Cecilia, c/PEN - MTEySS s/amparos y sumarísimos” (Expte. 27.885/05) en trámite ante el Juzgado federal de 1ra. instancia de la Seguridad Social N° 4.

Bibliografía

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2006), *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Del Puerto, Buenos Aires.
- Abramovich, V. (2006), “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”, en *Revista de la CEPAL*, N° 88 Santiago de Chile.
- Arcidiácono, P. (2008), “Políticas sociales con perspectiva de derechos. La agenda pendiente en Argentina”, en *Revista Aportes Andinos*, N° 21, “Derechos Humanos y Políticas Públicas”, Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador.
- Arcidiácono, P.; Pautassi, L.; Royo, L.; Strachnoy, M. y Carmona, V. (2008), “Tensiones en un marco de crecimiento económico. La política social pendiente”, en *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2007*, CELS/Siglo XXI, Buenos Aires.
- Bujosa Vadell, L. (1995), “La protección jurisdiccional de los intereses de grupo”, José María Bosch, Barcelona.
- Campos, L., Faur, E. y Pautassi, L. (2007), “Programas sociales y acceso a la justicia. Del discurso de derechos a la práctica asistencial”, en *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2007*, CELS/Siglo XXI, Buenos Aires.
- Centro de Estudios Legales y Sociales (2004a), “Políticas públicas y garantía de derechos sociales: caminos paralelos, realidades opuestas”, en *Derechos Humanos en la Argentina. Informe 2004*, CELS/Siglo XXI/Catálogo, Buenos Aires.
- Centro de Estudios Legales y Sociales (2004b), *Plan Jefes y Jefas. ¿Derecho social o beneficio sin derecho?*, Buenos Aires.
- Centro de Estudios Legales y Sociales (2007a), *Las políticas para la disminución de la pobreza implementadas en la Argentina 2002-2005. Un análisis de su diseño, implementación y exigibilidad desde la perspectiva de derechos humanos*, mimeo.
- Centro de Estudios Legales y Sociales (2007b), *Programa Familias por la Inclusión Social entre el discurso de derechos y la práctica asistencial*, Buenos Aires.
- Centro de Estudios Legales y Sociales (2008), *La lucha por el derecho. Litigio estratégico y derechos humanos*, CELS/Siglo XXI, Buenos Aires.
- Campos, L.; Faur, E. y Pautassi, L. (2007), “Programas sociales y acceso a

la justicia. Del discurso de derechos a la práctica asistencial”, en *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2007*, CELS/Siglo XXI, Buenos Aires.

CEPAL (2006), “El desarrollo centrado en derechos y el pacto para la protección social”, en *La protección social de cara al futuro: acceso, financiamiento y solidaridad*.

CONAEyC (2002), *Primer Informe al Presidente de la Nación sobre el Derecho Familiar de Inclusión Social y el Programa Jefes y Jefas de Hogar Desocupados*.

CONAEyC (2002), *Segundo Informe al Presidente de la Nación sobre el Derecho Familiar de Inclusión Social y el Programa Jefes y Jefas de Hogar Desocupados*.

Maurino, G.; Nino, E. y Sigal, M. (2006), *Las acciones colectivas. Análisis Conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial comparado*, Lexis-Nexis, Buenos Aires.

Ministerio de Economía (2006), *Informe Económico Trimestral N° 55*, Buenos Aires.

MTEySS (2003), *Evaluación del Plan Jefas y Jefes de Hogar Desocupados*.

Palacio, E. (1998), *Manual de Derecho Procesal Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Normativa

Ley 19.549

Ley 18.910

Decreto 565/2002

Decreto 1759/72

Decreto 1506/04

Resolución 04/04 de la Defensoría del Pueblo de la Nación

Resolución 312 MTEySS

Resolución 07/03 MTEySS

Resolución 85/03 MTEySS

Resolución 01/04 MTEySS

Resolución 02/06 MTEySS

Notas periodísticas

La Nación, “Por decreto subsidiarán a un millón de familias sin empleo”, 4 de abril de 2002.

La Nación, “Extienden los planes de asistencia social”, 17 de junio de 2002

La Nación, “Se reparten sin control los planes sociales”, 17 de junio de 2007.

Páginas web

www.mecon.gov.ar

www.indec.mecon.gov.ar

www.desarrollosocial.gov.ar

www.trabajo.gov.ar

www.defensor.gov.ar/informes/info37-sp.htm

Capítulo III

El litigio individual en derechos sociales. Una aproximación al estado actual en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Mabel López Oliva

1. Introducción

En este trabajo me propongo comentar algunos de los alcances y características del litigio individual en derechos económicos, sociales y culturales (DESC o derechos sociales) en la Ciudad de Buenos Aires.

Mis reflexiones se limitan al análisis de casos individuales en materia de derecho a la alimentación y a la vivienda, desde una perspectiva jurídica, y a partir de un criterio que valora el contexto en el que se originan los casos judiciales y la incidencia de los actores involucrados. En este marco, intento dar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿Por qué se producen estos casos?, ¿cuáles son los logros y límites de la utilización del amparo judicial individual en la nueva justicia de la Ciudad?

En primer término, realizo una presentación de los casos, sus características, los reclamos que se presentan, la resolución por parte de la justicia local y la forma de aplicación de los estándares de DESC en los fallos estudiados. Luego presento algunas variables que explican por qué estos casos llegan a la justicia y qué actores convergen como facilitadores en la construcción de esta nueva estrategia de reclamo.

A continuación, marco algunos de los impactos que ha generado esta nueva práctica, tanto respecto de los afectados, como de la administración y del poder político en general. Por último, no puedo dejar de señalar algunos de los límites que encuentra la experiencia de litigio individual en DESC en la Ciudad.

Las conclusiones a las que arriba no cierran en absoluto las posibilidades de análisis y discusión. Mi intención es estimular un debate más profundo, para seguir pensando y diseñando estrategias que fortalezcan los alcances de la exigibilidad judicial de los derechos sociales.

2. La institucionalidad normativa y organizacional de la Ciudad de Buenos Aires en materia de justiciabilidad de DESC

La Ciudad de Buenos Aires presenta una institucionalidad propicia para la generación de casos judiciales en materia de DESC. El universo normativo local, al regular la acción de amparo con mayores alcances que el nacional, dota a los habitantes de la Ciudad de un poder de reclamo, una especie de acción de *accountability* horizontal¹, cuando por discriminación, desidia, ausencia de planificación, defectuosa ejecución o corrupción de la administración, se vulneran sus DESC.

A partir de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, Buenos Aires adquiere estatus de Ciudad Autónoma². En esta nueva etapa comienza un proceso de reforma política que, en política social³, ofrece un marco legal y judicial oportuno para el desarrollo del control judicial de la administración, como responsable del respeto, la protección y la realización de los DESC.

La Ciudad sancionó una Constitución que compromete la construcción de un Estado social de derecho, reconoce explícitamente los derechos sociales, consagra al Estado local como garante de la realización de estos derechos y ofrece a los ciudadanos una garantía jurisdiccional para la protección de sus derechos (arts. 10, 14, 17, 18, 20 a 30, entre otros).

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es uno de los cuerpos normativos más modernos en materia de reco-

¹ Las agencias públicas pueden ejercer mutuos controles de gestión, con la finalidad de alcanzar mayor seguridad jurídica y transparencia. Una de las manifestaciones de este control se plantea a través de la intervención del Poder Judicial, en su función de control de legalidad sobre los actos del Poder Ejecutivo (O'Donnell, 2001).

² El artículo 129 de la Constitución Nacional expresamente dice: “La Ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la Ciudad. Una ley garantizará los intereses del Estado Nacional, mientras la Ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación...”.

³ Se parte de la consideración de la política social como la herramienta de los Estados dirigida a garantizar la seguridad o bienestar social, mediante transferencias monetarias, servicios, infraestructura física y políticas reguladoras en las áreas de salud, educación, vivienda, seguridad social, asistencia social, protección laboral y asistencia a las familias (Offe, 1995).

nocimiento de derechos y establecimiento de garantías ciudadanas. Adhiere a los lineamientos del constitucionalismo social y amplía el catálogo de responsabilidades del Estado local, a fin de garantizar el ejercicio de estos derechos. En su artículo 17 establece: “La Ciudad desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades”.

En esta línea se ofrece un mecanismo jurisdiccional de mayor protección de los DESC, regulando la acción de amparo con un carácter más amplio que el establecido en la Constitución de la Nación⁴. El sistema de control judicial porteño es *ex post*, con jurisdicción restringida, legitimación amplia y efectos derogatorios de la norma. Asimismo, la Constitución de la Ciudad incorpora el amparo colectivo, acogiendo una especie de acción popular que puede ser deducida por cualquier habitante de la Ciudad. Además, la Ciudad no exige el requisito de agotamiento previo de la vía administrativa y autoriza a los jueces a declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión que genera la violación del derecho.

Una de las innovaciones más importantes que se introduce en materia de protección jurisdiccional de los derechos es la adopción de un sistema concentrado y abstracto de control de constitucionalidad. Se trata de un control que excede el mero interés del actor y el caso concreto, y se dirige a restablecer la vigencia de la Constitución, expulsando del sistema normativo a aquellas leyes que no respetan los mandatos constitucionales⁵.

Como lógica consecuencia de la autonomía jurisdiccional, la Ciudad crea su propia organización de justicia e inaugura la Justicia Contenciosa Administrativa y Tributaria, donde se debaten y resuelven todos los reclamos de derecho público y privado, siempre que una autoridad u organismo del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA), sea parte, como actor o demandado (art. 2, ley 189). Este fuero fue creado con la idea que se convierta en una

⁴ Artículo 14 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

⁵ Para estos casos, la Ciudad reserva la competencia del Tribunal Superior de Justicia (art. 113, Constitución de la Ciudad).

instancia principalmente recaudadora, que persiga a los morosos para que cumplan con sus obligaciones tributarias. Sin embargo, por la definición subjetiva de sus competencias, el fuero es directamente idóneo para la atención de todos los casos donde se reclame el acceso a un derecho social vulnerado por acción, omisión, negligencia o arbitrariedad de la administración.

Bajo este paraguas legal e institucional ha comenzado una experiencia en materia de reclamos judiciales para el acceso a los derechos sociales. En el fuero Contencioso Administrativo y Tributario local se debaten cotidianamente acciones de amparo que comprometen tanto la definición y/o implementación de programas sociales como la intervención del Poder Ejecutivo como garante del acceso a los DESC, especialmente respecto del universo poblacional en mayor estado de vulnerabilidad social.

3. Los casos judiciales

3. A. El alcance general de las peticiones

Hasta el primer semestre del año 2008⁶, los diversos casos presentados en la justicia local, sean individuales o de incidencia colectiva, apelan a la intervención judicial para que realice un control de los actos y omisiones de la administración que provocan la vulneración de uno o varios derechos sociales.

La mayor parte de los casos implican peticiones individuales sobre el acceso a un derecho social de una persona o grupos familiares y comprometen a la administración por su desidia o absoluta discrecionalidad. También se producen, aunque en menor medida, reclamos de incidencia colectiva que denuncian el incumplimiento de la administración respecto de la satisfacción o protección de los DESC de un colectivo de personas.

En general, no se cuestiona la política estructural del GCBA. En este sentido, no se judicializa la política social en su concep-

⁶ Se han relevado 220 casos judiciales desde 2001 hasta el segundo semestre del año 2008, cifra que no resulta exhaustiva de la totalidad de los casos que podrían existir en la Ciudad. Las conclusiones de este artículo surgen de una muestra de aproximadamente 50 expedientes y de más de 100 resoluciones judiciales, entre medidas cautelares y sentencias definitivas.

ción misma, ni en su propio diseño. Los reclamos judiciales se focalizan en el comportamiento del GCBA como responsable de la gestión de programas sociales de tipo asistencial focalizado, así como del funcionamiento de los servicios públicos. En esta lógica, se denuncia el accionar arbitrario de la administración respecto de la gestión de un programa concreto en un caso individual, o bien, el incumplimiento de sus obligaciones en el funcionamiento de los servicios públicos que afectan a un universo de personas.

En su gran mayoría, los casos individuales versan sobre el acceso o continuidad de una persona o grupo familiar en un programa focalizado de emergencia habitacional o alimentaria. En cada caso se identifican los obstáculos encontrados en la Administración, siempre denunciando la denegación discrecional o la suspensión arbitraria del beneficio por parte del GCBA. Así, la intervención judicial se ciñe al control de la administración en su rol de gestor del programa, desde una perspectiva que revisa el debido proceso llevado a cabo por el GCBA. Específicamente, en los casos individuales, se denuncia a la administración por:

- Denegar, de manera informal y sin mayores argumentos, el acceso a un programa social alimentario o de emergencia habitacional.

- No responder la solicitud de una persona o familia para acceder a un programa social alimentario o de emergencia habitacional.

- Suspender el otorgamiento de un programa social alimentario o de emergencia habitacional sin que se haya modificado la situación fáctica que dio origen a la asistencia de la persona o familia.

- Otorgar asistencia alimentaria que no satisface las necesidades mínimas o esenciales en materia nutricional.

- Otorgar asistencia habitacional que no resulta suficiente para generar adecuadas condiciones de habitabilidad.

Si bien la mayor experiencia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad se produce en casos individuales, no puedo dejar de mencionar, aunque no resulte objeto de análisis en este trabajo, que también se está produciendo una experiencia, incipiente y aún poco cristalizada, en casos de incidencia colectiva. Hasta el momento, los reclamos se producen en virtud de acciones y omisiones del Estado que provocan riesgo o vulnera-

ción directa de los DESC de poblaciones que habitan en barrios precarios, villas o asentamiento del Sur de la Ciudad⁷.

La judicialización de todas estas situaciones ha provocado una modificación en la institucionalidad donde se define la política social local, en tanto el Poder Administrador deja de ser un poder omnímodo en su actividad de planificación y ejecución. El Poder Judicial (jueces y miembros del ministerio público de la defensa y tutelar) y algunas organizaciones no gubernamentales se constituyen en actores relevantes en este escenario.

Asimismo, los casos judiciales provocaron la incorporación de una perspectiva jurídica que rescata el valor de la ley, la calidad de sujetos de derechos de los habitantes de la Ciudad y las obligaciones que emergen del reconocimiento normativo de los DESC. Esto importa una innovación interesante en el campo de la política social. Situaciones sociales que, históricamente, fueron invisibles en el mundo “jurídico” y “atendidas” asistencialmente como un beneficio brindado solidariamente por el Estado, son planteadas con un criterio de exigibilidad judicial y abordadas por operadores del derecho, desde una lógica que aboga por el cumplimiento de los mandatos constitucionales.

3. B Los casos individuales en materia de asistencia alimentaria y habitacional

Si bien cada caso individual que se debate en la justicia local es particular y presenta dimensiones propias, a los efectos expositivos los presentaré en dos grandes grupos, según se reclame el

⁷ Los casos involucran cuestiones sobre riesgo sanitario en villas, asentamientos, nuevos asentamiento urbanos y barrios del sur de la ciudad; incumplimiento de leyes en materia de urbanización y construcción de viviendas definitivas, incumplimiento en materia de estándares mínimos de habitabilidad, discriminación en el acceso a la educación de las poblaciones del sur de la Ciudad, ausencia de programa social específico para universos poblaciones especiales y frente a situaciones emergentes, entre otros. En muchos de los casos, la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia inició las acciones, en otros el impulso lo generó el Ministerio Público Tutelar o el Ministerio Público de la Defensa. A título ilustrativo, ver “Asociación Civil Por la Igualdad y la Justicia c/GCBA amparo” (Expte. 20898/0) y “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia y otros c/GCBA amparo (Expte. 21045/0)”, “Medina Benítez Rosalva y otros c/GCBA amparo”; “Iglesias José Antonio GCBA s/amparo”; “Patricia Bullrich y otros GCBA amparo” y “Montenegro y otro GCBA amparo y Agüero Aurelio Eduvigio y otros c/GCBA s/amparo” (Expte. 4437).

acceso de un programa alimentario o a un programa habitacional. Entiendo que no resulta necesario describir los hechos de cada caso y cada planteo puntual, en tanto en la mayoría de los precedentes se reiteran patrones comunes respecto del tipo de reclamo, la situación social de las familias afectadas, los antecedentes de los casos, los actores que emergen en los expedientes, las autoridades interpeladas, los programas sociales involucrados, el comportamiento del Gobierno de la Ciudad y las decisiones judiciales.

Asimismo, vale realizar este agrupamiento porque a poco de ahondar desde una perspectiva constitucional, se percibe que en todos los precedentes, el Poder Judicial, haciendo aplicación de los conceptos del derecho internacional de los derechos humanos, obliga al poder político a cumplir con los deberes que emergen del reconocimiento legal en materia de DESC.

3. B. I. Los casos de reclamo por la asistencia alimentaria

Los reclamos judiciales que involucran la asistencia alimentaria del GCBA se realizan a través de acciones de amparo donde se denuncia al gobierno que, por acción u omisión, impide discrecionalmente el acceso a un programa, interrumpe arbitrariamente una prestación otorgada o brinda una asistencia alimentaria insuficiente para cubrir las necesidades mínimas requeridas por la persona o grupo familiar afectado⁸.

a) Los programas alimentarios objeto de reclamo

Los programas que motivaron las presentaciones judiciales son el programa de Apoyo Alimentario Directo a Familias y dos programas de transferencia de ingresos con fines alimentarios: el Programa Vale Ciudad y el Programa Ciudadanía Porteña.

El Programa de Apoyo Alimentario Directo a Familias consiste en la entrega de cajas de alimentos⁹. El programa Vale Ciudad,

⁸ Recordemos que en la Ciudad de Buenos Aires los programas sociales alimentarios son tres: programas de apoyo a comedores comunitarios, entrega directa de comida a través del programa de bolsones o cajas de alimentos, y programa de transferencia de ingresos con fines alimentarios.

⁹ Según el propio GCBA, el programa tiene por objetivo desarrollar acciones tendientes a fortalecer el consumo de alimentos de las familias que se encuentran en situación de vulnerabilidad alimentaria en todo el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. Los destinatarios son familias residentes en la Ciudad de Buenos Aires

actualmente suspendido, fue creado por la ley 1506 y estaba destinado a asistir a la población de la Ciudad de Buenos Aires que se encontrara en situación de emergencia alimentaria y vulnerabilidad social, a través de la entrega de una chequera de vales mensuales, canjeables en los locales habilitados a tal fin¹⁰. Estos productos debían cubrir como mínimo el 30% de las necesidades nutricionales del hogar. El Programa Ciudadanía Porteña Con Todo Derecho fue creado en el año 2005 por la ley 1.878 que deroga el Vale Ciudad. El programa consiste en la entrega de una tarjeta del Banco Ciudad destinada a la compra de alimentos y productos de limpieza. La ley, en su artículo 4 establece los potenciales beneficiarios, en orden de prelación y conforme la aplicación del índice de vulnerabilidad. Asimismo pone en cabeza de los beneficiarios la realización de una serie de contraprestaciones¹¹.

que se encuentran bajo la línea de indigencia conforme a los criterios y datos publicados mensualmente por el INDEC o que, encontrándose en situación de vulnerabilidad alimentaria reúnen alguna de las siguientes características: 1) familias monoparentales; 2) con 3 o más hijos; 3) con una o más mujeres embarazadas; 4) con 1 o más integrantes en situación de enfermedad grave o desnutrición; 5) con 1 o más integrantes con necesidades especiales; 6) con 1 o más miembros mayores de 65 años que no perciban jubilación, pensión otro beneficio de seguridad social (www.gcba.gov.ar).

¹⁰ Según la propia ley, los beneficiarios eran familias que se encontraran bajo la línea de indigencia conforme a los criterios y datos publicados mensualmente por el INDEC o en situación de emergencia alimentaria y vulnerabilidad social con domicilio real en la Ciudad de Buenos Aires. El programa se ejecutaría en forma progresiva, comenzando a aplicarse a aquellos que fueran beneficiarios de algún programa de asistencia alimentaria al momento del dictado de la ley 1.506 (art. 11).

¹¹ Los potenciales beneficiarios son: a) hogares cuyos ingresos resultan hasta un 25% por encima de la línea de indigencia; b) hogares cuyos ingresos resultan superiores al previsto en el inciso anterior y hasta la línea de pobreza, con hijos a cargo de hasta dieciocho (18) años de edad cumplidos y/o mujeres embarazadas y/o adultos mayores de sesenta y cinco (65) años a cargo y/o personas con necesidades especiales a cargo; c) hogares cuyos ingresos resultan superiores al previsto en el inciso a) del presente artículo y hasta la línea de pobreza, sin hijos a cargo de hasta dieciocho (18) años de edad cumplidos, sin mujeres embarazadas, que no tienen adultos mayores de sesenta y cinco (65) años a cargo ni personas con discapacidad a cargo, según el grado de intensidad en función de la demanda efectiva para este programa. La ley 1.878 enumera un conjunto de requisitos mayores a los exigidos por el programa Vale Ciudad, a los efectos de poder acceder a la asistencia alimentaria, referidos a la presentación de documentos de identidad, constancias que acrediten vínculos, CUIL, certificados de discapacidad, entre otros. Por otra parte, en su artículo 10, la ley establece una serie de contraprestaciones que deben cumplir los beneficiarios sobre controles de salud y asistencia escolar de los niños que integran el grupo familiar, entre otras obligaciones.

b) Las pretensiones de los amparistas

La mayoría de los casos fueron patrocinados por la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH) o por el Ministerio Público de la Defensa, siempre acompañados por las intervenciones del Ministerio Público Tutelar.

En general, se trata de familias muy pobres, sin trabajo, con hijos menores de edad a cargo que presentan bajo peso, cuadros de desnutrición, anemia, obesidad, mal nutrición, necesidad de dietas especiales y/o problemas de salud ocasionados por la falta de acceso a una alimentación adecuada¹².

Los casos judiciales se presentan a partir de los siguientes antecedentes:

- La persona o familia afectada solicita ser incorporada a un programa de asistencia alimentaria y, en forma discrecional e informal, el GCBA le deniega su acceso. La negativa se realiza en forma verbal, y se produce por falta de cupo, cierre de inscripción al programa, falta de documento del solicitante, falta de acreditación de domicilio en la Ciudad, falta de presentación de toda la documentación requerida, entre otros¹³.

- El GCBA no responde a la solicitud de inclusión en un programa en un plazo razonable¹⁴.

- El GCBA otorga como asistencia alimentaria cajas de alimentos que no alcanzan para cubrir las necesidades nutricionales esenciales¹⁵.

- Los amparistas requirieron al GCBA asistencia alimentaria especial que cubra necesidades alimentarias requeridas en función

¹² A título ilustrativo, valen los siguientes ejemplos: en el caso “Roldán, Juliana GCBA amparo”, los adultos responsables de la familia se encontraban desocupados y su hija X, menor de edad, padecía de una insuficiencia renal crónica. Estaban a la espera de un trasplante. Tenían Plan Jefas y Jefes, pidieron el programa alimentario Vale Ciudad y se lo negaron, así como el pedido de algún programa que contemplase el problema de su hija. En el caso “Santillán GCBA amparo”, la familia requería para uno de sus hijos menores de edad una dieta especial debido a que sufría de diabetes. En el caso “Delmont GCBA amparo”, a pesar de recibir bolsones de comida, los hijos, menores de edad no alcanzaban una alimentación mínima en términos de nutrientes necesarios.

¹³ Véanse, como ejemplo, los Exptes. 8457/0, 8455/0, 16536/0, 9927/0, 13332/0, entre otros.

¹⁴ Expte 20.442/0.

¹⁵ Véase, como ejemplo, los Exptes. 11816/0, 10887/0, 6985/0, entre otros.

de alguna enfermedad. La solicitud fue denegada por inexistencia de programas específicos para estos casos¹⁶.

– El GCBA crea el programa vale ciudad y a aquellos que recibían asistencia alimentaria mediante la entrega de cajas de alimentos, pero que no reunían los requisitos para acceder al programa vale ciudad, los excluye de toda asistencia alimentaria¹⁷.

– El GCBA suspende la continuidad de la prestación otorgada a través del programa vale ciudad cuando crea el programa ciudadanía porteña. En este caso, algunas de las personas y familias afectadas fueron dadas de baja del programa vale ciudad y dejados sin asistencia alimentaria. En otros casos, se produjo la baja del programa Vale Ciudad a cambio de la entrega de cajas de comida. En todos los casos relevados la situación social de las familias resultaba idéntica a aquella que padecían al momento de ser seleccionados para acceder al programa vale ciudad¹⁸.

Las distintas presentaciones reclaman la justiciabilidad del derecho a la alimentación¹⁹, y cuestionan: a) la absoluta arbitrariedad²⁰ de la administración cuando deniega, sin demasiadas explicaciones, el acceso a un programa de asistencia alimentaria o cuando no responde a la solicitud de ingreso en tiempo oportuno; b) la violación del estándar legal de contenido mínimo del programa de entrega de cajas alimentarias en tanto al contener exclusivamente alimentos secos no reúnen todos los requerimientos nutricionales necesarios; y c) la vulneración del estándar de no regresividad de la política, pues cuando se retira toda asistencia alimentaria o se cambia la asistencia por una de menor alcance (cambio de operatoria de cajas de comida a Vale Ciudad y de Vale

¹⁶ Expte. 11644/0.

¹⁷ Exptes. 16536/0, 9927/0, entre otros.

¹⁸ Exptes. 11.691/2, 17729/0 y 177713/0, entre otros.

¹⁹ En este sentido, todas las presentaciones recuerdan que las cláusulas que consagran DESC crean derechos subjetivos que generan obligaciones de respeto, de protección y de satisfacción, y por ellos resultan justiciables (Abramovich y Curtis, 2002).

²⁰ En estos casos se cuestiona la falta de cumplimiento de las obligaciones positivas de la Administración, quien se excusa de realizar medidas efectivas para garantizar el derecho a alimentación de los sectores más vulnerables, con argumentos formalistas, como la falta de presentación de las constancias exigidas por la ley.

Ciudad a Ciudadanía Porteña), se produce un retroceso evidente en el nivel de acceso al derecho a la alimentación.

En todos los casos se solicita a la justicia que ordene a la administración que cese en su conducta arbitraria y remueva los obstáculos para que los amparistas puedan acceder a la asistencia alimentaria requerida o continuar haciendo uso del programa.

c) Las decisiones judiciales

En los casos estudiados, los jueces hicieron lugar a las medias solicitadas²¹ y ordenaron al Gobierno de la Ciudad el cumplimiento de las siguientes acciones:

- Que en forma inmediata²², arbitre los medios necesarios para suministrar a los actores alimentación adecuada e incorpore a la familia en un programa alimentario que cubra las necesidades alimentarias.

- Que en forma inmediata complemente la asistencia alimentaria brindada con otra que permita satisfacer los requerimientos nutricionales necesarios de los amparistas.

- Que incorpore a la persona afectada a un programa alimentario que garantice la dieta especial requerida por los médicos.

- En algunos casos, la justicia ordena al GCBA que incluya al grupo familiar en un programa determinado, tal como entrega de bolsones de alimentos o Vale Ciudad, Ciudadanía porteña, según el caso, imponiendo un plazo para el cumplimiento de la medida.

En todos los casos se señala que el Estado no cumple, debidamente, con las obligaciones positivas impuestas por la constitución, en cuanto se reconoce a la alimentación como un derecho. Asimismo, los fallos señalan algunos contenidos que debe respetar la política de asistencia alimentaria en la Ciudad de Buenos Aires, conforme con los estándares internacionales de derechos humanos:

- Los programas alimentarios deben cubrir las necesidades nutricionales básicas de la familia.

- En caso de dietas especiales, el GCBA debe abastecer los requerimientos específicos del caso.

²¹ En la mayoría de los casos se ordenaron medidas cautelares hasta tanto se resolviera en forma definitiva el planteo.

²² Con plazos que oscilan entre 24 hs y 10 días.

– La administración no puede realizar intervenciones regresivas que generen retroceso en los programas a los que ya acceden los afectados.

– La administración no puede dejar de asistir a una familia por falta de cupo en un programa específico o por falta de los requisitos objetivos para el acceso a un programa determinado. Este tipo de accionar deviene discriminatorio y contrario a la obligación del GCBA de producir, progresivamente, medidas tendentes a generar el acceso al derecho cuestionado, a través de acciones específicas y concretas.

– La administración debe respetar la regla de la formalidad de sus intervenciones. Es decir, debe expedir respuestas adecuadas frente a las peticiones de los ciudadanos, con arreglo al sistema administrativo vigente.

3. B. II. Los casos por reclamo a la asistencia habitacional

Los casos judiciales en materia de asistencia habitacional involucran acciones de amparo individuales, donde se denuncia la vulneración del derecho a la vivienda producida por el GCBA. En todos los precedentes se reclama el accionar arbitrario de la administración en la gestión de programas de emergencia que Dependen del Ministerio de Desarrollo Social, ex Ministerio de Derechos Humanos y Sociales, en perjuicio de personas o familias asistidas o potenciales beneficiarios.

a) Los programas habitacionales objeto de reclamo

La situación habitacional en la Ciudad es uno de los aspectos más críticos de la política pública. Los distintos gobiernos, a partir de la recuperación de la democracia, no han generado políticas estructurales que resuelvan éste déficit. A grandes rasgos, podemos decir que la política habitacional se presenta en dos modalidades de intervención: programas habitacionales definitivos (generalmente a cargo del Instituto de la Vivienda, IVC) y programas habitacionales transitorios. En este último caso, en los últimos años el Gobierno de la Ciudad creó diversos programas focalizados destinados a asistir a personas y a familias en situación de emergencia habitacional.

En el año 1997 el GCBA creó el *Programa Integrador para Personas o Grupos Familiares en Situación de Emergencia Habitacio-*

nal, mediante (decreto 607/1997²³), cuyo objetivo era brindar asistencia social transitoria a grupos familiares sin recursos económicos que transiten una situación de emergencia habitacional, proporcionando orientación y asistencia para solucionar dicha emergencia. A través de este programa, el GCBA prestaba asistencia a personas y a familias sin techo, otorgándoles alojamiento en dormitorios de hoteles. Para ello, el GCBA subsidiaba directamente a los hoteles. Si bien el programa era transitorio, el GCBA continuó brindando asistencia aún vencidos los plazos establecidos legalmente.

En el año 2002 se sanciona el decreto 895 que modificó los programas existentes. A partir de la entrada en vigencia del decreto, se prohibió el ingreso de nuevos beneficiarios a la modalidad transitoria de alojamiento en hoteles²⁴. El nuevo programa establecía, como forma de prestación, la entrega de un subsidio habitacional a familias en situación de calle. Dicho subsidio consistía en la entrega, por única vez, de \$1800 por familia, a pagarse en un máximo de seis cuotas mensuales. Además, el programa preveía que las familias alojadas en hotel dejaran de ser beneficiarias del decreto 607 y, a cambio, cobrarán un subsidio por única vez.

Por último, en el año 2006 el decreto 895 fue derogado por el decreto 690/06. La nueva norma establece la entrega de subsidios²⁵ a familias en situación de calle o de inminente desalojo, pero establece como condición insoslayable, para el goce del subsidio, el cumplimiento de obligaciones por parte de los beneficiarios²⁶. El

²³ Originariamente, desde 1986 con la ordenanza 41.110/86, se creó el Programa de Atención en Casos de Emergencia Habitacional que establecía un alojamiento en hoteles subsidiados por el Estado por un período no mayor de 15 días.

²⁴ El artículo 19 del mencionado decreto decía: “Establécese que a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto no podrán ingresar nuevos beneficiarios a la modalidad transitoria en hoteles prevista en cualquier otro programa habitacional de este Gobierno...”.

²⁵ El monto es hasta \$2.700, y puede ser pagado en 6 cuotas de \$450 cada una, pudiéndose extender a \$1.800 más, a criterio del Programa, pagaderos en 4 cuotas de \$450.

²⁶ El artículo 13 del decreto establece, bajo pena de caducidad del beneficio, una serie de obligaciones que debe cumplir los titulares del subsidio, relacionado con controles de embarazadas, niños y jóvenes, cumplir con el calendario de vacunas obligatorias, asistencia a la escuela, entre otros.

programa planteaba como objetivo el fortalecimiento del ingreso familiar, exclusivamente con fines habitacionales y la orientación de las familias en la búsqueda de distintas estrategias de solución a su problemática habitacional.

Todos estos programas han sido materia de reclamo judicial por vía de amparo, involucrando el análisis de razonabilidad del accionar de la Administración, ya sea respecto de la actuación para discernir el acceso al programa, el cambio de asistencia, o la suspensión de su continuidad²⁷.

b) Las pretensiones de los amparistas

Al igual que en los casos por reclamo a la alimentación, los amparistas²⁸ son familias muy pobres, con niños a cargo, sin trabajo y se encuentran en situación de calle, de inminente desalojo o presentan una situación de manifiesta precariedad habitacional en cuanto a condiciones edilicias, de seguridad, salubridad y hacinamiento.

La mayoría de los casos son patrocinados por el Ministerio Público de la Defensa y siempre acompañados por las presentaciones y dictámenes del Ministerio Público Tutelar.

Las presentaciones judiciales tuvieron lugar a partir de los siguientes antecedentes en la actuación de la Administración:

– El GCBA notifica a distintos grupos de familias alojadas en hoteles subsidiados por la Ciudad, que en el plazo de 5 días deben optar por otra prestación asistencial consistente en el pago de un subsidio por única vez, que no alcanzaba para resolver en forma estable el problema habitacional²⁹.

²⁷ De los expedientes y fallos fuentes de este trabajo más de 70 involucran programas de emergencia habitacional.

²⁸ Exptes. SMG y otros GCBA amparo, Ramallo Beatriz y otros GCBA amparo, Ortiz Celia y otros GCBA amparo; Jasmin José y otros GCBA amparo; Arriola Alicia y otros GCBA amparo, Martínez, Graciela GCBA amparo; Vázquez Areno Ubalina GCBA amparo; Pérez, Hugo y otros GCBA amparo; Romero Liliana GCBA amparo; Ionanov Ruslan GCBA amparo; fallo Corrales Leonor GCBA amparo; González María de los Ángeles GCBA amparo, Berrio Echevarría Francisco Arturo y otros c/GCBA y otros s/amparo, Acosta Verónica c/GCBA s/amparo, entre otros.

²⁹ Los primeros precedentes (“Ramallo Beatriz y otros c/GCBA” y “S., M., G. y otros GCBA”) tuvieron lugar en el año 2001 cuando diversos titulares de los programas asistenciales de vivienda y alojamiento en hoteles plantearon una acción de

– Los hoteles donde el GCBA otorgaba alojamiento no reunían los requisitos necesarios para ser habilitados.

– El GCBA no concede la continuidad de un subsidio habitacional (por el contrario la suspende) o deniega el acceso a otra forma de asistencia habitacional, dejando a los afectados en una situación de riesgo habitacional³⁰.

En los planteos judiciales, los amparistas fundan su reclamo destacando la vulneración de los estándares de DESC:

– En el caso de los hoteles alegan que el GCBA cese en su accionar y dé estricto cumplimiento a los objetivos del programa. Para ello, piden que el GCBA realice los egresos de los hoteles, una vez evaluado particularmente cada caso y verificado el cumplimiento de los objetivos del programa.

Jurídicamente los afectados sostienen que el GCBA vulnera el principio de no regresividad en tanto las familias involucradas seguían padeciendo la misma situación social que diera origen al ingreso a los hoteles. De esta forma, se entendía que el cobro del subsidio iba a producir una situación de regresión y de riesgo habitacional latente, en tanto una vez agotado el monto otorgado los afectados quedaría sin asistencia alguna y a merced del azar.

amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con el patrocinio jurídico de la Defensora General Adjunta de la Ciudad –Graciela Elena Christie– y el Defensor ante los juzgados de primera instancia –Fernando Lodeiro Martínez–. En su demanda, los amparistas adujeron que habían visto afectados de manera actual e inminente su derecho a la vida, a la salud y a la dignidad, a raíz de la decisión del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, consistente en poner fin intempestivamente al Programa integrador para personas o grupos familiares en situación de “emergencia habitacional”. Los afectados reclamaban que el Gobierno de la Ciudad cesara en su decisión de finalizar los planes sociales, se abstuviera de transferirles la gestión y la responsabilidad de la prestación y que los establecimientos hoteleros en los que eran alojados cumplieran con los requisitos de habitabilidad exigidos por la ley vigente. En este marco, solicitaron el estricto cumplimiento de los objetivos del programa y que el egreso de cada familia sea realizado una vez que se haya evaluado caso por caso, de forma pormenorizada, el cumplimiento de estos objetivos. En general, los jueces de primera instancia hicieron lugar a los amparos ordenando al Gobierno de la Ciudad que garantizara el derecho a la vivienda hasta tanto cesen las causas que originaron la asistencia o se cumplieran los objetivos que el mismo programa fijaba y que los afectados fueran alojados en establecimientos habilitados.

³⁰ Exptes. 20.971/0, 25.144/0, 28.815/0, 28.058/0, 26.999/0, 29.471/0, 21.812/0, 29.088/0, 18.826/0, 21.812/0, 20.307/0, 20.265/0, 26.493/0, 28.813/0, 25.561/0, entre otros.

Al mismo tiempo, se denuncia que este accionar del Estado lesiona el estándar de contenido mínimo, desde que el programa de hoteles generó un nivel de acceso al derecho a la vivienda mayor que el ofrecido por el decreto 895. En este sentido, se señala que la Administración no puede generar cambios de operatorias que devengan en un menor margen de protección cuando subsiste la situación de precariedad que dio origen a la asistencia.

También se reclama que el GCBA adecue las condiciones habitacionales de los hoteles a la normativa vigente. Para ello se señala que el GCBA vulnera el estándar de contenido mínimo, en tanto las actuales condiciones de seguridad, higiene y habitabilidad no cumplen con los requisitos exigidos legalmente para su habilitación.

– En el caso de suspensión de los subsidios habitacionales por haberse cumplido el plazo de asistencia previsto en la normativa, se solicita que el Poder Judicial condene al GCBA a brindar asistencia habitacional necesaria para garantizar al amparista el acceso a una vivienda adecuada, ya sea renovando el subsidio 690 o a través de otra asistencia adecuada. Para ello se alega que el GCBA vulnera el principio de progresividad y no regresividad de la política, en tanto, además de no cumplir con los objetivos del decreto 690 (asistir a las familias para solucionar la emergencia), su accionar coloca a los afectados en las mismas condiciones de precariedad que dieron origen a la asistencia habitacional.

Se solicita también la declaración de inconstitucionalidad del artículo 6 del decreto 895 y del artículo 5 del decreto 690 en cuanto, al establecer un plazo de duración de la asistencia otorgada, vulnera en derecho a la vivienda de los amparistas.

En los distintos procesos, el GCBA tuvo oportunidad de contestar las peticiones de las familias. En este sentido, el Poder Ejecutivo intenta justificar su accionar apoyándose en argumentos que deslegitiman a los DESC como derechos que acarrear obligaciones para el Estado. Refiere que los amparistas carecen de un derecho subjetivo, que los habilite para reclamar que el Estado local garantice la vivienda *sine die*. Para ello, utiliza un argumento jurídico vetusto y refiere sistemáticamente en cada caso, que el artículo 31³¹ de la

³¹ El artículo 31 establece: “La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello: 1. Resuelve progresivamente el déficit

Constitución de la Ciudad es una cláusula programática que no brinda derecho subjetivo individual que permita exigir al GCBA el otorgamiento de vivienda, los medios económicos necesarios para tales fines ni la continuidad de la asistencia cuando se agotan las prestaciones establecidas en la normativa vigente.

Por otra parte, el gobierno expresa que las cuestiones que se traen a estudio de la Justicia son situaciones ajenas a su competencia, ya que se trata de “temas sociales” sobre los que debe resolver el Poder Ejecutivo y el Legislativo, y donde el Poder Judicial no tiene derecho a interferir.

c) Las decisiones judiciales

Las decisiones en la mayoría de los precedentes fueron a favor de las peticiones de las familias. En general, los fallos contienen argumentos claros y apelan a fundamentos que, enmarcados en el “enfoque de derechos”, definen las obligaciones impuestas por los tratados de derechos humanos.

Podemos agrupar las decisiones según los siguientes alcances:

- Ordenar al GCBA que garantice, en términos efectivos, el derecho a una vivienda adecuada y digna hasta tanto cesen fehacientemente las causas que originaron la asistencia

- Ordenar al GCBA la realización de inspecciones en los hoteles, la clausura de los que no reúnen las condiciones legales exigidas para su habilitación y la reubicación de las familias y personas alojadas.

- Ordenar al GCBA que cese en su omisión o acción arbitraria y garantice la vivienda de las familias, a través de los planes existentes, o bien otorgue una determinada asistencia a los amparistas.

- Ordenar al GCBA la extensión de la asistencia habitacional, a través del programa creado por el decreto 895 o 690, más allá del plazo establecido en la norma, y frente a la vigencia inalterable de la situación social que diera lugar a la inclusión de la familia en el programa.

- Declarar inconstitucional a los artículos 6 y 5 de los decretos 895 y 690 respectivamente, en cuanto fijan plazo de vigencia del programa, por resultar arbitrarios.

habitacional de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos...”.

De la lectura de los casos relevados puede observarse el desarrollo de los estándares de obligaciones positivas, contenido mínimo y no regresividad. La obligación de llevar adelante acciones positivas es desarrollada en los precedentes judiciales como argumento que deslegitima la postura asumida por el GCBA, cuando desconoce los alcances de las cláusulas normativas que reconocen el derecho a la vivienda. En este sentido, la justicia sistemáticamente refiere que la consagración del derecho a la vivienda en el artículo 31 de la Constitución local importa la obligación del GCBA de realizar acciones concretas en pos de generar progresivamente un mayor y mejor estándar de calidad en el acceso a la vivienda.

Entre muchos otros, y a título de ejemplo, vale citar: “La obligación del Gobierno de la Ciudad relativa a la satisfacción del derecho a la vivienda no se limita a dictar normas para cumplir con el deber impuesto por el art. 31 en la Constitución local, sino que *supone una cierta progresividad consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos sociales*” (“SMG y otros c/GCBA s/amparo y Ortiz Celia y otros”). “El Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales, sino que tiene, además, el deber inexcusable de realizar prestaciones positivas, de manera que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio... se requiere una colaboración activa de Estado, esto es la ejecución de acciones positivas” (“SMG y otros GCBS”, ídem Romero, Liliana).

El estándar de contenido mínimo se refleja en las distintas expresiones jurisprudenciales que marcan elementos básicos a tener en cuenta en casos de intervenciones específicas. Estos señalamientos son claros cuando el Poder Judicial ordena la clausura de los hoteles por no reunir las condiciones elementales para su habilitación. Asimismo, los jueces de la Ciudad explicitan el contenido mínimo del derecho a la vivienda, señalando en forma precisa su alcance esencial.

En este sentido: resulta ilustrativo el siguiente pasaje de una resolución: “Las normas han reconocido que el derecho a la vivienda es mucho más que el derecho a un espacio físico delimitado por cuatro paredes, aunque no llegue asimilarse con el derecho de propiedad o de ser propietario. El derecho a la vivienda entraña el reconocimiento en un ámbito en donde las personas o las familias se encuentren, se identifiquen en sus roles, se interrelacionen en

intimidad y privacidad, compartan un tiempo único y vital. Es el ámbito en donde los niños juegan y despliegan su imaginación en donde son contenidos y se sienten seguros” (“Ramallo, Beatriz y otros c/GCBA s/amparo”).

Por último, el estándar de no regresividad es aplicado cuando el Poder Ejecutivo decide cambiar un programa asistencial afectando la situación de las familias beneficiarias. En todos los casos, el Poder Judicial afirma que la interrupción de un plan de asistencia habitacional, que garantizaba un nivel mínimo de efectiva vigencia del derecho a la vivienda, vulnera el principio de no regresividad que veda a las autoridades públicas la posibilidad de adoptar medidas que reduzcan el nivel de los derechos sociales de que goza la población, más aún si se encuentran en situación de extrema precariedad y exclusión social.

En general se establece que “se han respetado las potestades del gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para fijar las políticas públicas correspondientes, no obstante lo cual se ha sentado el criterio en virtud del cual ‘no resulta viable jurídicamente, atento al carácter progresivo de los derechos humanos, retrotraer a los que han sido beneficiarios de diversos programas en razón de su situación de vulnerabilidad a una situación anterior de desprotección’”³².

En este sentido, tanto cuando se cambia de la operatoria de hoteles a subsidios, como cuando se deniega la renovación de los subsidios habitacionales, la justicia refiere que la administración, por el principio de no regresividad, se encuentra obligada a proceder a la reubicación de los afectados en otros programas, al menos, con igual alcance y extensión que las prestaciones otorgadas en su oportunidad³³, o bien señala que la Ciudad no puede suspender la cobertura en cuestión, si no ha demostrado el cumplimiento de los objetivos del programa, en tanto que la discontinuidad de tales prestaciones vulneran el principio de no regresividad o de no retroceso social. Es decir, la prohibición de adoptar políticas que empeoren la situación de los beneficiarios³⁴.

³² “Ramallo Beatriz y otros c/GCBA amparo”.

³³ “S., M., G. y otros GCBA amparo”.

³⁴ Exptes. 26.493/0, 21.812/0, 20.307/0, entre otros.

En otras palabras, los fallos, por aplicación de la obligación de progresividad de la política, marcan la irreversibilidad de las concesiones mínimas hechas por el Estado local³⁵ cuando éstas han sido establecidas mediante regulaciones legales, ya sean dictadas por el legislador o por la propia administración mediante decretos.

4. Variables que determinan la utilización del amparo como “herramienta” de reclamo

En materia de casos individuales, el tiempo transcurrido en la experiencia de la Ciudad y el aumento de los casos, nos invita a indagar sobre las razones y condiciones que se presentan para que la situación individual de una persona o grupo familiar termine definiéndose en el sistema judicial.

El estudio del contexto en el que emergen los precedentes relevados da cuenta de un universo de variables que explican el origen y devenir de los casos. En este sentido, se presentan tres órdenes de explicaciones, seguramente, entre muchos otros: a) el primero vinculado a la escasa institucionalidad democrática y la desidia de la administración, en tanto no genera prácticas de fiscalización y control ciudadano del ejercicio de su poder, y por ello empuja a los administrados a buscar solución en otros ámbitos, b) un segundo aspecto se vincula con los perfiles y las improntas personales de algunos funcionarios del Poder Judicial con competencia para intervenir en estos casos, y c) un tercer grado de reflexión se vincula con el lugar que pasa a ocupar la vulneración de los derechos sociales y la incidencia en la política social en la agenda de organizaciones de derechos humanos.

4. A. La escasa institucionalidad democrática de la administración

Uno de los factores que determina la intervención del Poder Judicial en los casos individuales es el perfil de la propia administración, en tanto se caracteriza por su actuación omnímoda y al margen de reglas claras y formales, propias de un debido proceso. En este sentido, se observa que el Poder Ejecutivo se despliega con

³⁵ Muchas veces estas concesiones ni siquiera garantizan un nivel esencial de realización del derecho.

total falta de apego a la normativa constitucional y sin mínimos controles en la gestión de la política social. De esta forma, los habitantes de la Ciudad deambulan entre la desatención, la informalidad y la desidia de la administración, quien en la más absoluta discrecionalidad dispone quién es asistido y quién no.

Una nota común en todos los casos es la falta de control, tanto interno como externo, de los actos de la administración. En general, en las distintas regulaciones de los programas sociales no se contempla mecanismos de control de la gestión por parte de alguna autoridad superior de la propia administración. Por ello, los afectados no tienen dónde acudir al interior del propio poder político, para solicitar mayor información, explicaciones, reclamos, revisión de una decisión, etcétera. En la misma lógica, tampoco existen mecanismos de participación y fiscalización por parte de los ciudadanos.

En este mismo sentido, se observa que en la gestión de los programas sociales no se provee a los administrados de herramientas formales que les permitan contar con una respuesta oportuna, escrita y debidamente fundada frente a sus pedidos. Por ello, muchos de los casos judiciales se producen porque la administración rechaza la inclusión a un programa sin dar motivo razonable o, directamente, no da respuesta formal al pedido.

Este tipo de falencias también son propias de los textos legales que crean los programas (decretos, resoluciones o leyes), en tanto omiten una efectiva política de difusión e información sobre los programas. No incluyen mecanismos de transparencia y formalización en la gestión y no contemplan herramientas administrativas para el control de los actos del Poder Ejecutivo.

Por otra parte, la administración carece de una cultura de aplicación de la reglas del derecho administrativo vigente, como si su accionar, en estos casos, no constituyera actos de la administración y obviando su obligación de respetar el debido proceso.

En la misma lógica, se advierte que el sistema funciona ignorando su responsabilidad como administrador del erario público. Es decir, no se aplican mecanismos dirigidos a dar cuenta de los actos de gobierno que, en definitiva, implican disponer de las contribuciones de los vecinos.

Todas estas falencias parecen propias de un sistema que no concibe a la gestión social como una herramienta al servicio de la protección de los derechos. En este sentido, la administración de los programas se produce como un servicio de asistencia, más pro-

pio de una institución filantrópica y al margen de la ley, que de un sistema basado en el reconocimiento legal de los derechos sociales.

Esta forma de gestionar la política social genera un amplísimo margen de discrecionalidad que se traduce en un poder desmedido a la hora de resolver situaciones particulares. La arbitrariedad en la creación, asignación y suspensión de los programas es la regla. En este sentido, no existe información clara ni difusión suficiente acerca de los criterios y condiciones para acceder a los programas. La administración hace y deshace sin más límites que la de sus propios efectores. De allí que, ante situaciones similares, algunas veces no responda las solicitudes, otras las niegue sin fundamento, y en otros casos resuelve cambios de programas sin atender a la condiciones de las familias afectadas.

En este contexto, aparece la intervención del Poder Judicial como una forma de interpelar al poder administrador, a partir de una modalidad de control institucional entre distintas agencias del Estado, con la finalidad de amparar a los afectados en el ejercicio de sus derechos.

La absoluta discrecionalidad del Poder Político encuentra cierta merma cuando emerge en el escenario otro Poder del Estado que le solicita explicaciones, lo interpela en perspectiva constitucional y ejerce su función de control ordenando al GCBA que cumpla con sus obligaciones.

4. B. El rol del Ministerio Público de la Defensa y el Ministerio Público Tutelar

Uno de las notas distintivas en la Ciudad es la presencia de magistrados pertenecientes a la defensa pública y el ministerio tutelar que, haciendo debido uso de las funciones asignadas por la normativa vigente, asumieron la defensa de los derechos sociales como un objetivo estructural de sus actividades. En este marco, estos actores han impulsado el control de la administración en la gestión de los programas sociales, así como la interposición de acciones de amparos para reivindicar la realización de los DESC.

Las improntas y perfiles individuales de dos funcionarios particulares³⁶ han sido facilitadores centrales a la hora de instalar la

³⁶ Se trata del Asesor de Menores e Incapaces a cargo de Asesoría de Primera Instancia N° 1 y del Defensor de Pobres y Ausentes en la misma instancia a cargo de la Defensoría N° 1.

herramienta judicial como una estrategia de reclamo en materia de política social. En este sentido, ambos funcionarios fueron generando prácticas que se difundieron principalmente por el “boca a boca” y por su presencia en los barrios frente a las situaciones en las que reclamaban judicialmente.

El Ministerio Público de la Defensa ha sido uno de los principales actores en este nuevo contexto, pues sus propios defensores son quienes, casi con exclusividad, patrocinan la mayoría de los casos individuales, inician las acciones de amparo y litigan en el marco de la acción de amparo. En el mismo sentido, el Ministerio Público Tutelar ha sido un aliado importante en tanto acompaña en cada caso las estrategias desplegadas.

La presencia del Ministerio Público es estructural en esta experiencia, pues prácticamente no existen más organizaciones gubernamentales y no gubernamentales que litiguen en casos individuales de derecho sociales. De esta forma, la incorporación y crecimiento de estos casos en la agenda judicial dependen, mayormente, del trabajo de los defensores. De aquí la importancia de su papel.

Estos magistrados han trabajado articuladamente en este tipo de casos, generando un circuito de intervención que establece los roles y competencias de cada uno. En este sentido, se construyó un mecanismo de atención de casos que importan tres niveles de intervenciones: a) asesoramiento a los afectados, brindando información sobre los programas así como el trámite adecuado para solicitar cualquiera de ellos; b) en caso de que la persona no obtenga respuesta alguna o la respuesta sea negativa, se acompañan los pedidos con oficios dirigidos a la administración; y c) en caso de que esta estrategia tampoco funcione, se acude a la acción de amparo.

A poco de andar, se observa que estos actores se constituyeron como referentes en el tema, a punto tal que los propios efectores de la administración pública derivan informalmente los casos cuando las personas no acceden a algún programa social. Asimismo, la impronta pública de estos funcionarios, como la generación de estrechas relaciones con otras instituciones de defensa de derechos³⁷ y con organizaciones de derechos humanos, los fortalecen como actores referentes en el tema.

³⁷ Especialmente la Defensoría de Pueblo de la Ciudad.

Por último, no puede dejar de señalarse que la calidad de funcionarios públicos constituye una ventaja para el tratamiento de las intervenciones, en tanto permite el acceso directo a los funcionarios responsables del Poder Ejecutivo. Este canal de comunicación permite, en muchos casos, una solución más rápida del problema.

4. C. El rol de las organizaciones no gubernamentales

Una tercera variable que se identifica en esta experiencia es el protagonismo que asumen algunas organizaciones no gubernamentales, en la difusión de una perspectiva de derechos y en la utilización del amparo como herramienta para reclamar el acceso a programas sociales alimentarios y habitacionales.

Los amparos judiciales no constituyen herramientas pensadas y utilizadas, en forma autónoma, por los propios afectados. Los casos judiciales no son producto de un proceso comunitario donde los afectados reconocen espontáneamente el problema como un problema de afectación de derechos.

La justiciabilidad de los Desc es una herramienta ofrecida por los actores “profesionales”³⁸ frente al maltrato institucional, la soledad y desorientación de los afectados, quienes no encuentran en la administración pública una institución participativa y democrática que los escuche y ampare.

Una nota particular que explica la presencia de organizaciones no gubernamentales en estos casos, es la definición de sus propias misiones y objetivos. En este sentido, las organizaciones asumen a los problemas vinculados con la “pobreza” y la insatisfacción de las necesidades básicas como parte de su agenda, en tanto la conciben como una manifestación de la sistemática vulneración de los derechos humanos³⁹.

En este entendimiento, se despliegan una variada gama de actividades que producen la presencia del Poder Judicial en el

³⁸ No referimos a los profesionales del derecho que integran las organizaciones no gubernamentales y entienden las situaciones desde una perspectiva de derechos humanos.

³⁹ En la experiencia de la Ciudad se observa un intenso activismo de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH), del Centro de Justicia Básica (Cejuba), la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

campo de la política social. Estas actividades van desde la difusión, capacitación, asesoramiento, enlace con el Ministerio de la Defensa y el Ministerio Tutelar⁴⁰ y acompañamiento, hasta el patrocinio jurídico, siempre desde una perspectiva que rescata el valor de los derechos de los ciudadanos.

Una nota de importante injerencia es la modalidad de trabajo asumida por las organizaciones. En este sentido, deviene fundamental el trabajo de intermediación realizados por las ONG que prestan servicios en la propia comunidad o barrios donde habitan los afectados. En los distintos territorios se instalan servicios jurídicos gratuitos y programas territoriales que, al insertarse en el marco de la comunidad afectada, permiten un nivel de relaciones y vínculos más confiable.

Por otra parte, las ONG interactúan a partir del respeto y el reconocimiento de todos sus “consultantes” como sujetos de derecho. El diálogo y la constante escucha son prácticas habituales que generan reconocimiento y permiten que las organizaciones se fortalezcan como interlocutores referentes para los damnificados, frente a las instituciones públicas. En esta lógica, “la causa judicial” se convierte también en un elemento al servicio de las poblaciones más vulnerables.

5. Impacto del litigio en DESC en casos individuales

5. A. Los logros desde una perspectiva constitucional

La experiencia generada hasta el momento da cuenta de un posicionamiento común en la justicia local, sin perjuicio de los distintos matices en cuanto a la forma de obligar a la Ciudad a hacer y hasta dónde intervenir.

En este sentido, se advierte como un avance positivo el rol asumido por la mayoría de los jueces de la Ciudad, desde una perspectiva constitucional y el reconocimiento explícito de los DESC. El Poder Judicial puede intervenir frente a la vulneración de los derechos sociales y realizar un examen de razonabilidad de las intervenciones del Poder Ejecutivo.

Los casos desnudan el perfil de una justicia que aplica los

⁴⁰ En muchos casos, las organizaciones gubernamentales contactan a las personas afectadas con los defensores y/o asesores tutelares.

estándares de derechos humanos y define las siguientes reglas vinculantes para la gestión de los programas sociales en la Ciudad:

- La planificación y gestión de los programas sociales debe respetar los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

- El Estado es el principal responsable por la realización de los derechos sociales.

- Los programas sociales deben poder alcanzar un contenido mínimo esencial del derecho que resguardan. De lo contrario, podrán generar intervención judicial y responsabilidad institucional a las autoridades correspondientes.

- El poder político no puede planificar ni implementar programas o acciones que impliquen una regresión de la situación de los DESC de los habitantes de la Ciudad.

- El poder administrador debe respetar los principios del derecho administrativo vigente.

5. B. Los impactos de la intervención judicial

Los casos relevados permiten acercar algunas conclusiones sobre el impacto que la intervención judicial genera en el campo del control de la política social.

En principio, el escenario donde se define y gestiona la política social deja de ser de exclusivo arbitrio del Poder Ejecutivo. La “ley”, puesta de manifiesto por la intervención del Poder Judicial, se construye como un margen que legitima o deslegitima las decisiones de Poder Ejecutivo. En igual sentido, la definición de los problemas planteados comienza a perfilarse como cuestión de derecho justiciable, para quienes resulten afectados.

Por otra parte, la recepción positiva de los amparos, a partir del dictado de las medidas cautelares en la mayoría de los casos y de sentencias condenatorias, también deviene en la consagración de una nueva interacción entre las agencias del Estado. En este sentido, el Poder Judicial instala, como una obligación de la administración, el deber de dar cuenta de lo que hace en materia de política social, y más específicamente en la gestión de los programas sociales.

En el despliegue de las distintas estrategias de intervención se genera un control sobre los márgenes de discrecionalidad política, que importan limitar a la administración en sus prácticas arbitrarias y poco transparentes.

Otra forma de acotar los márgenes de discrecionalidad del poder administrador se genera a través de los fallos judiciales que, en forma explícita, mandan a la administración a expresar sus actos con arreglo al sistema administrativo vigente. En este sentido, el Poder Judicial le impone al ejecutivo el deber de formalizar sus decisiones y dotarlas de debido fundamento, como una nota al servicio de la transparencia de la gestión.

Por otra parte, en la medida en que estos reclamos judiciales crecen y se difunden, comienzan a constituirse como aspectos presentes entre quienes detentan el poder para definir la política pública. Una muestra de ello puede observarse en la incorporación del litigio en DESC como parte de la agenda de gobierno, al menos a nivel de las intenciones declaradas⁴¹. En este mismo sentido, en distintas instancias de debate sobre la política pública, han tenido algún grado de presencia los precedentes judiciales en materia de alimentación y vivienda⁴².

También se generan impactos interesantes con relación a las personas afectadas. Podemos decir que los amparistas dejan de ser invisibles a los actores políticos, logrando salir del anonimato. Los actores, respaldados por las instituciones judiciales, dejan de ser inocuos para la administración.

En otro orden de reflexión, a través de la vía judicial, los afectados acceden a una vía de fiscalización, inexistente en la historia

⁴¹ En este aspecto resulta interesante el discurso de asunción del actual jefe de Gobierno de la Ciudad: “Una sociedad no puede vivir, crear, trabajar, educarse, hacer negocios o desarrollarse en medio de semejante escándalo moral. Es por eso que estamos comprometidos en la implementación de políticas universales que garanticen el ingreso, la salud y la educación de todos los porteños. *Por eso también, el Estado no litigará nunca más frente al ciudadano que le reclama un derecho que le está siendo negado. No queremos formar parte de un Estado que se defiende de los ciudadanos, sino que defiende a los ciudadanos. El Estado tiene que estar antes promoviendo, poniendo en evidencia, señalando la carencia. Alguien que muchos de nosotros amamos decía que donde hay una necesidad hay un derecho. El gobierno sólo litigará contra los grupos de intereses que impiden que los derechos constitucionales, económicos y sociales se cumplan cabalmente* y que esta ciudad pueda exhibirse orgullosamente como justa y equitativa, justa, libre y soberana. Donde la desnutrición y la indigencia sean parte del pasado. Donde el acceso a la vivienda para los sectores populares y la clase media sean parte de políticas estables y previsibles, sin colores políticos que las destiñan...” (el destacado nos pertenece).

⁴² En la presentación del presupuesto 2007 ante la Legislatura, se hicieron referencia a los amparos judiciales cuando se analizaban las metas en materia de vivienda y la implementación del programa Ciudadanía Porteña (ver versión taquigráfica).

de gestión de los programas, que les permite, en forma efectiva, interpelar a los responsables institucionales de los programas de asistencia alimentaria y habitacional. Además, el pasaje por el expediente judicial les brinda la oportunidad de ser escuchados y de obtener información clara, precisa y formal.

La nota de mayor trascendencia para la vida de los afectados es que la intervención del Poder Judicial, como de las ONG, les abre la posibilidad efectiva de acceder a un programa que previamente les había sido denegado. En los casos se verifica que se accede a la asistencia alimentaria y habitacional cuando el pedido lo respalda una ONG, un funcionario de la defensa o de la asesoría tutelar, y con mayor celeridad cuando existe una orden judicial⁴³.

5. C. Los límites del litigio individual

Si bien el balance de la experiencia es altamente positivo, se encuentran algunos límites que son precisos de señalar.

En un primer orden, no puede dejarse de mencionar que el amparo como herramienta para la justiciabilidad de los DESC, no deja ser una herramienta selectiva, sólo accesible para un muy pequeño universo de afectados: aquellos que logran algún contacto con el Poder Judicial y con las ONG. De esta forma, un importante grupo de sigue “invisible”, aún en este nuevo escenario.

Por otra parte, no puede obviarse que la efectividad del litigio en estos casos se produce en tanto se trata de sentencia de fácil cumplimiento. Los casos individuales únicamente afectan la inclusión de una persona o familia en un programa, y no requieren de la disponibilidad de mayores recursos o políticas estructurales del gobierno. En este sentido, pareciera que su impacto es favorable en tanto no se requieren mayores despliegues para cumplir con las sentencias.

En esta lógica, debe advertirse que un crecimiento importante de estos casos podría remover el escenario y provocar falta de efectividad de las sentencias, si comienzan a involucrarse seria-

⁴³ Vale aquí señalar que la interposición de amparos no es la primera herramienta a la que acuden los actores. La presencia de los actores judiciales (defensor y asesor) y no gubernamentales también se produce, en muchos casos, en etapas previas a la iniciación de un amparo, a través de la interpelación a la administración mediante reclamos de tipo administrativo, como son oficios o notas solicitando la incorporación al programa.

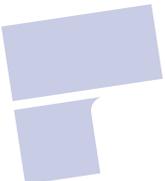
mente los recursos del GCBA y la estructura de la política social. No resultaría sorprendente que esto pudiera ocurrir, a la luz de los obstáculos que se observan a la hora de ejecutar las ordenes judiciales, en los casos de incidencia colectiva, donde las sentencias obligan a realizar actos que inciden en el presupuesto y en los recursos que el Poder Político está dispuesto a proveer.

Los alcances de estos casos parecen bastante más limitados para generar un cambio en la formulación de las políticas sociales, en tanto versan y se limitan a la implementación de los planes y programas asistenciales existentes. Por la lógica de los reclamos, los casos individuales tienen poca incidencia para dar paso a una garantía jurisdiccional que trascienda el pleito entre las partes e incida, de manera directa, en la agenda de gobierno, disponiendo los contenidos mínimos que deben respetarse en el diseño de una política social universal, que cumpla con el mandato constitucional de remover las desigualdades y generar inclusión social.

Sin perjuicio de ello, es de esperar que el crecimiento de los casos de exigibilidad de DESC y la promoción de las sentencias judiciales puedan impulsar un proceso de revisión de la normativa, desde una perspectiva de derechos que habilite un debate serio sobre la necesidad de asegurar una oportuna difusión de los programas sociales, un debido proceso legal para los administrados y herramientas para el control directo de la administración.

Bibliografía

- Abramovich, Víctor y Courtis, Christian (2002), *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid.
- O'Donnell, Guillermo (2001), "Accountability Horizontal: La institucionalización legal de la desconfianza política", en *Revista de Reflexión y Análisis Político*, N° 7, Buenos Aires.
- Offe, Claus (1995), "Un diseño no productivista para políticas sociales", en Lo Vuolo (comp.), *Contra la Exclusión. La propuesta del ingreso ciudadano*, CIEPP/Miño y Dávila, Buenos Aires.

 pdfelement

Capítulo IV

Judicialización de políticas públicas de contenido social. Un examen a partir de casos tramitados en la ciudad de Buenos Aires

Gustavo Maurino y Ezequiel Nino

1. Presentación

Este trabajo tiene por objeto explorar, a partir del estudio de casos, algunas características de la creciente judicialización de políticas públicas en la Argentina –con especial foco en las de tipo social– que se ha venido desarrollado a partir de la reforma constitucional de 1994.

Esta práctica resulta novedosa en varios de los elementos que la configuran o que pueden ser identificados al caracterizarla:

a) intervención de actores no gubernamentales diferentes a los afectados, con recursos institucionales y económicos propios (ONG, defensorías del pueblo, ministerio público);

b) carácter constitucional de los casos, que les confiere impacto público;

c) invocación de derechos humanos, reconocidos y desarrollados en ámbitos supranacionales;

d) alcance colectivo de los casos, cuyas implicancias exceden la esfera de uno, o unos pocos sujetos, para alcanzar dimensiones grupales;

e) intervención de tribunales de creación o integración relativamente reciente (posteriores a 1994), con magistrados relativamente jóvenes (menos de 50 años), elegidos mediante procesos competitivos de antecedentes y oposición.

Así, nuevos actores (demandantes y jueces), nuevos procesos (colectivos) con nuevos horizontes retóricos (derechos humanos recientemente consagrados en la Constitución) le dan al fenómeno una fisonomía particular.

Las discusiones académicas de los años anteriores han estado dedicadas básicamente a la evaluación de las “posibilidades jurídicas” de este tipo de procesos –quiénes podían utilizarlos, qué temas podían ser judicializados, qué alcance tendrían las resoluciones judiciales, etcétera.

Sin embargo, el progresivo desarrollo de estas prácticas de litigio ha superado los tópicos de la discusión inicial, poniendo sobre

la mesa nuevas cuestiones, relativas al modo concreto en que ellas operan, las dinámicas de acción de los litigantes, el papel que el Poder Judicial va construyendo para sí mismo a través de sus intervenciones, etc., y este es el camino que intentamos recorrer en el trabajo que presentamos.

El artículo se encuentra estructurado a partir del análisis de cuatro casos de derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en los que intervino la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) en la Ciudad de Buenos Aires¹. La dinámica del trabajo es básicamente comparativa. Se analizan cuatro casos en relación con una serie de variables que hemos considerado relevantes a los fines explicativos, y en cada caso se presentan los hallazgos y un análisis explicativo de las regularidades observadas.

A fin de brindar elementos necesarios para el recorrido comparativo por los casos, comenzaremos con un breve relato de los hechos relevantes de cada uno de ellos. Las particularidades de los casos, sus distintas dinámicas, vicisitudes y desarrollo cronológico se irán presentando sucesivamente, en relación con cada uno de los temas que serán analizados.

Seguidamente presentamos y analizamos los hallazgos que ofrecen los casos, en relación con cuatro aspectos relevantes para la mejor comprensión de estas prácticas² y que pueden estructurarse de la siguiente manera: i) La política pública involucrada, las vicisitudes de la relación prejudicial entre los afectados, el Estado y los actores intermedios (donde consideraremos especialmente la dinámica de relación entre demandantes y demandado, y los motivos que llevaron a la judicialización); ii) La estrategia de presentación del caso y la relación entre los damnificados, sus abogados y otros actores, en el marco del proceso de judicialización; iii) El Poder Judicial y sus respuestas ante los casos (donde incluiremos una consideración de los argumentos sustantivos que guiaron las decisiones y de los mecanismos remediales aplicados); iv) La consecuencias e incidencia de las decisiones jurisdiccionales y su

¹ Esta jurisdicción es la más activa en materia de litigio de DESC en el país y ACIJ ha concentrado algunos de sus proyectos de trabajo en la materia en dicho ámbito geográfico-institucional.

² El diseño de estas variables o módulos relevantes de análisis fue propuesto por Víctor Abramovich, a quien agradecemos sus recomendaciones.

impacto en relación con los damnificados y la suerte de las políticas públicas decididas por la administración.

Esperamos que nuestra contribución resulte de utilidad a la hora de analizar el comportamiento del Poder Judicial, considerar las perspectivas posibles para una instancia de judicialización que pueda planificarse por parte de los actores que hemos considerado, y que también pueda ser un aporte en la discusión sobre las reformas procedimentales requeridas para optimizar las ventajas y neutralizar los problemas que estas prácticas ofrecen en sistemas institucionales como el argentino.

2. Breve descripción de los casos

2. A. Agua en la Villa 31 *Bis* (caso “Agua Potable”)

Vecinos de cuatro manzanas de la Villa 31 *Bis* de Retiro (unas 400 familias) plantearon a integrantes de la ACIJ que el servicio de agua de emergencia en camiones cisternas se había interrumpido hacía casi una semana y así se había dejado a la población sin ningún tipo de provisión al agua. Este sector –uno de los más nuevos de la Villa– no cuenta con ningún tipo de acceso a la red de agua corriente. La asociación se presentó en representación de los vecinos afectados invocando la afectación al derecho de incidencia colectiva al agua potable. El mismo día de la presentación judicial, el magistrado dictó una medida cautelar ordenando a la administración pública a que restablezca el servicio y que éste perdure hasta que se dicte sentencia. La medida cautelar se cumplió parcialmente pues los camiones no pasan los días domingos ni en el horario que el gobierno se obligó a cumplir en una audiencia convocada por el magistrado. Posteriormente, se dictó una sentencia condenatoria que obliga al Estado a proveer el servicio de manera permanente, todos los días de la semana y hasta la noche.

2. B. Intervención y elecciones de junta vecinal en Villa 20 (Caso “Elecciones”)

En la Villa 20, Villa Lugano, los representantes políticos (una Junta Vecinal dirigida por un presidente) seguían en sus cargos pese a que se había vencido el plazo de sus mandatos. Las elecciones han sido tradicionalmente organizadas por el Instituto de la Vivienda (IVC) del gobierno de la ciudad (GCBA). A su vez, ese mismo organismo remitía a los miembros de la Junta Vecinal ali-

mentos y materiales para distribuir en el barrio. Un grupo numeroso de vecinos que formaban nueve listas políticas –con el patrocinio de abogados voluntarios– presentaron una acción judicial para que se convoque a elecciones en tiempo adecuado. Mencionaron, además, que el IVC remitía alimentos y materiales a la Junta, quienes lo distribuían solamente entre aquellos vecinos cercanos a ellos y no para todo el barrio como correspondía.

El magistrado interviniente –Roberto Gallardo, notoriamente conocido por sus intervenciones activistas en materia de DESC– ordenó que toda ayuda social fuera entregada a través de las parroquias de la villa y dispuso la intervención de la Junta Vecinal. Al tiempo, organizó judicialmente elecciones para designar representantes barriales.

2. C. Exclusión de la zona sur en la campaña de cestos papeleros (caso “Cestos”)

A comienzos de 2005, el Gobierno local, junto con las cuatro compañías concesionarias del servicio de higiene urbana en la ciudad inició una campaña masiva de instalación de cestos papeleros, información y educación ciudadana. La ciudad está dividida en 5 zonas a los fines de la provisión de esos servicios. Una de esas zonas (la zona V) no está concesionada, y es atendida por una empresa estatal, el Ente de Higiene Urbana (EHU). Esa zona –que es la más pobre de la ciudad en términos socioeconómicos y que históricamente ha recibido un servicio de higiene urbana comparativamente peor que el resto de la ciudad, no fue incluida en las actividades de la campaña. No se instalaron cestos ni se realizó actividad alguna de información ni educación. La ACIJ presentó una acción de amparo colectivo por la situación de discriminación y de vulneración del principio de uniformidad de los servicios públicos. La magistrada de primera instancia hizo lugar a la demanda en ambos aspectos. Posteriormente, el GCBA comenzó a instalar cestos en la zona sur. La Cámara de Apelaciones declaró abstracto el primer planteo (por la instalación de los cestos) y confirmó la condena respecto de la campaña de información. El gobierno de la Ciudad recurrió al Tribunal Superior Local, pero su recurso fue desestimado, quedando firme la condena.

2. D. Aulas modulares en escuelas para poblaciones de villas de emergencia (Caso “Aulas *containers*”)

En 2002 el Gobierno local comenzó a instalar aulas modulares para satisfacer la demanda de espacio en escuelas primarias ubicadas en inmediaciones de villas de emergencia, en distritos escolares cuyos indicadores de calidad de vida son comparativamente los más bajos de la ciudad.

En todos los casos, la política se inició como respuesta a necesidades temporarias de ampliar la oferta de espacio frente al crecimiento de la matrícula escolar y la falta de infraestructura (fue un paso desde la inexistencia de facilidades de infraestructura hacia la existencia de un “espacio escolar”). En algún caso particular (escuela ubicada en la Villa 1-11-14), las aulas modulares “eran” la escuela, que se había creado, y cuyo edificio estaba “en construcción”. Cada año se iban agregando nuevos contenedores.

La política de “aulas *containers*” se mantuvo con el correr de los años, y a fines de 2005 existían 15 aulas en 3 escuelas, y sin planes concretos de reemplazo. Las aulas *containers* no satisfacen los estándares obligatorios de infraestructura escolar de la ciudad, y sólo fueron usadas en escuelas que atienden a poblaciones que habitan en villas de emergencia.

La ACIJ presentó una acción de amparo colectivo por la situación de emergencia que atravesaban los niños que debían estudiar en esas aulas. El magistrado acumuló la demanda con una causa en la que se discutían diversos problemas de infraestructura de escuelas primarias. Hizo lugar a la demanda y condenó al GCBA a encontrar una solución al problema. El GCBA no apeló la sentencia.

3. Caracterización de las políticas públicas judicializadas y dinámicas prejudiciales

3. A. Examen de casos

La política social involucrada en este conflicto consistía en el sistema de provisión de agua corriente a la población de una villa de emergencia cuyas viviendas no están conectadas a la red pública. Dicho sistema consiste en la provisión en camiones cisternas gestionados por el gobierno local. Sin embargo, no existen normas que regulen esta política sino solamente un contrato entre el IVC, dependencia que gestiona, de facto, la provisión de bienes y servi-

cios a poblaciones de villas de emergencia, y una empresa prestadora del servicio (de la cual el IVC no hace público su nombre).

El reclamo de los vecinos fue incorporado en la agenda de trabajo del proyecto de ACIJ. A partir de allí, se intentaron instancias de diálogo –se efectuaron comunicaciones telefónicas, se solicitó una audiencia con los funcionarios del IVC– y de reclamo administrativo previo. Así, se presentó una nota urgente que no tuvo ninguna respuesta formal³. Los funcionarios consultados no respondieron adecuadamente a esos planteos sino que lo hicieron con promesas abstractas sobre la resolución del problema. A su vez, se consultó a personal de la empresa subcontratista (encargada de los camiones), quienes explicaron que habían dejado de trabajar en la villa por falta reiterada de pagos.

Un día después de los intentos administrativos se presentó una acción de amparo, en la que se solicitaba que se garantizara con carácter permanente la provisión de agua potable. En la acción, se insertó el pedido de una medida cautelar innovativa, mediante la cual se peticionaba que mientras se sustanciara la acción se procediera a reestablecer el servicio interrumpido hasta la conclusión del proceso iniciado.

En el caso que denominamos “Elecciones”, los representantes políticos de la Villa 20 –una Junta vecinal dirigida por un presidente– seguían en sus cargos pese a que se había vencido el plazo de sus mandatos. Las elecciones fueron tradicionalmente organizadas por el IVC y, a su vez, éste organismo remitía a los miembros de la Junta Vecinal alimentos y materiales para distribuir en el barrio. Un grupo numeroso de vecinos que formaban nueve listas políticas se presentaron a la justicia –con el patrocinio de abogados voluntarios– e interpusieron una acción judicial para que se convoque a elecciones en tiempo adecuado. Mencionaron que el IVC remitía alimentos y materiales a la Junta, quienes no lo distribuían en todo el barrio sino solamente entre aquellos vecinos cercanos a ellos. Las instancias de diálogo que intentaron consistieron en reuniones sin respuestas concretas con funcionarios del IVC. Más allá de alguna nota informal y aislada no se iniciaron trá-

³ Sólo existió una comunicación telefónica de un funcionario de baja jerarquía que explicaba que estaban intentando resolver el problema.

mites administrativos ni mecanismos de acceso a la información. La administración pública no respondió a los pedidos, seguramente, en parte, por deficiencias organizativas del IVC –las que resultan más severas que las del promedio de los organismos gubernamentales– y, en parte, por tener una política pública explícita sobre la representación política en villas de emergencia.

Sobre la relación entre el IVC y los vecinos de las villas –que resulta trascendente para ilustrar más adecuadamente las conexiones previas entre las partes– debe mencionarse que el vínculo entre ambas es constante pues el Instituto es el ámbito en el cual los habitantes de las villas llaman ante cualquier inconveniente vinculado a los servicios básicos. Que ese mismo grupo de vecinos haya decidido recurrir a la justicia indica que se produjo un quiebre en esa relación, originada por la preferencia del IVC de otorgar materiales y alimentos a un sector del barrio.

En el caso del reclamo vinculado con la higiene urbana y los cestos papeleros, se había excluido a la zona más pobre de la Ciudad del alcance de una campaña masiva de higiene urbana. En esta zona, el servicio de higiene urbana era –y lo es todavía– suministrado por una empresa estatal (mientras en el resto de la ciudad está concesionado a empresas privadas), y la zona es pública –y eufemísticamente– presentada como “zona testigo” para la definición de políticas públicas, por parte del gobierno local.

En el curso de la investigación de la situación, ACIJ se reunió con funcionarios técnicos de la Dirección de Higiene Urbana para obtener información y entender el funcionamiento del sistema. Asimismo, solicitó información a las empresas, a la Dirección antes mencionada y al Ente de Higiene Urbana (la empresa estatal que presta el servicio en la zona) sobre las características de las campañas y quienes participaban. Las empresas concesionarias no suministraron información, se denunció dicha situación ante otra agencia administrativa (el Ente de Control de los Servicios Públicos de la Ciudad), quien solicitó directamente dicha información a las empresas, la recibió y remitió a ACIJ. Finalmente, también se realizaron reuniones con foros de vecinos dedicados a la promoción en general de los intereses de barrios afectados, quienes no tenían un interés fuerte en la cuestión puntual de la campaña que los había excluido.

Una vez verificados los hechos, se decidió llevar adelante un reclamo judicial, sin instancias de diálogo o reclamo administrati-

vo previo, fundamentalmente, debido a que uno de los propósitos del proyecto era precisamente activar dinámicas judiciales de intervención y control de la administración.

Finalmente, en el caso de las aulas *containers*, la política pública de instalar aulas modulares en escuelas que servían a poblaciones de villas de emergencia no había sido explícitamente reconocida o adoptada por la administración. Era más bien el resultado de decisiones puntuales adoptadas a lo largo de los años, como respuesta a necesidades específicas (de hecho, en el juicio, el Estado afirmó que tales medidas eran precisamente un elemento de inclusión y preocupación por estas comunidades, antes que un signo de postergación).

En los meses previos al inicio del ciclo lectivo 2006, y mientras se preparaba la presentación del caso, se realizó una campaña/ denuncia pública consistente en: a) distribución masiva de un newsletter con información sobre el problema y la invitación a los receptores a que enviaran correos electrónicos a la Secretaria de Educación; b) contacto con periodistas de medios de comunicación masivos (en especial los diarios *Clarín*, *La Nación*) que publicaron extensas notas con la denuncia del problema; c) organización de una “clase pública” en un aula *container* ubicada en una de las escuelas afectadas, sobre “igualdad educativa” a cargo de destacados académicos del derecho, a la que se invitó personalmente a todos los legisladores de la ciudad y funcionarios públicos masiva.

El día anterior a la clase pública que integraba la campaña, el gobierno local (sorpresivamente, sin aviso a las autoridades de la escuela, y sin plan alguno de reemplazo) retiró los *containers* existentes en la escuela donde se realizaría la clase.

En los días subsiguientes, el supervisor del distrito escolar se reunió con la directora de la escuela en cuestión y discutieron planes de reemplazo de emergencia (relocalización de alumnos en un aula de un colegio secundario físicamente adyacente a la escuela primaria, con algunas obras que separaran físicamente a los alumnos, relocalización de alumnos secundarios en escuelas privadas cercanas mediante alquiler de aulas, etc.). No existió ninguna respuesta respecto de las otras escuelas que tenían aulas *containers* (más aún, la “escuela *container*” recibió más aulas modulares para el inicio del ciclo lectivo 2006, el cual se demoró una semana por la falta de instalación).

En toda la etapa de investigación de la situación, se utilizaron mecanismos de acceso a la información pública. Se enviaron notas fundadas en la ley local de acceso a la información, acerca de la existencia, cantidad, duración, etc., de las aulas *containers*, tanto a las autoridades escolares como a dependencias de la Secretaría de Educación. En general respondieron adecuadamente. En las escuelas solicitamos verbalmente la información en primer lugar, una directora manifestó que de ninguna manera nos la entregaría, luego le enviamos una nota formal, advirtiéndola de las consecuencias legales disciplinarias para los funcionarios que no cumplan las obligaciones legales, y recibimos una respuesta formal y oportuna, con la información completa.

No se intentaron instancias de diálogo con la administración. La campaña pública fue un aviso, una exhortación y también una advertencia implícita de acudir a la justicia en defensa de los derechos afectados. Las reacciones inmediatas del gobierno local, que se tradujeron a comportamientos públicos, fueron actuaciones mediáticas, como descargos en la prensa y el retiro de las aulas *containers* en la escuela de la clase pública (que también fue difundido por la prensa, que publicó la “buena” noticia, con foto incluida, aunque las propias autoridades de la escuela no conocían la decisión).

3. B. Acerca de la inexistencia de relación previa entre demandantes y demandados

En primer lugar, es posible destacar que no existe una práctica difundida de discusión, negociación y búsqueda de soluciones (a un reclamo de derechos) entre la administración pública de la Ciudad de Buenos Aires y los vecinos (representados por abogados u ONG que se dedican a la movilización de reclamos de DESC). Sobre ello, existen varias posibles razones, pero ningún estudio que haya relevado entre los actores las razones de ello ni tampoco alguna iniciativa para intentar acercar a funcionarios con otros actores para explicitar los prejuicios y preconceptos que ambas partes habrán de tener.

Por un lado, las causas judiciales en materia de DESC son recientes –más aún acciones colectivas y contra el GCBA–. Por otro, existe desconocimiento entre los actores –pocas funcionarios conocen con cierta precisión el trabajo de este tipo de ONG o tienen contacto con necesidades comunitarias acuciantes–. Además,

muchos funcionarios rechazan la idea de la intervención de la sociedad civil y jueces sobre políticas públicas. Este argumento es muy extendido y no hay actividades (académicas o de acercamiento entre ONG litigantes y funcionarios) tendientes a modificarlo. En consecuencia, los funcionarios se oponen a dar siquiera un mínimo paso –reuniones previas a un litigio– que pueda ser interpretado como una aceptación de esa posibilidad.

Los litigantes, a su vez, no sólo carecen de demasiados incentivos sino que también corren con prejuicios respecto de los funcionarios. En primer lugar, pocos abogados demandantes en estos casos han tenido experiencia en la función pública y eso genera un amplio desconocimiento sobre el funcionamiento de los organismos públicos, las posibilidades de acción de los funcionarios y la apertura que pueden mostrar. Además, las organizaciones suelen pensar que necesitan tener un peso específico propio antes de emprender cualquier negociación y suponen que ello se puede lograr con un fallo favorable.

En los casos bajo análisis, ni la organización interviniente ni los abogados voluntarios efectuaron presentaciones administrativas ni intentaron agotar instancias de negociación. En el caso “Cestos” se reunió con funcionarios técnicos de la Dirección de Higiene Urbana para obtener información sobre el sistema de higiene en la Ciudad. En el caso de las “aulas *container*” no se intentaron instancias de diálogo aunque se efectuaron denuncias públicas masivas. Probablemente, en ambas situaciones, quienes estaban a cargo de los casos partieran de la idea de que no existían posibilidades de lograr una modificación por iniciativa propia pues las políticas públicas estaban claramente diseñadas en sentido contrario y un simple reclamo por parte de una ONG sin extensa trayectoria no hubiera podido servir para modificar la política. A su vez, la gravedad de la situación que conllevaba la existencia de las aulas *containers* justificaba adoptar rápidamente la medida más severa, que buscara una orden concreta del Poder Judicial. El gobierno estaba al tanto de la situación irregular a través de las reuniones en el caso de los cestos y a través de medios masivos en el caso de las aulas *containers*. En el primero de los casos no adoptó ninguna medida para modificar el problema. En el segundo, ordenó que se quitara una de las aulas *containers* existentes y publicó la noticia en un medio masivo. Sin embargo, en ninguna oportunidad se contactaron con la organización.

En el caso “Agua potable” se intentó alguna instancia previa

de negociación pero la urgencia del asunto devino en el otorgamiento de un plazo muy exiguo antes de presentar la acción judicial. De todas maneras, el Presidente del IVC ha manifestado en reiteradas ocasiones que solo se reúne con vecinos y no con sus abogados. En el caso “Elecciones”, los vecinos venían manteniendo conversaciones sin éxito con el IVC y, con el patrocinio letrado, recurrieron directamente a la sede judicial.

En conclusión, los incentivos no se encuentran del lado correcto para facilitar reuniones y negociaciones previas entre litigantes y funcionarios. Modificar ese estado de situación requeriría cambios culturales acerca del papel de los jueces y de la sociedad civil. Es de esperar que, antes de que se produzcan esas modificaciones, deberán superarse intentos políticos de limitar el poder de esos actores. Para ello resulta conveniente examinar detenidamente la experiencia de países como Estados Unidos, que transcurrieron hace más tiempo por épocas de activismo judicial y que luego se enfrentaron con medidas gubernamentales para limitarlo.

3. C. Cambios producidos por los nuevos mecanismos de acceso a la información pública

El derecho administrativo –en relación con los DESC– ha sufrido cambios radicales que todavía no han sido debidamente examinados por la mayoría de la doctrina administrativa local y nacional. Por empezar, los cambios en las garantías constitucionales y en leyes vinculados a derechos de incidencia colectiva (consumidores y usuarios, medio ambiente) implican que quien representa a los afectados pueda iniciar un reclamo judicial sin necesidad de aguardar la culminación de cualquier trámite que haya iniciado. En otras palabras, el administrado podría darle un plazo perentorio a la administración pública para que proceda a solucionar la situación ilegal o inconstitucional.

Por otra parte, los mecanismos de acceso a la información pública suponen un diálogo entre administrado y administrador muy diferente al que supone el esquema de los procedimientos administrativos clásicos, en los cuales la administración cuenta con varios meses para resolver cualquier presentación que se le efectúe. Tanto a nivel nacional (a través del decreto 1172/03) como en la Ciudad (a través de la ley 104), el gobierno cuenta con diez días hábiles para responder a los pedidos de información de los ciudadanos y las ciudadanas. A pesar de que esas presentaciones

no sirven como reclamos, sirven para iniciar una conversación con los funcionarios involucrados, pues es la propia oficina la que suele responder a las consultas. En otras palabras, el mecanismo sirve para cualquier negociación que quiera entablar el administrativo con dichos funcionarios.

En los casos examinados en donde se solicitó información pública, si bien el vínculo intentado con los funcionarios de gobierno no dio resultado, sí lo fue para modificar la situación de desigual poder entre las partes. La obligación de contestar los pedidos de acceso a la información en los casos de “Aulas *containers*” y “Cestos” puso a la organización presentante en mejor situación para presentar el caso. De hecho, pudo así adquirir las pruebas fehacientes que requería para iniciar los juicios. A su vez, en el caso de los “cestos”, los pedidos generaron a su vez el incentivo para que los funcionarios se reunieran con la organización peticionante. En el caso del “agua potable”, la posibilidad de presentar reclamos sin tener que agotar la instancia administrativa y de imponer un plazo a la administración, le permitió a ACIJ realizar los planteos al IVC. De esa manera, se pudo establecer un contacto informal con personal del organismo involucrado en el tema.

De todos modos, estas ventajas comparativas con las que cuentan los actores desde hace poco tiempo aún no han sido internalizadas por la mayoría de los actores (tanto actores como demandantes). Esto se vincula a lo explicitado en el punto anterior, en cuanto a que las relaciones podrían mejorarse si se modifican los incentivos para lograr acuerdos previos a los trámites judiciales. Pero además, el mecanismo de acceso a la información puede requerir recursos elevados para los actores pues en muchas circunstancias hace falta iniciar la vía judicial para lograr la información pedida.

4. Los demandantes: exámenes de los casos

En este apartado pondremos el foco en las características de los vecinos afectados por las omisiones estatales, en el vínculo creado con quienes les procuraron la asistencia técnica para iniciar las acciones, en las agendas de las organizaciones no gubernamentales intervinientes y la relación que mantienen con el gobierno.

a) Caso “Agua Potable”

El actor judicial que representa a los vecinos afectados (unas 400 personas) es ACIJ. Antes de la presentación, se llevaron adelante varias reuniones entre varios de esos vecinos y representantes de ACIJ e incluso, para justificar más formalmente la representación, algunos de los vecinos firmaron una nota dirigida a la asociación en la cual explicaban los detalles del problema. La información para el caso la proveyeron, en parte, los vecinos y, en otra, la administración pública en las comunicaciones telefónicas efectuadas. Esas cuatro manzanas cuentan cada una con un delegado –representante político– quienes aún no tienen con el reconocimiento expreso del IVC, por ser las más nuevas. El resto de las manzanas de la villa cuenta con un delegado elegido en elecciones organizadas por el propio IVC.

La presentación del caso se discutió en las reuniones entre vecinos del barrio y representantes de ACIJ. La urgencia del asunto impuso que los tiempos se acortaran y a dos días de esa reunión se efectuó la presentación. Ese mismo día, la justicia contencioso-administrativa de la Ciudad dictó la medida cautelar innovativa y ordenó al GCBA a que se retomara inmediatamente la provisión del servicio. El gobierno cumplió con la orden al día siguiente de dictada la sentencia, aunque como se explicará más adelante, de manera insuficiente. La organización en ese momento se encontraba desarrollando un proyecto de trabajo comunitario en relación con villas de emergencia de la Ciudad. El proyecto consiste en identificar –junto a los vecinos de esos barrios– problemas comunitarios, discutir conjuntamente formas de resolverlos y presentar los reclamos ante instancias formales. Por otra parte, el proyecto busca hacer visibles este tipo de problemas que suelen tener características de invisibilidad (salvo la Villa de Retiro, que ahora se observa ampliamente desde la autopista que va hacia el Norte, el resto de las villas resulta invisible a los ojos de las personas de clase media y alta que habitan la Ciudad). El caso resultó ampliamente difundido en medios de comunicación masivos y medios especializados (periódicos que se focalizan en asuntos locales y medios jurídicos, por ejemplo).

La organización no mantiene una relación unívoca con el GCBA. Lo ha demandado en reiteradas ocasiones –gran de esos casos son por falta de acceso a la información pública–, pero a la vez, trabaja conjuntamente con funcionarios de algunas áreas.

b) Caso “Elecciones”

Los actores son un grupo de vecinos de la Villa que integran nueve listas electorales. La información para el caso fue proveída casi exclusivamente los vecinos demandantes. El resto la proporcionó el abogado voluntario que trabaja con los vecinos. La iniciativa no es parte de una agenda más amplia de ONG, pero sí del juez activista que tiene a su cargo esa causa. Tiempo después de haberse presentado esa acción se presentó –con invocación de conexidad– una causa similar iniciada por un grupo de vecinos para solicitar la intervención de la Villa Los Piletones. El magistrado hizo lugar –de manera similar– a una medida cautelar y ordenó una convocatoria a elecciones. En este momento, el juez se encuentra en pleno proceso de organización del acto electoral.

Sobre la materia (representación política en barrios de emergencia de la Ciudad y su vinculación con el clientelismo) no ha habido organizaciones de activismo trabajando. ACIJ ha comenzado a trabajar en el último año en la cuestión por considerar que se trata de un asunto crítico con íntima relación con los DESC en las villas de emergencia y las futuras urbanizaciones que se lleven adelante.

ACIJ, que se involucró como veedora de la elección, generó actividades de difusión de las elecciones. El sitio de Internet del diario *Clarín* subió un informe multimedia sobre el acto electoral. Esto fue una estrategia meditada de la organización por considerar que la representación política en las villas debe ser controlada por el Estado, quien debe organizar elecciones transparentes.

c) Caso “Cestos”

El caso judicial fue presentado por ACIJ en representación de los derechos de los vecinos de la zona excluida. Toda la investigación elaboración y discusión del caso fue realizada por los integrantes del grupo de trabajo de la ONG. Ésta trabajaba en un proyecto sobre “discriminación por la condición socioeconómica de las personas” entre cuyos objetivos estaba la creación de conciencia ciudadana sobre el problema, la sensibilización de actores institucionales, y especialmente del Poder Judicial sobre la protección antidiscriminatoria consagrada en 1994 en la Argentina, y su aplicación a la discriminación por condición socioeconómica, y el trabajo en iniciativas y casos concretos que fueran identificados, mediante estrategias de litigio de impacto.

No existían aliados estructurales del equipo de trabajo, aun-

que la preparación del caso se benefició por el acceso a información pública producida en dependencias del Estado, como las referidas en el punto anterior.

Al momento de definir las estrategias de comunicación del caso, se decidió no montar una campaña al inicio del caso, dado que su carácter focalizado (la campaña de cestos y actividades de difusión) lo hacía un tanto sutil o simbólico, frente a la problemática estructural de desventaja en la higiene urbana que padece la zona afectada, y generalmente la prensa no tiene interés por ese tipo de cuestiones cuando son llevadas a la justicia. Sin embargo, antes del inicio del caso, se publicó una nota de opinión sobre la problemática de la desigualdad en la provisión de servicios públicos respecto de la zona sur, a partir del hecho puntual de la exclusión en la campaña de higiene urbana.

Una vez que se dictaron las sentencias judiciales de las distintas instancias, se iniciaron acciones de prensa para su difusión, enfatizando el “reconocimiento de derechos a un acceso igualitario a los servicios públicos” con independencia de la condición socioeconómica de los afectados. Las decisiones judiciales fueron comunicadas públicamente, y dieron lugar a notas periodísticas (diarios barriales, nacionales, informes televisivos). No obstante ello, en ningún momento (ni antes, ni después del caso, las sentencias, ni las notas periodísticas) existió contacto alguno con funcionarios del Estado.

d) Caso “Aulas containers”

El caso fue llevado a la justicia por ACIJ, que invocó la afectación a derechos de incidencia colectiva de los alumnos que debían tomar clases en aulas *containers*.

La investigación y preparación del caso se llevó a cabo en el marco de un proyecto sobre “discriminación por la condición socioeconómica de las personas” que la ONG llevaba a cabo, entre cuyos objetivos estaba la creación de conciencia ciudadana sobre el problema, la sensibilización de actores institucionales, y especialmente del Poder Judicial sobre la protección antidiscriminatoria consagrada en 1994 en la Argentina, y su aplicación a la discriminación por condición socioeconómica, y el trabajo en iniciativas y casos concretos que fueran identificados, mediante estrategias de litigio de impacto. No existían aliados estructurales del equipo de trabajo.

El trabajo en el caso se benefició de investigaciones que había

hecho la defensoría del pueblo sobre las condiciones de infraestructura educativa en la ciudad, que había incluido la mención de la existencia de aulas *containers*, aunque nunca había producido ninguna decisión concreta.

En la construcción del caso se establecieron vínculos con los directivos de las escuelas afectadas. Sin embargo, sólo una directora se comprometió intensa y públicamente con el problema y la denuncia (realizó declaraciones ante medios de comunicación, abrió la escuela para la clase pública, etc.). También existieron instancias de cooperación con el Asesor tutelar (que debe intervenir obligatoriamente en todo proceso en que se controvierten derechos de menores), quien estaba ya sensibilizado con los problemas de infraestructura escolar y postergación de los grupos socioeconómicamente más desaventajados. Sin embargo, la definición de las estrategias judiciales fue realizada exclusivamente por la organización patrocinante.

El caso fue tratado desde el comienzo con una fuerte carga de impacto en la opinión pública, como un símbolo de un problema más estructural y extendido, y con una estrategia deliberada tendiente a producir la toma de conciencia sobre el problema.

En términos de actores que intervinieron efectivamente en el conflicto, pueden identificarse los siguientes:

a) Docentes y directivos de las escuelas afectadas: no existía homogeneidad entre ellos. Alguna directora “defendía” las aulas *containers* (“son más dignas que sus casas”) otras eran críticas sobre ellas (“son estigmatizantes”, “las escuelas para las poblaciones más vulnerables deberían ser palacios”). También tuvieron diferente actitud y participación frente al conflicto (alguna se comprometió activamente, otra trató de evitar toda participación, etcétera).

b) Dirección de infraestructura de la Secretaría de Educación (trató de adecuar su acción a sus principios técnicos y las directivas que recibía; expresaba un fuerte rechazo a la judicialización y la discusión antagónica, pero fue muy constructiva y productiva en las instancias de diálogo institucional con el Poder Judicial).

c) Secretaría de Educación (operó para minimizar el costo mediático del conflicto, la defensa judicial estuvo delegada en la procuración del tesoro local y la gestión de las soluciones en la dirección de infraestructura).

d) Defensoría del Pueblo (ante la repercusión pública de las

denuncias y la presentación del caso, apuró la adopción de una resolución muy crítica sobre el tema, urgiendo medidas (fue adoptada un día 5 de enero, en pleno receso de vacaciones), que fue presentada de *motu proprio* al expediente judicial.

e) Asesor Tutelar (intervino activamente en el proceso judicial, realizó medidas autónomas de verificación que luego presentaba judicialmente, urgió el cumplimiento de la sentencia).

f) Legisladores locales (algunos legisladores de la oposición se sensibilizaron con el tema y lo incluyeron en la agenda de sus comisiones).

4. A. Relación entre los damnificados y las organizaciones demandantes

Dos de los casos examinados revelan una dificultad que manifiestan numerosos casos de DESC interpuestos en los últimos años en diferentes jurisdicciones judiciales del país: la falta de suficiente contacto previo entre los perjudicados y los abogados que inician las causas. En algunas ocasiones, ello se presenta en forma absoluta pues se trata de casos iniciados sin ningún encuentro. Algunos llaman a estos “casos de laboratorio” o “litigio elitista”. Esta situación ha sido debatida extensamente, sobre todo en el contexto activista de ONG y clínicas jurídicas en Estados Unidos en las décadas de los 60 y 70. Existen numerosos artículos académicos al respecto.

En nuestro país, sólo se conoce un debate limitado y acotado a muy pocos actores sociales (sin embargo, algunos de los casos de Derecho de Interés Público más resonantes se han originado de esa manera). El tratamiento del problema excedería el marco de esta investigación pero, al menos, adviértase que no resulta tan obvio que, basado en esas objeciones, deba evitarse ese tipo de presentaciones. En algunas situaciones muy claras, en las cuales existen grupos desaventajados que están siendo tratados de manera desigual, las organizaciones que procuran modificar esas situaciones podrían tener cierta legitimidad para hacerlo.

Por otra parte, no debe obviarse la enorme complejidad que acarrea la búsqueda de consensos en una comunidad desmovilizada y con actores sociales (representantes políticos) que podrían tener intereses comunes con la administración pública. Sin embargo, es evidente que lo más recomendable es que los casos sean iniciativas propias de la comunidad y que los abogados funcionen

como meros facilitadores del acceso a la justicia. Esto funcionaría no sólo para que los casos sean más representativos de los intereses que se dice procurar, pero también como una manera de lograr la movilización y el “empoderamiento” de comunidades que se encuentran completamente alejadas de los escenarios públicos.

En el caso “Cestos” la organización se reunió con foros de vecinos dedicados a la promoción en general de los intereses de barrios afectados, quienes no tenían un interés fuerte en la cuestión de la campaña que los había excluido. Sin embargo, la organización decidió seguir adelante con la iniciativa pensando, sobre todo, en el proyecto marco que los guiaba: explicitar la discriminación por posición económica que existe en nuestra Ciudad y en el país. A su vez, en el caso “Aulas *containers*” no se logró un suficiente consenso entre directores y docentes de esas escuelas ni tampoco se intentó vincular fuertemente a los padres de los niños afectados.

En el caso “Agua potable”, la inquietud provino de la comunidad y fue seguido de cerca por ellos. Muchos vecinos firmaron el petitorio dirigido a la asociación y algunos participaron de las audiencias convocadas por el órgano judicial. Es probable que la facilidad con que la comunidad aceptó recurrir a la instancia judicial tuviera que ver con que los delegados de las manzanas involucradas no habían sido reconocidos como tales por el IVC.

El caso “Elecciones”, en la Villa 20, surgió de movimientos políticos integrados por vecinos y por otros dirigentes políticos. En principio, el abogado adoptó el rol más limitado que podría mostrar en casos de esta naturaleza. De todos modos, la presencia del abogado en las deliberaciones previas a la presentación del caso seguramente facilitó la toma de decisiones. Los movimientos políticos que actúan en villas de emergencia cuentan con mayor acceso a servicios de asistencia legal. Por otra parte, el litigio estructural comprende no sólo las decisiones jurídico-técnicas, sino decisiones más amplias como la comunicación masiva del caso, el tipo de relación adoptado hacia los funcionarios responsables (quienes pueden adoptar represalias hacia los afectados), etc. La experiencia demuestra que resulta difícil adoptar decisiones con los afectados, aun cuando se lo intente de la manera más responsable (los vecinos no suelen concurrir masivamente a las reuniones que se organicen con esos fines, los abogados no están acostumbrados a transmitir adecuadamente la información necesaria

para las decisiones, los vecinos no cuentan con los elementos suficientes más allá de la información proporcionada, etcétera).

En definitiva, los casos muestran diferentes formas en que la relación se desenvuelve. Por un lado, los casos de cestos y aulas no fueron consensuados con las comunidades afectadas, mientras que los de agua y elecciones partieron de varios de los vecinos afectados. Si bien, como se ha dicho, resulta preferible que el caso surja de los propios perjudicados por una política desigual y/o vulneratoria de derechos resulta difícil extraer conclusiones generales. El examen debe efectuarse frente a cada uno de los casos y antes de iniciarse cualquier planteo judicial colectivo sin el consenso de los afectados debe responderse adecuadamente a las potenciales críticas que puedan surgir.

La mayor difusión que ha tenido el litigio en DESC en los últimos años hace suponer que cada vez se acrecentará y que probablemente sea mayor el requerimiento que provenga desde poblaciones afectadas a abogados de Interés Público u ONG. A su vez, la experiencia demuestra que aunque los afectados tengan poca intervención en la presentación de los casos, esa participación también puede surgir durante el procedimiento y en la etapa de ejecución de sentencia (sobre todo, en la medida en que los litigantes y el Poder Judicial incrementen la experimentación en el diseño e implementación de medidas y procedimientos participativos tendientes a remediar efectivamente las vulneraciones de derechos en situaciones de daño estructural).

4. B. Vinculación con otros actores

En el caso “Agua potable” –en la Villa 31– no se contactó a ningún otro actor antes de presentar el caso judicial. Las urgentes circunstancias de la situación llevaron a adoptar esa posición. Posteriormente, se efectuó una presentación a la Defensoría del Pueblo, órgano que próximamente emitirá recomendaciones sobre diversos temas del barrio. Durante el proceso intervino el Asesor Tutelar. Este funcionario, quien no fue designado por concurso y ha sido cuestionado por algunos magistrados del fuero, adoptó una postura pasiva durante el trámite del expediente, sobre todo en relación a la ejecución de la medida cautelar adoptada. En el caso de las “elecciones” en la villa, los demandantes no contactaron a otros actores. Sin embargo, durante el trámite del expediente participaron activamente el Asesor Tutelar –en las audiencias convo-

cadadas por el juez y en la inspección ocular efectuada– y diversas organizaciones de la sociedad civil –en las elecciones–.

Los casos muestran que existen diversas instituciones activamente involucradas en DESC en la Ciudad de Buenos Aires. Ellas son algunas de los integrantes de la Asesoría Tutelar, la Defensoría del Pueblo y organizaciones de la sociedad civil. Estos actores mantienen algunos lazos (por ejemplo, por la participación que ejercen en casos de este tipo o en actividades de discusión académica), pero no mantienen agendas comunes. Son infrecuentes las iniciativas que son iniciadas en conjunto.

La cantidad de actores que pueden facilitar el acceso a la justicia a las comunidades de bajos recursos de la Ciudad son insuficientes. Incluso un organismo fundamental en materia de DESC (la Defensoría del Pueblo de la Ciudad) no plantea casos judiciales desde la asunción de la actual Defensora a cargo, pese a que la Constitución la autoriza expresamente a hacerlo.

5. La respuesta del Poder Judicial

En este apartado se describe el tipo de remedio dispuesto y los márgenes que se reconocen al poder político para definir las políticas públicas en cada caso y el grado de iniciativa y actuación autónoma que tuvo cada tribunal en la gestión de la causa y en qué medida adoptó un papel reactivo al impulso de las partes. También se examina la apertura que mostraron los jueces para abrir o cerrar la participación social en el caso y el impacto de las medidas cautelares previas a la sentencia en la dinámica del proceso y la reacción del Estado frente a los remedios diseñados por el Poder Judicial.

a) Caso “Agua potable”

La medida cautelar dictada tuvo un alto impacto en el trámite del procedimiento. A partir de su dictado, se llevó adelante el trámite de ejecución de la medida cautelar debido a que el gobierno no cumplió con la provisión de agua durante todos los días de la semana –los camiones no llegan al barrio los domingos ni los feriados–. En ese marco, el magistrado interviniente convocó a las partes a una audiencia. Allí un funcionario del IVC reconoció que los camiones no estaban concurriendo todos los días y se retiraban antes de que oscureciera. Los vecinos allí presentes le expresaron que ello era insuficiente para las necesidades básicas –comida y

bebida, higiene personal y del hogar-. El funcionario se comprometió a que los camiones concurrirían todos los días y de 8 a 22 horas. Ello no ocurrió y, por ese motivo, el juez dio por incumplida la medida y le impuso al ministro de Obras Públicas astreintes de \$100 diarios por cada día. Aún no puede determinarse si la administración pública ha cumplido con las sentencias pero puede afirmarse que el Estado adoptó una actitud de desaire hacia el trámite del expediente, intentando demostrar continuamente la posición de que las políticas sociales no deben discutirse en los tribunales. Por dar otro ejemplo, la audiencia mencionada tuvo que ser convocada en dos oportunidades pues en la primera no se presentó ningún funcionario del IVC.

El magistrado de grado adoptó una actitud firme –aunque no celera– pero reactiva. No tomó ninguna decisión de oficio sino que todas fueron a pedido de parte.

En la decisión definitiva la Cámara de Apelaciones utilizó la información recabada en el trámite cautelar y los compromisos asumidos por el funcionario participante de la audiencia mencionada. De esta manera, tuvo por probados los reclamos indiscutidos por parte de los vecinos –que sí habían sido discutidos en la contestación de la demanda– y los incumplimientos concretos de dichos compromisos. La administración pública asumió una actitud descoordinada. Tal es así que los abogados de la Procuración del Estado no se habían siquiera comunicado con los funcionarios responsables ni con los abogados del IVC. De hecho, los propios letrados de la Procuración reconocieron que no existen precisiones sobre el sentido de la autarquía que ha de otorgársele al IVC y a la representación legal que deben tener.

La Cámara de Apelaciones en el fallo definitivo utilizó sólidos argumentos para justificar la intervención en la política social. En primer lugar, el fallo explica la íntima vinculación entre los derechos civiles y políticos y la falsa dicotomía entre ellos. Además, la sentencia utiliza criterios de autonomía de las personas afectadas por cuanto el agua es un bien indispensable para desarrollar cualquier plan de vida. A su vez, aplicó en reiteradas ocasiones los principios emanados de comisiones temáticas creadas en el marco de Naciones Unidas.

b) Caso “Elecciones”

El juez convocó a dos audiencias y en ninguna de ellas concurrió ningún funcionario del IVC. Luego de la primera audiencia, el juez ordenó que el IVC no innove en la organización de las elecciones, y que los alimentos y materiales fueran entregados directamente a los párrocos de cuatro iglesias, quienes se harían cargo de su entrega. Luego de la incomparecencia de la demandada, en la segunda audiencia dictó otra medida cautelar en la que intervino la Junta Vecinal, designó un interventor y convocó a elecciones. Los argumentos jurídicos utilizados son breves, se basan en la necesidad de preservar la “paz social” en el barrio (textualmente afirma que lo dispone para “evitar de este modo que la dilación en el resultado final, favorezca un marco que pueda suscitar desencuentros entre los vecinos de la citada villa”), en la necesidad de dirigir en forma transparente los recursos que se le entregan a esa villa de emergencia y en la imposibilidad de contar con el IVC en las audiencias programadas. No se utilizaron argumentos jurídicos sustantivos para justificar la intervención judicial, ni desde el punto de vista institucional (rol de los jueces), ni desde los derechos, ni desde la cuestión teórica de la representación política en barrios con estas características.

El juez se encontró con cierta dificultad inicial en ejecutar la medida cautelar. En primer lugar, el GCBA no cumplió con la orden judicial de designar un delegado normalizador. En segundo lugar, no prestó el apoyo suficiente para que el interventor judicial cumpliera sus funciones en condiciones normales.

Pero luego el magistrado adoptó una medida cautelar innovativa sin antecedentes en la tradición judicial de nuestro país, el GCBA no apeló la medida y el juez logró ejecutar la sentencia relativa a la realización de elecciones sin fuertes oposiciones. Para hacerlo, entre otras cosas, convocó a ONG vinculadas a temas institucionales y a DESC (Poder Ciudadano, ACIJ, CELS, Madres de Plaza de Mayo, CEJUBA) a participar del proceso como autoridades de mesa y/o veedores. A su vez, consensuó con las listas el reglamento electoral (finalmente, se escogió un presidente y varios integrantes de la Junta Vecinal y ordenó al IVC que completara el censo del barrio. Las elecciones se llevaron adelante sin mayores incidentes.

c) Caso “Cestos”

Los tribunales (tanto de primera como de segunda instancia) aceptaron el principio de que no resulta permitido al estado brindar prestaciones diferentes de servicios públicos tal que postergue o excluya a algunas de lo que brinda a otras. En particular, la cámara de apelaciones tomó en cuenta la circunstancia de que la zona afectada por la política cuestionada era históricamente postergada en la ciudad.

Los tribunales también realizaron una interpretación amplia de la legitimación procesal para demandar judicialmente en defensa de derechos de incidencia colectiva.

A la hora de definir el remedio para subsanar la afectación, los tribunales definen lo que debe hacerse, en términos generales (incluir a la zona en la campaña), le ordenan a la administración la elaboración de un plan de acción concreto –con actividades concretas, tiempos, etc., cuyo contenido dejan librada a la decisión administrativa de manera autónoma, a quien se le fija un plazo para presentar al tribunal “el plan de acción” concreto, que será luego monitoreado (a instancia de la parte interesada) en la etapa de ejecución de sentencia.

En este caso, el Estado adoptó la estrategia de sostener que su conducta no tenía ningún defecto, al tiempo que manifestaba que estaban adoptando medidas para incluir a la zona excluida (licitar compra de cestos papeleros). Ante esta situación, el tribunal decidió autónomamente, en un par de ocasiones antes de dictar la sentencia, solicitar información al estado acerca del avance de las acciones que afirmaban estar realizando. El resultado de esta dinámica fue que poco antes de la sentencia (durante el receso judicial de enero), el Estado compró e instaló mediante contratación directa un poco más de 1.200 cestos (en las otras zonas se habían colocado en promedio 6.000) que fueron considerados insuficientes por la jueza de primera instancia (pero que la Cámara consideró suficientes para acreditar que no hay ilegalidad en el obrar del Estado en este tema). Sin embargo, curiosamente, la administración no organizó en todo ese tiempo ningún evento de educación en la zona excluida, motivo por el cual fue condenada tanto en 1ª como en 2ª instancia.

d) Caso “Aulas containers”

El caso tiene una particularidad: cuando se inició la demanda, el juzgado verificó que tenía en trámite un amparo colectivo rela-

tivo a las condiciones edilicias de las escuelas de la ciudad, respecto de la falta de seguridad. El tribunal hizo saber de esta situación, a fin de que la parte demandante (la ONG) analizara la alternativa de mantener el proceso iniciado (que se acumularía con el otro) o introducir su pretensión en el proceso ya iniciado. La ONG decidió presentarse como “tercero autónomo” en el proceso ya iniciado, e introdujo la pretensión específica relativa a las aulas *containers* y la discriminación (diferente de la seguridad de todas las escuelas). El Estado se opuso a dicha participación, pero el tribunal la admitió, y en la sentencia consideró la pretensión relativa a las aulas *containers* de manera diferenciada.

El tribunal fue muy proactivo para encauzar el procedimiento, ante la posibilidad de que la complejidad y la existencia de procesos parcialmente superpuestos dilataran su procedimiento. También el asesor tutelar tuvo una participación muy activa promoviendo el avance de la causa.

En términos sustantivos, el caso se resuelto con sencillez. El tribunal adopta una interpretación amplia de la legitimación para intervenir en procesos en los que se litigan derechos de incidencia colectiva, y realiza interpretación casi literal de las cláusulas de no discriminación. Se verifica el tratamiento desigual y la falta de justificación de la conducta estatal, y se condena al Estado. En concreto, la decisión del juez: a) declara que la política es discriminatoria, b) obliga al Estado a adoptar las medidas que estime pertinentes para eliminar las aulas *containers*, y c) le fija un plazo, luego del receso invernal las escuelas ya no deberán tener aulas *containers*.

De esa manera, deja librado al poder político la definición de la forma en que resolverá las demandas de aulas de los alumnos de las escuelas afectadas, limitándose a prohibir el mecanismo discriminatorio verificado.

En la ejecución de la sentencia el Estado retiró rápidamente la mayoría de ellas. En “la escuela *container*” apuró las obras de construcción (de la escuela). Una semana antes de finalizar el receso educativo el asesor tutelar denunció el incumplimiento de la sentencia (si bien se habían retirado la aulas modulares, la construcción no estaba terminada y existían deficiencias de seguridad). La ONG solicitó que el tribunal se constituyera en la escuela y realizara una audiencia con las autoridades escolares, la dirección de infraestructura del establecimiento, las partes del proceso y el departamento de bomberos, a fin de explorar alter-

nativas de solución. La audiencia dio lugar a una serie de compromisos concretos que respondieron a las deficiencias denunciadas y las necesidades manifestadas por la dirección de la escuela. Con una semana de demora, la escuela inició sus actividades, sin aulas *containers* y con las obras de seguridad realizadas.

El Estado no apeló la parte de la sentencia relativa a las aulas *containers*. De hecho, cumplió la sentencia, aunque en el tramo final, frente a la amenaza de medidas coactivas de ejecución, y frente a una convocatoria expresa a una audiencia judicial *in loco*.

5. A. Legitimación activa amplia, derechos con dientes y casos sencillos

La recepción por parte de los tribunales de tesis amplias relativas a la legitimación de las ONG para demandar en defensa de derechos colectivos fue necesaria para arribar a una decisión sustantiva sobre el tema. Más allá de que en todos los casos el Estado argumentó que la ONG demandante no estaba legitimada, la cuestión no suscitó prácticamente ninguna duda relevante en los tribunales. Se podría afirmar que la cuestión de la legitimación ya no es un obstáculo relevante para estos litigios en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.

Tampoco resultan especialmente complejas las argumentaciones sustantivas de los tribunales. No parecen especialmente preocupados por construir una fundamentación especial para la procedencia del caso. En términos generales, las decisiones operan cómodas bajo el telón de fondo protector de los derechos reconocidos en la Constitución y las convenciones de derechos humanos. Los casos parecen resueltos como “casos fáciles”.

Una diferencia relevante en el nivel, densidad y complejidad de la fundamentación se observa en la sentencia de la Cámara en el caso “Agua potable”. En este caso, la sentencia tiene una larga, compleja y sofisticada fundamentación. Esta diferencia resulta, probablemente, de las siguientes circunstancias: por un lado, el tribunal en cuestión tiene en general un nivel doctrinario alto en términos generales, y en particular cuando se trata de sentencias relativas de derechos humanos. Por otro lado, ese mismo tribunal se encuentra en cierta forma enfrentado –intelectualmente– con la Tribunal Superior de la Ciudad, precisamente respecto del alcance de la intervención judicial frente a la administración en los casos de derechos sociales, por lo que sus decisiones más recientes sobre

la materia han sido especialmente autoconscientes a la hora de expresar los fundamentos y alcances sustantivos y prácticos de las decisiones.

En el contexto del desarrollo progresivo de la jurisprudencia local sobre el alcance de los derechos humanos frente a las políticas públicas estatales, la simpleza o complejidad de los casos que se presente resulta un elemento significativo en su suerte ante la justicia, no sólo en términos de éxito para el litigio, sino respecto de la gestión misma del conflicto judicial.

En relación con los cuatro casos analizados se puede observar que, salvo el caso “Elecciones” los otros tres son relativamente sencillos en su configuración. Los hechos principales son claros y fáciles de verificar, y las discusiones jurídicas son relativamente canónicas o típicas. Así, aun cuando se tratan de casos colectivos, que involucran políticas públicas diversas y se proyectan sobre comunidades significativas de personas, en todos ellos la duración del trámite hasta el dictado de las sentencias duró menos de un año en promedio. Si bien esto resulta facilitado por el hecho de que se hayan podido tramitar mediante juicios de amparo, ante un fuero que tiene relativa disponibilidad de recursos, la simpleza y claridad del caso constituye el elemento central que organiza su trámite efectivo y breve y maximiza las chances de respuestas efectivas favorables.

5. B. Dificultades en el *enforcement* de las decisiones. La importancia de la adopción de remedios mixtos (resultados fijos y medios flexibles)

Las medidas cautelares dispuestas por los tribunales (antes o después de sus sentencias), en particular las que ordenan conductas positivas, tienen serias dificultades de efectivización, si el Estado no coopera lealmente y de buena fe. La imposición de multas resulta la única medida coercitiva de que disponen los tribunales para “motivar” a los funcionarios morosos en cumplir las decisiones judiciales, pues la conducta estatal resulta prácticamente insustituible (en la medida en que el cumplimiento implique gasto de recursos); pero la efectividad del mecanismo es relativa y los tiempos de cumplimiento suelen ser dominados por el Estado, a pesar del esfuerzo y desgaste de los litigantes y tribunales.

En el caso “Elecciones”, el tribunal fue incrementalmente adoptando mecanismos directamente controlados por él –designa-

ción de interventores, organización del proceso electoral de manera autónoma, etc., en un proceso que a primera vista podría haber parecido que también necesitaba la acción estatal. Su realización por el propio tribunal fue posible, en primer lugar, por su actitud enérgica y continuada, pero también porque fue encontrando la manera de implementación sin costo económico efectivo.

Por otro lado, es interesante destacar que, salvo en el caso “Elecciones” los tribunales adoptaron una práctica similar al definir los remedios. Ordenaron al Estado la obtención de un resultado concreto (en algún caso estableciéndose el límite temporal), que implicaba el diseño, organización, decisión y ejecución de una política pública específica (aunque acotada en tiempo, lugar y alcance), pero fueron deferentes a la propia administración acerca de la definición técnica y política de su implementación concreta.

El éxito de este tipo de remedio depende, otra vez, de la cooperación del estado. Cuando el Estado no coopera, el tribunal sólo puede utilizar medidas de ejecución directa si ellas consisten en “ordenar abstenciones”, o si los resultados pueden lograrse sin la participación del Estado. Aunque en casos vinculados a la provisión de un bien, recurso o servicio público, estas alternativas no suelen estar disponibles.

5. C. Un rol diferenciado para los jueces

Más allá de los énfasis e imprints personales, en todos los casos, los jueces realizaron conductas en algún sentido heterodoxas en la tradición de los procesos civiles: realización de numerosas audiencias, pedido de información a una parte como medida para mejor proveer, unificación de procesos conexos, audiencias *in loco*, intervenciones judiciales, etc. Todas estas conductas están previstas y reguladas por la legislación, aunque no es habitual que sean utilizadas por los tribunales.

En todos los casos, estas conductas parecían imprescindibles (en varios de ellos fueron solicitadas por la parte demandante), pero no eran obligatorias desde el punto de vista legal. Su adopción por parte del tribunal es un indicio relevante de su “comprensión” y “empatía” hacia las necesidades de esta nueva clase de litigio, y probablemente un indicio de su disposición a fallar a favor de los reclamos. A su vez, un tribunal que rechaza o declina la realización de este tipo de actividad procesal, probablemente esté más dispuesto a sostener una posición abstencionista sobre

el rol de los tribunales frente al cuestionamiento de políticas públicas.

De todos modos, también se debe resaltar que, salvo en el caso de las “elecciones” los casos tuvieron un trámite relativamente convencional –incluso en “Aulas *containers*” en la que intervenían pluralidad de partes–, lo cual revelaría que la excentricidad procesal de estas acciones (al menos en casos simples, tramitados mediante procesos de amparo) no es revolucionaria, ni necesita de un cambio paradigmático sobre el proceso tradicional.

6. Impacto del litigio en las políticas públicas del gobierno. Revisión de casos

Aunque aun resulta temprano para realizar una evaluación en relación con la demanda de agua potable, puede decirse que el caso ha tenido alto impacto en el debate público –numerosos medios de comunicación masivos tomaron el caso y generaron reacciones de diverso tipo–. Las villas de emergencia se han hecho más visibles en los últimos tiempos y este tipo de noticias ayuda a generar mayor conciencia sobre el problema e incluso mayor costo político en los funcionarios que no toman medidas para modificar en algo la situación. De forma paradójica, conseguir el impacto esperado en relación al problema puntual ha sido más difícil de lograr y ha demandado enormes esfuerzos de la ONG interviniente. Como se ha dicho, los funcionarios no han querido mostrar que aceptan la participación de ONG ni de los jueces en las políticas sociales y han aceptado pagar costos mayores –incluso a nivel personal– a los que hubiera insumido la reasignación de alguna partida presupuestaria para resolver el problema. A su vez, los representantes de la sociedad civil aún no han logrado la imposición efectiva de sanciones ejemplares –sean civiles o penales– para aquellos funcionarios incumplidores, quienes parecen conocer esta circunstancia. Sin embargo, esas noticias no suelen llegar a las personas que viven en villas, lo cual genera una cierta distorsión entre la “opinión pública especializada” y los afectados.

La comunidad afectada ha sido informada de todo el trámite mencionado y se ha expresado favorablemente a favor de la intervención de los jueces. Incluso, un periodista del diario *Clarín* retrató gráficamente la postura de uno de los delegados de las manzanas: “con la Justicia se consiguen las cosas más rápido”, dice Ramón Ojeda, el delegado del Barrio, que hace seis años se la pasa

pidiendo y pidiendo al gobierno porteño. Esas cuatro manzanas son una excepción a lo que sucede en la mayoría de las villas de la ciudad pues los delegados no son reconocidos por el IVC y, en consecuencia, tienen una relación diferente y no se genera el contexto clientelar que rige en el resto. Eso ha permitido una cierta movilización y un reclamo sostenido en el tiempo. En ese contexto, el impacto del caso ha sido positivo pues les ha permitido mostrarse como un actor con mayor peso propio.

En relación con las elecciones, el impacto buscado consistía en modificar una situación de *status quo* (el mantenimiento de las anteriores autoridades electas en la villa y el reparto clientelar de alimentos y materiales de construcción que estaba haciendo el IVC con dicha estructura). Ese impacto fue logrado parcialmente con la intervención judicial que se decidiera sobre la Junta Vecinal del barrio y con la orden de que el reparto de materiales y alimentos fuera efectuado a través de algunas parroquias del lugar y con la debida notificación al Interventor.

Las elecciones en estos barrios nunca han sido materia de debate público –al menos a través de los medios de opinión masivos–. Si bien la elección organizada por el Poder Judicial no obtuvo una amplísima difusión tuvo cierta acogida a través de algunos medios. Esto permitió que la cuestión fuera conocida, al menos para los actores interesados en el asunto –por ejemplo, algunos legisladores de la ciudad no estaban al tanto de la organización política de las villas–. Esta iniciativa pudo haber servido para modificar ese extendido desconocimiento.

Hacia dentro de las agencias estatales involucradas, es posible inferir que el caso debió haber demostrado la evidente necesidad de adoptar políticas públicas claras y concretas sobre la representación política. Sin embargo, la estructura actual del IVC impide que se puedan adoptar decisiones de esa naturaleza. En cambio, aunque no se tiene mayor información, pareciera que el Ministerio de Derechos Humanos ha intentado en el último tiempo tomar algunas decisiones –de pequeña y mediana escala– sobre el problema del clientelismo en la ciudad y se han hecho explícitas las divergencias de criterio existentes entre los dos organismos. La iniciativa bajo análisis podría –aunque las elecciones y los cambios ministeriales seguramente lo impidieron– haber tenido un impacto en la mencionada interna gubernamental.

El grupo que llevó adelante el caso no parece haber sido cla-

ramente beneficiado luego de las elecciones. El Presidente anterior obtuvo el triunfo electoral por un bajo margen y el sistema escogido entre el magistrado y los participantes –que el ganador obtuviera todos los cargos– impidió que se hayan producido cambios relevantes. El escaso tiempo transcurrido desde las elecciones obstaculiza análisis más profundos, pues aún debe examinarse como ha sido modificada la relación entre los organismos de gobierno y la Junta Vecinal escogida por los vecinos.

A su vez, las elecciones organizadas por el juez no contemplaron ningún control del financiamiento de las campañas, lo que generó una clara disparidad entre los competidores. El Presidente escogido recibió fondos no especificados para una gran publicidad de su candidatura y para el transporte de votantes. Incluso los candidatos de esa lista contaban con una organización que les permitía identificar los vecinos que habían votado y los que no lo habían hecho.

En relación con la demanda por los cestos, los objetivos de la realización del caso apuntaban más allá de él. Se aspiraba a la construcción de un caso judicial muy concreto, acotado, claro, que pudiera tener impacto simbólico para la comunidad jurídica en particular, y la opinión pública en general.

Las sentencias tuvieron difusión por diarios y televisión, así como en medios específicos de interés jurídico. Periódicos comunitarios de la zona sur también difundieron la noticia y en los días posteriores a ello, diversas personas de la zona afectada se comunicaron con la ONG para expresar su agradecimiento por “hacer visible” a la zona sur. De todos modos, no se realizaron acciones concretas de evaluación del impacto del caso en la comunidad afectada ni en el gobierno.

Finalmente, en relación con las aulas *containers*, el caso fue elaborado y trabajado con un alto impacto público. Los medios periodísticos fueron muy receptivos a las denuncias, y también se notó receptividad por parte de comisiones legislativas locales (la comisión de educación y la de derechos humanos, ambas dirigidas por legisladores de partidos opositores). Miembros de ACIJ participaron de reuniones de comisión en las que se aprobaron pedidos de informes a la administración sobre el tema, a raíz de la denuncia de ACIJ, donde los asesores de los legisladores (que habían asistido a la clase pública) argumentaban y declamaban parafraseando los análisis y distinciones realizadas por los académicos en dicha oportunidad.

La cuestión de la desigualdad educativa en el sistema público, entre los distritos ricos y pobres es hoy un hecho reconocido públicamente como una deuda y una responsabilidad del Estado local.

Unos meses después del caso, en oportunidad de cambio de ministro del área educativa, el funcionario que tomaba la oficina concedió una entrevista exclusiva a un diario nacional, y varias preguntas formuladas focalizaban en la cuestión de la desigualdad. La periodista que entrevistaba al nuevo ministro había trabajado en una de las notas de las aulas modulares, había visitado escuelas de villas con integrantes de la ONG.

Por un lado, el discurso público de los funcionarios se ha hecho autoconsciente respecto de la brecha de recursos y oportunidades educativas. La defensoría del pueblo también ha enfatizado el impacto diferencial de las políticas educativas solapado con la condición socioeconómica de las poblaciones en sus investigaciones y denuncias sobre cuestiones educativas (falta de vacantes, etcétera).

Por otro lado, y en relación concreta con las aulas *containers*, en alguna entrevista particular con integrantes de la ONG, una ex directora de Infraestructura del Ministerio de Educación local, manifestó que como consecuencia de la visibilidad pública del caso, ella consideraba que en la ciudad ya no se podía proponer como solución, ni siquiera de emergencia en algún caso puntual, la colocación de un aula modular, aunque técnicamente y en términos de racionalidad y razonabilidad esa solución podría ser aconsejable y productiva en no pocos casos, y ella consideraba esa situación como un resultado (ciertamente disvalioso) de la acción pública de la ONG sobre el tema.

En relación con las comunidades educativas, el caso generó cierta autoconsciencia acerca de la injusticia de la situación. Algunas asociaciones de maestros están cooperando con ACIJ en iniciativas tendientes a incidir sobre la desigualdad de oportunidades educativas. La directora de la escuela más comprometida en el conflicto fue designada para participar de un programa especial del gobierno local de atención prioritaria a escuelas de zonas desaventajadas (programa ZAP, que desarrolla distintas iniciativas pedagógicas, generalmente de con características de experiencias piloto, tendientes a fortalecer las oportunidades educativas de niños y niñas que atienden a escuelas en contextos de riesgo social).

6. A. El Estado no delibera ante los tribunales, no acusa recibo público de las razones y juega estratégicamente frente a las órdenes judiciales

Las intervenciones públicas de los funcionarios relativas a las decisiones judiciales se mantienen en la lógica política típica en la arena local. La decisión judicial es tratada como se trata una crítica política, una denuncia de la oposición o de prensa que se presume interesada. En ningún caso se asigna públicamente a la justicia la posición de una voz imparcial, basada en la Constitución, autoritativa, etc. En la esfera judicial tampoco existe de parte del Estado una actitud de deferencia o respeto a la autoridad y decisiones judicial. El proceso es una arena más de la lógica de acción general de la administración.

En este marco, no se identifica ni percibe impacto alguno de la intervención judicial en el comportamiento estatal analizado en términos de “códigos” de comunicación, diálogo institucional, procesamiento institucional de las directivas judiciales.

El contacto con funcionarios de perfil técnico que los casos generaron revela que es muy probable que estos casos hayan tenido impacto en su trabajo, y lo tengan hacia el futuro, en la medida en que se han hecho más concientes de ciertos “riesgos” relativos a algunas de las opciones técnicas disponibles, más allá de que en todos los casos, la intervención del Poder Judicial sea vista como injustificada.

Hacia adentro del proceso, la reacción del Estado frente a las decisiones judiciales (tanto cautelares como definitivas) son evidentemente estratégicas, y de un nivel muy básico. En todos los casos, la conducta fue la misma: a) los decisores de las políticas públicas no se involucran personalmente en el caso; b) los abogados del Estado realizan una “defensa mecánica” de su interés, con mínimo intercambio con las áreas políticas; c) esas mismas dinámicas se manifiestan en las audiencias orales que se convocan en los procesos, y d) las caras visibles del Estado en los juicios son funcionarios de tercera línea, sin ninguna capacidad decisoria.

La “agenda estratégica” del Estado en los proceso ha consistido sistemáticamente en demorar todo lo posible en hacer lo que la justicia ordena, incluso mediante el incumplimiento total o parcial de las decisiones –realizado casi como un método– hasta que el tribunal y la otra parte van removiendo los obstáculos jurídicos y fácticos que separan la toma de la decisión de su cumplimiento.

Solamente en el caso “Aulas *containers*”, el Estado consintió la decisión judicial y la cumplió de manera sustancial en el plazo fijado. Esta conducta puede explicarse por la alta sensibilidad política y social que la ecuación suele generar, y los costos de imagen que generan los conflictos en esta área. De hecho, la reacción mediática del Estado, desde el propio comienzo de la denuncia pública tiene igual lógica de silenciar el conflicto para neutralizar su impacto negativo en la prensa.

6. B. La utilidad de la justicia: cerca de los afectados, visible en los medios pero lejos del cambio estructural

Los casos realizados con participación de los afectados fueron percibidos por estos como una experiencia de aprendizaje, de descubrimiento sobre el uso del derecho, los abogados y las abogadas, y la justicia para obtener beneficios del Estado.

Por otro lado, los líderes comunitarios no tuvieron dificultades para traducir su situación a un lenguaje de derechos cuando tuvieron acceso a los medios de comunicación, como resultado de la difusión pública de las sentencias en su favor. En este sentido, el efecto retórico o comunicacional de estos casos en los líderes comunitarios es perceptible, y probablemente ello sólo ocurre cuando han participado y se han adueñado de la gestión del conflicto. El paso por este tipo de experiencias los coloca frente a los funcionarios públicos en una perspectiva diferente, de mayor empoderamiento, que pone en otro nivel la dinámica de su relación.

También han resultado significativas en este proceso las acciones de comunicación relativas a los casos tuvieron recepción mediática, y más allá de las diferencias puntuales en su estrategia. En relación con los medios se pudo observar que sus dinámicas de cobertura cambiaban de manera consistente con una serie de variables, entre las que se destacan: la dimensión visual de los casos (los casos con mayor impacto visual tuvieron mayor cobertura); la dimensión social de la noticia, frente a los aspectos más institucionales o legales (por ejemplo, el problema de la falta de agua en la villa tuvo comparativamente mayor cobertura que la decisión del tribunal de multar al funcionario que no cumplía la orden de proveer agua) y la orientación política del medio (por ejemplo, el diario *La Nación* resultaba comparativamente más receptivo a las noticias críticas al gobierno local que el diario *Clarín*).

Finalmente, y sin perjuicio de lo señalado acerca del impacto de estos procesos hacia los afectados y la opinión pública en general, también concluimos que en ningún caso la identificación judicial de una situación de políticas públicas inconstitucionales condujo a un replanteo autónomo y efectivo de tales políticas por parte de la administración. Al menos ninguno que se haya comunicado, o se pueda observar en los registros públicos.

La reacción del Estado se circunscribe al caso judicial, y siempre tiene la dinámica que hemos identificado precedentemente. Mientras dicha tendencia se mantenga, la posibilidad de que la justicia opere como motor de cambios estructurales dependerá de que lleguen a ella casos que en sí mismos tengan un alcance estructural, aunque la receptividad judicial a este tipo de casos pueda ser más dudosa.



Capítulo V

Libertad sindical y mecanismos institucionales de tutela: un análisis crítico a la luz de su eficacia como garantía de los derechos sindicales

Luis Campos*

Introducción

Las características del actual proceso económico han vuelto a ubicar al conflicto laboral en el centro de la escena de la puja distributiva. Mientras a finales de la década de los 90, el sector más dinámico había estado constituido por los trabajadores desocupados, la nota distintiva de los conflictos desarrollados en los últimos cinco años ha sido la presencia de grupos de trabajadores y trabajadoras ocupadas, con mayor o menor grado de organización.

En este contexto, el objetivo de este trabajo será analizar las características de los mecanismos administrativos y judiciales previstos para resolver conflictos referidos específicamente a la libertad sindical y, en términos más generales, a los derechos sindicales.

Para ello, clasificaremos estos conflictos según refieran al derecho de asociación (trámites de inscripciones y personerías gremiales, intervención interna en la vida de la organización sindical, despido de dirigentes sindicales), a la negociación colectiva y al encuadramiento, y al ejercicio de la huelga. Esta enumeración, si bien no agota los aspectos referidos a los derechos sindicales, permite abordar la mayoría de los conflictos suscitados.

En cuanto a la metodología de exposición, realizaremos, en primer lugar, una breve descripción de las características que estas herramientas poseen en términos generales, para luego ilustrar su aplicación en la práctica con la referencia a casos concretos.

Al respecto, las conclusiones de este trabajo permiten dar cuenta de la ineficacia de los mecanismos institucionales que el Estado ha previsto para el ejercicio y tutela de los derechos sindicales, proveniente tanto de la existencia de obstáculos normativos, como de su aplicación en la práctica por parte de las autoridades administrativas y judiciales.

* En coautoría con José Gabriel Aguilar, Marcos Ambruso, Julia Campos, Guillermo Gianibelli, Javier Izaguirre, Horacio Meguira y Verónica Quinteros.

Ello no impide que las organizaciones de trabajadores desarrollen acciones sindicales sino que, por el contrario, fuerza a aquellos grupos que no pueden canalizar el conflicto a través de los mecanismos institucionales, a fortalecer otras estrategias, provocando, en algunos casos, que discusiones de índole estrictamente laboral se planteen, también, en la órbita de la justicia penal.

De esta manera, la existencia de mecanismos institucionales efectivos que puedan ser ejercitados por la totalidad de los grupos de trabajadores en el marco de sus estrategias sindicales se transforma, como veremos, en una herramienta necesaria para garantizar la democratización de las relaciones sociolaborales.

1. Una aproximación a la situación de la libertad sindical en la Argentina

La discusión sobre la situación de la libertad sindical en nuestro país se inserta en un debate más amplio referido a las características que asume el modelo constitucional. En efecto, el desarrollo de un movimiento sindical libre y democrático constituye un elemento imprescindible en la construcción de un Estado social de derecho, en los términos previstos en los artículos 14 *bis* y 75, inc. 22, de nuestra Constitución Nacional, y específicamente vinculados al accionar colectivo de los trabajadores, en los convenios 87 y 98 de la OIT.

En dicho modelo constitucional, los derechos laborales requieren, para su efectiva vigencia, de sujetos colectivos que puedan contrapesar la existencia de una desigual distribución de poderes en la sociedad. Por ende, garantizar la plena vigencia de la libertad sindical contribuye a profundizar el proceso de democratización de las relaciones sociales.

En el ámbito infraconstitucional, las normas fundamentales que regulan la actividad sindical son las leyes 14.250, de negociación colectiva, y 23.551, de asociaciones sindicales. Este conjunto conforma el llamado “modelo sindical argentino”, cuyas principales características son:

- Se reconoce la posibilidad de constituir sindicatos libremente, y de afiliarse o desafiliarse de los preexistentes.
- El Estado otorga una personería gremial al sindicato que cuenta con mayor cantidad de afiliados, asignándole la facultad de ejercer, en forma exclusiva, los siguientes derechos: la negociación de convenios colectivos de trabajo, el ejercicio del derecho de huel-

ga, la representación de los intereses colectivos de los trabajadores comprendidos en la personería gremial, la convocatoria a elecciones para la designación de los representantes sindicales en la empresa, la tutela sindical para sus dirigentes, la imposición al empleador de la obligación de actuar como agentes de retención de los aportes y contribuciones sindicales. Estas facultades se ejercen independientemente de los niveles efectivos de representación de dicha organización sobre los trabajadores que participan de un conflicto específico.

– La capacidad de acción colectiva de las organizaciones simplemente inscriptas es residual, sujeta a la inexistencia en su ámbito de actuación de una organización con personería gremial¹.

– Existe un mecanismo por medio del cual las organizaciones simplemente inscriptas pueden disputar la personería gremial de aquella organización que ostente tal reconocimiento. A tales efectos, el sindicato peticionante debe acreditar un universo de afiliados cotizantes que supere en un diez por ciento, por un lapso ininterrumpido de seis meses, a la organización con personería gremial.

– El Ministerio de Trabajo de la Nación actúa como autoridad de aplicación, por lo que cuenta, entre otras, con las siguientes facultades: dictar las normas reglamentarias de las leyes que regulan la actividad sindical, llevar un registro especial ante el cual deben inscribirse las organizaciones sindicales, supervisar y resolver comoalzada en conflictos inter e intrasindicales, homologar los convenios colectivos de trabajo celebrados entre organizaciones sindicales y organizaciones patronales.

En este marco se insertarán las acciones promovidas por diferentes organizaciones de trabajadores a fin de tutelar la libertad sindical y los derechos colectivos en general. Como veremos, este diseño particular opera como causa de una cantidad de conflictos y determina, en gran medida, la insuficiencia de los mecanismos institucionales de protección.

¹ En la actualidad, un total de 2.826 asociaciones sindicales se encuentran inscriptas ante la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales (DNAS). De todas ellas, 1.419 habían adquirido la Personería Gremial, mientras 1.407 asociaciones sindicales permanecían simplemente inscriptas.

2. El litigio en sede administrativa

2. A. Libertad de asociación

La promoción de acciones administrativas vinculadas a la libertad de asociación es una constante en la vida diaria de las organizaciones sindicales.

En tal sentido, un análisis exhaustivo de dichas prácticas excede el marco de este trabajo. Por ende, nos limitaremos a desarrollar la utilización de estos procedimientos en dos de los aspectos centrales: por un lado, los trámites de inscripción y de personería gremial; por el otro, la intervención estatal en la vida interna de la asociación, principalmente en el desarrollo de los procesos electorales.

2. A. I. Inscripciones y personerías gremiales

A fin de poder actuar dentro del marco normativo, toda organización sindical requiere inscribirse en el registro especial que, a tal efecto, lleva el Ministerio de Trabajo de la Nación. Sin embargo, como hemos señalado anteriormente, esta inscripción no basta para desarrollar una efectiva acción sindical, ya que numerosas facultades están reservadas con exclusividad a la organización que cuenta con personería gremial.

En consecuencia, el análisis de los procedimientos tendientes a obtener la inscripción y la personería gremial tiene una importancia fundamental, en tanto mecanismo que permite el ejercicio y defensa de otros derechos sindicales.

En este contexto, la modalidad que asumen estos procedimientos da cuenta de la existencia de prácticas dilatorias y arbitrarias por parte del Ministerio de Trabajo, que operan como verdaderos obstáculos para el desarrollo de la acción sindical.

Entre estas prácticas podemos señalar:

- La imposición de un modelo obligatorio de estatuto sindical, o la realización de innumerables observaciones al estatuto de la organización;

- El incumplimiento de los plazos previstos en la ley de procedimientos administrativos en la totalidad de las resoluciones, circunstancia que provoca que estos trámites se prolonguen por años;

- La indeterminación de la preclusión de las etapas procesales, por lo que resulta habitual que la autoridad administrativa dicte resoluciones que implican volver a un estadio procesal anterior;

– La existencia de amplios márgenes de discrecionalidad que son utilizados por la administración, según el vínculo que posea con la organización sindical en cuestión;

– La inexistencia de mecanismos que garanticen la publicidad de las resoluciones y dictámenes de las distintas dependencias del Ministerio de Trabajo, posibilitando que, en casos similares, se resuelva de manera contraria.

Una consecuencia directa de estas prácticas es la prolongación de los plazos, cuya verdadera finalidad es provocar que el paso del tiempo actúe como un verdadero rechazo de la solicitud de inscripción o personería.

En efecto, durante la tramitación de este proceso los empleadores pueden adoptar medidas de represalia contra los miembros fundadores y los dirigentes de sindicatos simplemente inscriptos, quienes sólo pueden defenderse a través de la promoción de conflictos que, por otra parte, no son reconocidos por la ley, ya que no emanan de una organización con personería gremial, única habilitada a tales efectos.

El trámite de inscripción sindical del Sindicato Regional Unión del Personal de Panaderías de Villa María resulta muy ilustrativo al respecto. Esta entidad gremial fue fundada en el año 1905, y desde entonces ha representado a los trabajadores del sector en forma ininterrumpida.

La solicitud de inscripción gremial fue presentada recién en el año 1997². A pesar de tratarse de la “simple inscripción en un registro especial”, según los términos del artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional, este pedido fue resuelto por el Ministerio de Trabajo luego de más de siete años, el 29 de diciembre de 2004. Posteriormente, en agosto de 2005, el sindicato solicitó la verificación de los requisitos para acceder a la personería gremial.

Sin embargo, el Ministerio de Trabajo continuó adoptando numerosas medidas irrazonables y obstructivas. Entre ellas, la más significativa consistió en exigir a la entidad sindical la acreditación del universo de trabajadores de la actividad. Ello obligó a la organización gremial a solicitar a todas las municipalidades de los departamentos de Villa María que informen las empresas con sus respectivos códigos únicos de identificación tributaria, para luego

² Los orígenes anarquistas de esta organización provocaron que las posiciones de sus fundadores, que consideraban al Estado como “enemigo de la clase”, se prolongaran hasta 1997 como argumento para no solicitar al Ministerio de Trabajo el control de una legalidad que consideraban ajena.

requerir a la Administración Federal de Ingresos Públicos la información sobre la cantidad de trabajadores que se desempeñan en dicho sector.

Finalmente, la AFIP envió la información en soporte magnético, y ello motivó el rechazo del Ministerio de Trabajo, quien exigió la presentación de la información en soporte papel, circunstancia que fue rechazada por la AFIP. En consecuencia, al momento de elaborar este documento la solicitud de personería gremial presentada por la organización sindical sigue aún pendiente de resolución.

Este tipo de obstáculos de hecho se complementa con la existencia de impedimentos normativos para el reconocimiento de la personería gremial a determinadas organizaciones de trabajadores. En efecto, la ley 23.551 promueve la conformación de sindicatos de actividad. Como derivación de ello, los artículos 29 y 30 imponen prohibiciones u obstáculos al reconocimiento de la personería gremial a sindicatos de empresa, cuando obrare en la zona de actuación y en la actividad o en la categoría una asociación sindical de primer grado o unión. Por su parte, los sindicatos de oficio, profesión o categoría, deben demostrar la existencia de intereses que justifiquen una representación diferenciada para poder acceder a la personería gremial.

Estas disposiciones fueron utilizadas en los pedidos efectuados por el Sindicato de Trabajadores de la Lockheed (SITLA) y por Unión de Personal Jerárquico del Banco de la Provincia de Buenos Aires (UPJBP).

En el caso del SITLA, el rechazo del otorgamiento de la personería gremial se fundamentó en el texto del artículo 29, a pesar de tratarse de un sindicato que afilia a más del 80% de los trabajadores de la empresa en cuestión, prevaleciendo la existencia de sindicatos de actividad cuyo ámbito de personería incluye a los trabajadores de dicha empresa.

Por su parte, el rechazo al pedido de la UPJBP remitió al artículo 30, ya que, según el Ministerio de Trabajo, la existencia de una organización de actividad (Asociación Bancaria), independientemente de sus niveles de afiliación en el ámbito en cuestión, resultaba un obstáculo insalvable.

2. A. II. Intervención en la vida interna de las organizaciones sindicales: procesos electorales

La intervención de la autoridad administrativa como órgano de supervisión de los procesos electorales sindicales se vincula a la

necesidad de garantizar la efectiva vigencia de la democracia sindical. Como veremos a continuación, la utilización de mecanismos administrativos en el marco de las elecciones sindicales no constituye una herramienta eficaz para tutelar la democracia sindical.

Por un lado, la existencia de numerosos obstáculos formales en el ámbito asociativo se impone como una primera valla que, normalmente, impide acceder siquiera al ámbito administrativo. En efecto, los oficialismos sindicales usualmente controlan todos los aspectos formales vinculados al acto eleccionario. De esta manera, cuentan con la facultad de organizar la convocatoria, designar a las autoridades electorales y, en términos generales, determinar los requisitos que deben cumplir los candidatos para poder presentarse a los actos electorales. En este sentido, la utilización abusiva de estas facultades puede imponer una limitación al ejercicio de los derechos sindicales de los grupos de trabajadores opuestos a la conducción del sindicato.

Dentro de este contexto se destacan, por un lado, el adelantamiento excesivo de las convocatorias electorales, que es utilizado como una forma de desacomodar a las minorías, y, por el otro, el exiguo plazo que se otorga luego del llamado a elecciones para la presentación de candidatos. En este último caso, el plazo es de diez días, por lo que si la convocatoria se realiza con mucha anterioridad al vencimiento de los mandatos, y su publicación se efectúa en medios que no son de circulación masiva, es factible que ello redunde en la pérdida de la oportunidad de las oposiciones para participar de los actos electorales.

Frente a esta situación, la utilización de los mecanismos administrativos por parte de estos grupos de trabajadores se enfrenta a un conjunto de obstáculos adicionales. En efecto, usualmente el Ministerio de Trabajo utiliza estas atribuciones para incidir en la vida interna de las asociaciones sindicales, favoreciendo a aquellos grupos que le son más afines. Al respecto, si bien la autoridad administrativa posee la facultad de controlar la legalidad de los procesos electorales sindicales³, la ley no establece en forma taxativa los plazos en los que debe pronunciarse, posibilitando que un manejo arbitrario de los tiempos redunde en una limitación de los

³ Ver la sentencia de la CSJN en el caso “Juárez, Rubén F. y Otro c/Estado Nacional”, en *DT*, 1990-A-1170.

derechos de los grupos opositores, ya que, a través de la dilación de los procesos, se impide el agotamiento de la vía administrativa y, de esa manera, el habilitamiento de la vía judicial.

En este contexto, existen dos elementos que determinan la suerte de este tipo de procedimientos.

Por un lado, la aplicación de la teoría de los actos propios y la preclusión de los actos procesales. De esta manera, aquellos grupos que desean impugnar el proceso electoral se encuentran frente a la disyuntiva de no presentarse a las elecciones, con el riesgo de que su impugnación no prospere, o presentarse, a costa de convalidar, con su presencia, los vicios denunciados. Por el otro, una vez desarrollado el acto eleccionario los triunfadores imponen la teoría de los actos consumados, por lo que cualquier intervención posterior tanto de la autoridad administrativa como judicial deviene abstracta, y la afectación a los derechos sindicales queda consumada.

En consecuencia, se trata de un proceso que se corresponde con una estructura sindical cuyo nivel de democracia interna es muy débil. Un ejemplo de esta situación se verificó en las elecciones llevadas adelante en el Sindicato de Trabajadores Municipales de Lanús, a fines de 2006.

El acto que originó la impugnación por parte de una agrupación opositora fue la asamblea que designó a la Junta Electoral. Las irregularidades denunciadas, y reconocidas como tales por el Ministerio de Trabajo, fueron las siguientes:

- Las mociones fueron aprobadas por el Secretario General y una minoría inmediata a la mesa de la Asamblea;
- El Secretario General no permitió el uso de la palabra a algunos afiliados;
- El orden del día fue aprobado pese a que habían quedado afiliados fuera del recinto, cuya capacidad sólo podía albergar al quince por ciento del padrón de afiliados, y a que algunos afiliados no habían tenido derecho a mocionar ni a emitir su voto.

Frente a esta situación, las agrupaciones opositoras igualmente decidieron participar de la elección, sin perjuicio de mantener su impugnación a la asamblea que había designado a la Junta Electoral. Para el Ministerio de Trabajo, este hecho fue suficiente para rechazar la impugnación. Sin embargo, en su resolución no se privó de “advertir a la entidad que, por esta única vez, se convalida lo hasta aquí actuado por la Junta Electoral y que en ade-

lante será declarado ineficaz el acto asambleario que adolezca de las irregularidades *ut supra* mencionadas⁴.

En efecto, dicha advertencia sólo podrá efectivizarse con motivo de la próxima renovación de autoridades sindicales, por lo que la utilización de los mecanismos administrativos, en este caso, demostró su ineficacia a fin de tutelar el ejercicio de la democracia sindical.

2. A. III. Intervención en la vida interna de las organizaciones sindicales: conformación de comisiones internas

Finalmente, destacaremos la inexistencia de mecanismos institucionales que permitan que grupos de trabajadores, por fuera de las decisiones de los sindicatos con personería gremial, puedan conformar comisiones internas y designar delegados en el lugar de trabajo.

En efecto, el artículo 41 de la ley 23.551 establece que los delegados del personal, las comisiones internas y organismos similares deben ser elegidos en comicios convocados por la respectiva asociación sindical con personería gremial. A su vez, a pedido de dicha asociación el Ministerio de Trabajo podrá autorizar la celebración en lugar y horas distintos, cuando existieren circunstancias atendibles que lo justifiquen.

Por su parte, el artículo 25 del decreto reglamentario (467/1988) dispone que las elecciones deban realizarse con no menos de diez días de antelación al vencimiento del mandato de los que deban ser reemplazados, y que su convocatoria deba ser dada a publicidad, para conocimiento de todos los trabajadores del establecimiento o lugar de trabajo, con una anticipación no menor de diez días al acto electoral.

De esta manera, se desprende la inexistencia de mecanismos que permitan impulsar la designación de los representantes directos en los lugares de trabajo cuando este intento de ejercitar los derechos sindicales proviene de grupos de trabajadores al margen de la asociación sindical con personería gremial.

Ello conduce, por otra parte, no sólo a la violación de los derechos sindicales, sino que opera como causa de la promoción de

⁴ Dictamen de la Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales, de fecha 20 de octubre de 2006, en el expediente 1-215-82.000/2006.

numerosos conflictos de representación. En efecto, este tipo de situaciones se han producido recientemente en actividades tan dispares como la elaboración de aguas y gaseosas, en establecimientos de juego y azar y en lavaderos industriales.

En el primer caso, el intento de los trabajadores de la embotelladora de Coca-Cola culminó con la negativa del Sindicato de Trabajadores de la Industria de Agua, Gaseosas y Afines (SUTIAGA) a convocar a elecciones de delegados, pese a que en dicho establecimiento desde hace quince años cuentan con representantes sindicales. Dicha negativa fue seguida, posteriormente, por la existencia de amenazas y agresiones a los representantes de hecho de los trabajadores.

Una situación similar fue atravesada por los trabajadores del Casino de Buenos Aires, quienes conformaron una comisión interna a pesar de la oposición del Sindicato de Trabajadores de Juegos de Azar, Entretenimiento, Esparcimiento, Recreación y Afines (ALEARA). En este caso, la designación de los representantes sindicales en el establecimiento pudo garantizarse luego de la promoción de un conflicto por parte de los trabajadores, que contaron con el apoyo de otras organizaciones sindicales y políticas. Como conclusión de este proceso, se celebró un convenio colectivo de trabajo para el ámbito de dicha empresa, reconociendo expresamente la intervención de la comisión interna en todos los asuntos que afecten a dicho colectivo de trabajadores.

Finalmente, los trabajadores del Lavadero Virasoro de Rosario también debieron enfrentar la oposición de la Unión de Obreros y Empleados Tintoreros, Sombrereros y Lavaderos (UOETSyL) a realizar la convocatoria para designar representantes sindicales en el establecimiento, llegando a obstaculizar la afiliación del conjunto de los 400 trabajadores de la empresa.

Dicha negativa fue seguida por el despido de más de 50 trabajadores por parte de la patronal, originándose un conflicto que contó con la adhesión de numerosas organizaciones sindicales, y que permitió, en primer lugar, reincorporar a los trabajadores cesanteados, y posteriormente forzar el encuadramiento de dicha planta en la actividad química, conformando una comisión interna dentro del Sindicato Único de Trabajadores Químicos y Petroquímicos de Rosario (SUTRAQUIP).

2. B. Negociación colectiva y encuadramiento

La negociación colectiva es uno de los derechos sustantivos en los que se juega la libertad sindical. El correlato natural de la organización de los trabajadores es la discusión colectiva de sus condiciones de trabajo. Por ende, toda decisión o intervención externa sobre los alcances de este derecho implica determinar su vigencia y efectividad. En nuestro sistema, las resoluciones sobre la representatividad del sujeto colectivo, a través de los denominados “encuadramiento sindical” o “convencional”, establecen la capacidad representativa de los sindicatos⁵. Ello importa un elevado grado de intervencionismo estatal al momento de conferir esa capacidad representativa y, por ende, negar o excluir a otros sujetos colectivos el derecho a negociar colectivamente. Además, las resoluciones sobre la integración de la mesa negociadora de un convenio colectivo, y la legitimación que se establezca, también producen efectos sobre la representación de esos y otros sujetos.

El antecedente que, en nuestro régimen sindical, contamina todo el funcionamiento del sistema representativo se origina en la atribución exclusiva que confiere el acto de otorgamiento de la personería gremial por parte de la autoridad administrativa. Dicha personería estatuye y excluye el derecho a la negociación colectiva para el sindicato que la ostente y para los que carezcan de ella, respectivamente.

⁵ Entre ambos procedimientos de determinación existe una relación por la que el sindical precede al convencional. Por el primero se determina, sobre la base del ámbito de representación establecido en la personería gremial, qué sindicato representa a un conjunto de trabajadores de una empresa o lugar de trabajo, considerándose para ello la actividad principal de dicha empresa y su correlación con las descritas en la resolución de personería. En el convencional, se relaciona el ámbito descrito en el propio convenio colectivo con la actividad de la empresa. Por lo tanto, como dicho ámbito previamente debe haberse validado al momento de conformarse la unidad negociadora del convenio, nos vuelve a remitir a la personería gremial y, en su caso, a un eventual encuadramiento sindical previo. El encuadramiento convencional ha tenido diversas variantes. Durante la vigencia del decreto 105/00 se atribuyó especialmente al Ministerio de Trabajo la facultad de intervenir en él. Generalmente se ha sostenido que dicha facultad es exclusiva del Poder Judicial. No obstante, en tanto el antecedente necesario del encuadramiento convencional es el sindical, y éste se decide en sede administrativa, la incidencia de la administración es preponderante.

Por ende, en materia de negociación colectiva la libertad sindical parece estar reservada a las discusiones entre los sindicatos ya reconocidos como asociaciones sindicales con personería gremial, eliminando de toda controversia a las asociaciones sindicales simplemente inscriptas.

No obstante, como se verá, un aspecto nada desdeñable se verifica respecto a los mencionados conflictos de encuadramiento cuando los sujetos en disputa conciernen a sindicatos con diferente “peso” o incidencia política, susceptible de incidir en la decisión administrativa y de ese modo convalidar una política expansiva de representación, en desmedro de otros sindicatos con menor inserción⁶.

En efecto, tanto el encuadramiento sindical como el convencional se deciden, primariamente, en sede administrativa. Ello determina una preponderante actuación del órgano administrativo, con efectos inmediatos sobre la capacidad de representación de los sujetos.

En este contexto, los mecanismos administrativos serán el ámbito de las discusiones referidas al ejercicio de los derechos sindicales, vinculados a la negociación colectiva y al encuadramiento, tanto por parte de organizaciones con personería gremial, como por sindicatos simplemente inscriptos y por grupos de trabajadores.

2. B. I. Negociación colectiva

En materia de negociación colectiva podemos diferenciar dos situaciones particulares. Por un lado, la existencia de obstáculos en el propio proceso de negociación; por el otro, la inexistencia de canales de participación para aquellos grupos de trabajadores que, si bien forman parte del colectivo alcanzado por la negociación, no están integrados al sindicato con personería gremial, principalmente aquellos que conforman sindicatos simplemente inscriptos

⁶ Esto fue visualizable en la década del 90 respecto de la Federación de Comercio, que fue expandiendo su representación en sectores como el portuario excluyendo a los sindicatos específicos de dicha actividad. En la actualidad, este proceso se verifica respecto de la Federación de Trabajadores Camioneros, que ha avanzado en desmedro de sectores como comercio y cerveceros.

o agrupaciones opositoras pero mayoritarias en una porción del ámbito de representación.

Dentro del primer grupo, es necesario destacar los obstáculos impuestos por el Ministerio de Trabajo a la homologación de los convenios colectivos de trabajo que impiden, de esta manera, garantizar la vigencia de mayores derechos consagrados a través de la negociación colectiva.

Este caso se verifica actualmente en el convenio colectivo celebrado entre la Asociación del Personal Directivo de los Ferrocarriles Argentinos (APDFA) y la Administración General de Puertos. Allí, la autoridad administrativa no homologó las escalas salariales pactadas, alegando que tratándose de una empresa estatal era necesario evaluar la viabilidad de los aumentos obtenidos, por lo que se atribuyó las facultades de realizar un control del mérito y la conveniencia del acuerdo celebrado entre las partes.

Desde entonces, se ha abierto un proceso administrativo que lleva más de cinco meses, sin que se haya logrado aún una resolución definitiva. El mecanismo administrativo para destrabar esta situación sería presentar un pedido de pronto despacho. Sin embargo, ante esta situación las instancias administrativas suelen adoptar resoluciones de carácter previo, para interrumpir los plazos procesales. El mecanismo más utilizado es la realización de observaciones formales a alguna de las cláusulas contenidas en el convenio colectivo, que pueden llegar a ser inagotables. En este sentido, el Ministerio de Trabajo habitualmente no realiza todas las observaciones juntas, y en muchos casos vuelve sobre sus propios pasos, dando lugar a un trámite circular que, por otra parte, impide agotar la vía administrativa, transformándose en un obstáculo insalvable para poder acceder a la instancia judicial.

El segundo grupo de obstáculos se verifica cuando no existen canales de participación para otros grupos de trabajadores, más allá del sindicato con personería gremial. En efecto, la legislación otorga a estas organizaciones la facultad exclusiva de representar los intereses colectivos dentro del ámbito de su personería gremial, independientemente del nivel de representación real sobre los trabajadores abarcados por la negociación, y de la existencia o no de otras organizaciones sindicales.

En este contexto, en aquellos casos donde la comisión interna no responde a los oficialismos sindicales se han verificado situaciones conflictivas, sin que el Ministerio de Trabajo habilitara ins-

tancias de participación más allá de la conducción del sindicato con personería gremial⁷.

El ejemplo más reciente de esta situación lo constituye el acuerdo colectivo celebrado entre la Unión Tranviarios Automotor (UTA) y Metrovías, pese a la oposición del cuerpo de delegados de los trabajadores de subterráneos, que no comparten la línea sindical de la conducción del gremio.

En idéntica línea se encuentran las acciones promovidas por distintas comisiones internas en la actividad bancaria, para oponerse al acuerdo colectivo celebrado por la Asociación Bancaria que, entre otras cuestiones, impone un aporte obligatorio a favor del sindicato, a cargo de la totalidad de los trabajadores de la actividad, aún de aquellos que conforman otras organizaciones sindicales.

Esta falta de intervención directa de los trabajadores en la negociación de convenios colectivos de trabajo se complementa con la inexistencia de canales de participación para los sindicatos simplemente inscriptos, que también ha operado como causa de la promoción de acciones en defensa de los derechos sindicales.

Entre otras, pueden citarse las impugnaciones realizadas, tanto en sede administrativa como judicial, por la Nueva Organización Sindical Gastronómica (NOS) al convenio colectivo de trabajo celebrado por la Unión de Trabajadores del Turismo, Hoteles y Gastronómicos de la República Argentina (UTHGRA).

2. B. II. Conflictos de encuadramiento

La resolución selectiva de los conflictos de encuadramiento por parte del Ministerio de Trabajo se vincula con la inexistencia de mecanismos institucionales que garanticen la intervención directa de los trabajadores en la resolución de estas contiendas.

Estos conflictos se han exacerbado a partir de la promoción de estrategias empresariales que tendieron a desmembrar las grandes empresas y a tercerizar parte de sus actividades. Al respecto, ejemplos de este proceso se encuentran, entre otras, en la actividad comercial, en la papelería y en la telefónica.

⁷ En este contexto se enmarca la falta de cumplimiento de la disposición del artículo 18 de la ley 25.877, que establece la obligación de garantizar la participación de las comisiones internas en las negociaciones colectivas celebradas a nivel de empresa. En efecto, del total de negociaciones por empresa homologadas en el año 2006, tan sólo en el 36% se garantizó el cumplimiento de este mandato legal.

En efecto, las “nuevas” empresas poseen una actividad distinta de aquella que desarrolla la empresa principal, circunstancia que se traduce en una modificación del encuadramiento, dando origen a un conflicto en el que intervienen numerosos actores: organizaciones sindicales, trabajadores, empresas y Ministerio de Trabajo.

De esta manera, en el caso de los grandes centros de distribución comercial (supermercados, mayoristas, etc.), el conflicto se originó luego del intento patronal de revertir el proceso de descentralización, ya que el convenio aplicable a la actividad tercerizada (camioneros) era más oneroso que el vigente en la empresa principal (comercio).

Por el contrario, en la actividad papelera se dio el proceso inverso, a partir del desmembramiento de la empresa Alto Paraná, que originó un conflicto referido a la representación de los trabajadores motosierristas entre el Sindicato de Obreros y Empleados Papeleros (SOEP) y la Unión Argentina de Trabajadores Rurales y Estibadores (UATRE), ya que las empresas tercerizadas desarrollan su actividad en el ámbito rural.

En ambos casos, producto de una estrategia patronal para disminuir los costos se han generado conflictos de encuadramiento en los que los trabajadores no han contado con instancias institucionales de participación, y han debido exteriorizar su posición a partir de la promoción de conflictos.

Por su parte, el Ministerio de Trabajo intervino con lógicas distintas. Mientras que en el conflicto que enfrentaba al sindicato de comercio con el sindicato de camioneros promovió el desmembramiento del colectivo de trabajadores, favoreciendo la posición más favorable a los trabajadores del sector de logística y yendo en contra de los intereses patronales, en el caso de la industria papelera actuó de manera inversa, favoreciendo la posición patronal y del sindicato cuyas condiciones laborales son menos favorables para los trabajadores, aun a pesar de la abierta oposición de éstos. En otros casos, la autoridad administrativa adopta una actitud pasiva, que permite que las empresas sean quienes, en la práctica, determinan el encuadramiento de los trabajadores.

Esta situación ha sido muy habitual en el ámbito de los servicios de atención telefónica, brindados por empresas contratistas de las compañías de servicio público (*call centers*). Estas empresas aplican a su personal las disposiciones del convenio colectivo de comercio, mientras que la Federación de Obreros y Empleados

Telefónicos (FOETRA Sindicato Buenos Aires) sostiene que dichos trabajadores deben encuadrarse en el ámbito del convenio de telefónicos. Para ello, solicitaron en reiteradas ocasiones que el Ministerio de Trabajo realice inspecciones laborales a fin de determinar el correcto encuadramiento de los trabajadores de los “call centers”. Sin embargo, la autoridad administrativa rechaza los pedidos alegando la insuficiente cantidad de inspectores.

2. B. III. Derecho de huelga

El derecho de huelga tiene en el derecho argentino dos limitaciones legales. La primera, temporal, mediante el procedimiento de conciliación obligatoria (ley 14.786). La segunda, objetiva, por afectar alguno de los denominados “servicios esenciales” (art. 24, ley 25.877).

La limitación temporal, que es susceptible de alcanzar a todos los sectores de actividad, y por ende a todos los sujetos colectivos, tiene una extensión de quince días hábiles administrativos, prorrogables por cinco días más, período en el cual se producen dos efectos sustantivos: uno, la suspensión del ejercicio de la huelga u otras medidas de acción directa; y otro, el de retrotraer “el estado de cosas” al momento anterior al acto o hecho que hubiese determinado el conflicto.

Sin embargo, la utilización de esta facultad por parte del Ministerio de Trabajo permite afectar el ejercicio del derecho de huelga. En efecto, la discrecionalidad con que la autoridad de trabajo determina el período de conciliación, parcializándolo en sucesivos períodos de cinco o diez días hasta agotar los veinte, aumenta la incertidumbre y lesiona la organización para llevar adelante el conflicto. A su vez, la segunda cuestión, de mayor gravedad, consiste en la aplicación de la ley 14.786 en más de una oportunidad para el mismo conflicto. Esto implica la suspensión sin plazos del derecho de huelga. Este ejercicio abusivo de la utilización de la conciliación obligatoria fue utilizado, entre otros, en los conflictos del Hospital Garrahan y de Aerolíneas Argentinas, en el año 2005.

La limitación objetiva alcanza a los servicios esenciales y su efecto es limitar el ejercicio de la huelga imponiendo el mantenimiento de “servicios mínimos” por lo que, a su respecto, implica la prohibición de la huelga para aquellos trabajadores que sean destinados a cubrirlos.

En este sentido, la ausencia de reglamentación específica⁸ permite que la autoridad administrativa extienda sin límites el concepto de “servicio esencial” y que fije los alcances de los servicios mínimos, afectando el ejercicio del derecho de huelga. Esta discrecionalidad ha permitido que el Ministerio de Trabajo de la Nación haya extendido el concepto de servicio esencial, entre otros, a los transportes (aéreo) o a la educación, y que las autoridades provinciales lo hayan hecho a la administración de justicia.

Asimismo, si bien el artículo 24 de la ley 25.877 establece que las partes deben garantizar los servicios mínimos, prioritariamente mediante la autorregulación, por vía de una mera resolución administrativa la autoridad de aplicación confiere tal atribución al propio empleador, que es a quien va destinada la medida de conflicto. Por ende, la autoridad administrativa le confiere al empleador la posibilidad, en la práctica, de neutralizar la huelga mediante el mero recurso de determinar que el servicio mínimo lo cumplan los trabajadores más activos sindicalmente y en quienes está generalmente depositado el éxito de la huelga.

En ambos casos, uno por expresa disposición legal (conciliación obligatoria) y otra por extensión en las atribuciones administrativas que se les confiere (servicios esenciales) la actuación de la autoridad administrativa se constituye en el *árbitro* principal de las relaciones de conflicto colectivo. Un aspecto común será el procedimiento recursivo de dichas decisiones administrativas y la inexistencia de vías aptas para cuestionar lo actuado.

En efecto, el mayor obstáculo para garantizar la efectividad del derecho de huelga frente a la intervención del Ministerio de Trabajo es la ausencia de vías recursivas eficaces. La discrecionalidad con que la autoridad ejerce sus atribuciones y el carácter ejecutorio que tienen sus resoluciones colocan a los sujetos colectivos

⁸ El artículo 24 de la ley 25.877 ha previsto expresamente el ajuste normativo de la reglamentación de la huelga en los servicios esenciales a la doctrina de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo. Sin embargo, la mora del Poder Ejecutivo en reglamentar dicho artículo supuso conferirle a la autoridad administrativa un amplio margen para la determinación de los servicios esenciales ante la ausencia del órgano que creó la ley para ello –la Comisión de Garantías–. Dictada la norma reglamentaria –Decreto 272/06–, la subsistencia de dichos excesos de atribuciones se mantienen en tanto la mencionada Comisión no ha sido conformada.

en un callejón sin salida entre acatar una resolución ilegal o arbitraria, o desconocerla y exponerse a los apercibimientos individuales (despidos) o colectivos (sanciones económicas) que ella contiene.

El recurso administrativo contra tales actos obliga a transitar el largo camino recursivo previsto por la Ley de Procedimientos Administrativos y, mientras tanto, a cumplir el acto impugnado. De esta manera, la propia dinámica del conflicto provoca que, en casi todos los casos, la resolución administrativa de las instancias superiores no llegue a producirse, ya que el tiempo transcurrido transforma en abstracto el recurso presentado. Ello opera, en los hechos, convalidando la ilegitimidad y saneando permanentemente los actos que afectan el ejercicio del derecho de huelga.

Finalmente, como veremos posteriormente, esta ineficacia se complementa con la ausencia de intervención cautelar de la autoridad judicial, que niega medidas precautorias que suspendan el acto administrativo impugnado, como pudo verse en las resoluciones de la Sala VIII de la Cámara de Apelación del Trabajo (CNAT), en el caso “Garrahan” o en la resolución de primera instancia, en idéntico sentido que el dictamen fiscal, en el caso “Aerolíneas”.

3. El litigio en sede judicial

3. A. Libertad de asociación

Las características de las acciones judiciales promovidas en defensa de la libertad de asociación deben ser analizadas a partir de considerar, con carácter previo, los obstáculos encontrados en sede administrativa.

En efecto, tanto en materia de inscripciones y personerías gremiales como también en la realización de procesos electorales, es el Ministerio de Trabajo el primer órgano que interviene, adoptando decisiones que, en la práctica, se tornan irreversibles. Asimismo, cabe destacar que, en casi la totalidad de las situaciones planteadas, las organizaciones sindicales deben agotar la instancia administrativa como paso previo a iniciar un reclamo judicial.

3. A. I. Inscripciones y personerías gremiales

Como hemos señalado, los trámites administrativos a fin de lograr la inscripción o la personería gremial pueden prolongarse

durante años, por lo que ello obsta contra la posibilidad de recurrir a acciones judiciales para garantizar la tutela de la libertad de asociación.

En este sentido, las acciones judiciales promovidas en el marco de reclamos por la inscripción gremial son casi inexistentes. Ello se debe, por un lado, a que muchos grupos de trabajadores desisten de su intención como consecuencia de los obstáculos impuestos en sede administrativa. Por el contrario, aquellos que han podido sortear este obstáculo, y mantienen la organización activa para entonces, suelen obtener el reconocimiento de su inscripción gremial en sede administrativa.

Distinta es la situación en los reclamos por personerías gremiales, donde sí existen antecedentes de acciones judiciales. Estas acciones se originan mayoritariamente, en conflictos vinculados a los alcances de los artículos 29 y 30 de la ley 23.551. En estos casos, la respuesta del Poder Judicial se ha caracterizado, por un lado, por convalidar la constitucionalidad de estas disposiciones y, por el otro, por demorar los plazos e imponer medidas previas que, como consecuencia, importan una dilación en la resolución de los planteos efectuados por las organizaciones sindicales.

Veamos la aplicación de estos supuestos en los casos citados al analizar la utilización de los mecanismos administrativos. En el reclamo judicial promovido por la Unión Personal Jerárquico del Banco de la Provincia de Buenos Aires frente al rechazo por parte del Ministerio de Trabajo a su pedido de otorgamiento de personería gremial, el Poder Judicial rechazó el recurso interpuesto por la asociación sindical, argumentando que el artículo 30 de la ley 23.551 importaba un obstáculo insalvable. Esta resolución quedó firme, puesto que el recurso extraordinario presentado por la organización sindical fue rechazado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación por aplicación de la facultad otorgada en el artículo 280 del CPCC.

En el caso del Sindicato de Trabajadores de la Lockheed, el trámite administrativo del pedido de personería gremial se prolongó durante años, y llegó a motivar la presentación de una queja ante el Comité de Libertad Sindical en el año 2003. Ante el rechazo del Ministerio de Trabajo (MT) a reconocer la personería gremial, el SITLA presentó un recurso judicial en mayo de 2005. Sin embargo, ello no implicó el cese de las dilaciones. Por el contrario, en el mes de marzo de 2006 la CNAT resolvió que no se habían ago-

tado todas las acciones en sede administrativa, por lo que devolvió el expediente al MT “a sus efectos”⁹, y allí se encuentra desde entonces.

Otro caso donde se pueden verificar este tipo de situaciones es en el marco de la cancelación de la personería gremial del Sindicato Único de Trabajadores de la Administración General de Puertos (SUTAGP) en 1989, luego de una solicitud efectuada por la Unión Ferroviaria (UF). Sin embargo, para entonces ya estaba vigente la ley 23.551 que impedía a la autoridad administrativa cancelar personerías gremiales.

Ello motivó que el SUTAGP recurriera ante la CNAT. Sin embargo, sucesivas faltas cometidas tanto en el ámbito administrativo como judicial provocaron que el expediente recién fuera resuelto por la CNAT en el año 2004. Entre otras cuestiones, el expediente debió ser reconstruido en dos oportunidades, ya que el Ministerio de Trabajo admitía que no podía hallarlo.

Ahora bien, a pesar de tratarse de un planteo de nulidad, que implicaba confrontar la resolución de la autoridad de aplicación de 1989 con las facultades que le confería la ley vigente, la CNAT resolvió que, debido al paso del tiempo, ya no estaba en condiciones de resolver, por lo que decidió devolver el expediente al Ministerio de Trabajo a fin de que realice una nueva compulsión¹⁰.

Una vez recibido el expediente, el Ministerio de Trabajo realizó la compulsión, pero como el SUTAGP y la UF discrepaban sobre qué base realizar la comparación (trabajadores del puerto, donde existe superposición de ambos sindicatos, según la SUTAGP, trabajadores ferroviarios en total, según la UF), la autoridad administrativa remitió nuevamente el expediente a la CNAT para que sea ella quien resuelva. Sin embargo, la CNAT sostuvo que esta resolución debía adoptarla el Ministerio de Trabajo, por lo que

⁹ Cabe destacar que, frente a esta resolución, el SITLA interpuso un recurso de aclaratoria a fin de que la CNAT precisara el alcance de los actos que debía realizar el Ministerio de Trabajo como paso previo a la resolución del recurso, ya que la resolución se limitaba a ordenar la remisión “a sus efectos”. Este recurso fue rechazado por la CNAT.

¹⁰ El mecanismo de compulsión se encuentra regulado en el artículo 28 de la ley 23.551, y tiene por objeto determinar la organización sindical más representativa en un determinado ámbito, a fin de otorgarle la personería gremial.

remitió nuevamente el expediente para su consideración. Actualmente el trámite no ha tenido resolución.

De esta manera, ya han transcurrido dieciocho años desde la cancelación de la personería gremial, y más de tres años desde la primera resolución de la CNAT. Sin embargo, el SUTAGP, pese a ser la organización más representativa en el ámbito de los trabajadores de la Administración General de Puertos, no cuenta con personería gremial.

Finalmente, resulta importante analizar el grado de efectividad en estos casos del amparo por mora, en tanto mecanismo judicial previsto para evitar la dilación en la resolución en sede administrativa. En este sentido, existen dos obstáculos principales que impiden resolver, por esta vía, las afectaciones a la libertad de asociación.

Por un lado, frente a la exigencia de “pronto despacho” en el ámbito administrativo, el Ministerio de Trabajo suele adoptar medidas dilatorias que “formalmente” instan el procedimiento. Entre ellas se cuentan la realización de observaciones a la documentación presentada, el ordenamiento de la producción de prueba o traslados por más que estos sean innecesarios, etcétera.

Por el otro, aún planteada la cuestión en sede judicial, los jueces son remisos a ordenar a la autoridad de aplicación la resolución definitiva del proceso, limitándose a reconocer la mora con relación a un paso procesal específico, y dando por cumplida la sentencia con la adopción de actos procesales intermedios, que no implican la obtención, por parte de la organización sindical peticionante, de una resolución definitiva.

Esta situación se verificó en el pedido de personería gremial realizado por la Central de Trabajadores Argentinos (CTA) el 23 de agosto de 2004. Luego de medio año de actos dilatorios y de la falta de resoluciones conducentes por parte de la autoridad administrativa, la CTA promovió una acción judicial de amparo por mora. La resolución judicial, dictada el 8 de junio de 2005, dispuso: “Declarar la mora administrativa y ordenar al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social –Dirección de Asociaciones Sindicales despache las actuaciones administrativas en el plazo de veinte días, ordenando correr traslado a la Confederación General del Trabajo de la solicitud de personería gremial formulado por la Central de Trabajadores Argentinos”.

De esta manera, la acción judicial sólo permitió resolver un paso procesal, dando por agotado el objeto del amparo por mora.

Si bien la acción resultó exitosa, lo cierto es que la resolución sobre el fondo de la cuestión aún hoy se encuentra pendiente.

3. A. II. Intervención en la vida interna de las organizaciones sindicales

En cuanto a la promoción de acciones judiciales vinculadas a la vida interna de las organizaciones sindicales, resulta paradigmático analizar la idoneidad de este mecanismo frente a conflictos intrasindicales, muchos de los cuales se originan en el marco de los procesos electorales.

Como hemos señalado, en estos casos, el Ministerio de Trabajo actúa como órgano de resolución de estos conflictos, y habitualmente su resolución deja poco margen temporal para cuestionar su decisión en el ámbito judicial.

En tales casos, la reticencia de los jueces a otorgar medidas cautelares provoca que la elección se realice antes del dictado de la sentencia, y ello motiva que el juez ni siquiera se pronuncie, declarando la cuestión abstracta, o que su sentencia no tenga ningún efecto práctico.

Este tipo de conflictos puede verificarse en diversas etapas de los procesos electorales, desde la conformación de la Junta Electoral hasta la expulsión del sindicato de los integrantes de listas opositoras al oficialismo. Esta última situación se verificó en el caso “Bianchi”. Aquí se trataba de una trabajadora que había sido expulsada por el sindicato por ser candidata de una agrupación opositora. Posteriormente, esta expulsión fue ratificada por la asamblea del sindicato. Frente a esta situación, el Poder Judicial, tanto en primera como en segunda instancia, sentenció que carece de facultades para revisar las consideraciones de la asamblea para resolver la cuestión de fondo, limitándose a realizar un control formal. Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) no abrió el recurso extraordinario presentado, invocando la facultad conferida en el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial.

3. A. III. Despidos de dirigentes y/o activistas sindicales

Un aspecto estrechamente ligado a la libertad de asociación, pero que posee ciertas particularidades específicas, es la utilización de mecanismos judiciales frente al despido de dirigentes y/o activistas gremiales como consecuencia de su actividad sindical.

Este tipo de acciones constituyen un ataque directo a la organización, puesto que a través de la represalia directa contra uno o varios dirigentes o activistas, los empleadores buscan desalentar la realización de actividades sindicales por parte del conjunto de los trabajadores.

Frente a este tipo de situaciones, la ley distingue taxativamente entre los dirigentes de organizaciones con personería gremial, de aquellos que desarrollan su actividad en sindicatos simplemente inscriptos. Por ende, el análisis de los mecanismos judiciales para proteger los derechos sindicales, en este caso, deberá partir de una breve consideración de las distinciones efectuadas por la ley.

En el ámbito de la empresa, la ley 23.551 sólo protege las funciones representativas de los trabajadores cuando son ejercidas por los miembros de organizaciones que poseen la personería gremial, por lo que únicamente los representantes de esas organizaciones se benefician de una protección especial que impide que sean despedidos sin un procedimiento previo consistente en una acción judicial de exclusión de tutela (art. 52).

Las acciones promovidas por estos representantes sindicales frente a su despido o a una modificación de sus condiciones laborales resultan eficaces, ya que permiten suspender los efectos de tales medidas, a través de la reinstalación o el reestablecimiento de las condiciones de trabajo, en un plazo relativamente breve.

Por el contrario, los dirigentes de sindicatos simplemente inscriptos encuentran en el marco normativo un obstáculo muy serio para defenderse frente a la adopción de represalias patronales como consecuencia de su actividad sindical, ya que carecen de toda protección especial.

Al respecto, el criterio jurisprudencial más extendido sostiene que “la correcta hermenéutica de los arts. 23, 25, 40, 41, 48 y 52 de la ley 23551, permite inferir que los trabajadores que ocupan cargos electivos o representativos en asociaciones sindicales sin personería gremial no gozan, en principio, de tutela sindical. Su representación queda limitada a los intereses individuales de sus afiliados, salvo cuando no hubiera en la misma actividad una asociación con personería gremial en cuyo caso sí pueden representar los intereses colectivos”¹¹.

¹¹ Tribunal Superior de Santa Cruz, “Perrota, Nicolás s/Servicios Públicos, Soc. del Estado”, sentencia del 08/07/1998. En un caso tramitado en la provincia de Tucumán, con motivo del despido de una dirigente sindical de una asociación sim-

Ahora bien, la misma ley 23.551 dispone en el artículo 47 una protección genérica de amparo de la libertad sindical, que podría ser utilizada para proteger a los representantes de asociaciones simplemente inscriptas de las represalias patronales por su actividad sindical.

Sin embargo, el análisis de los fallos judiciales muestra que los magistrados son reacios a su utilización, y cuando se han adoptado decisiones tendientes a tutelar el ejercicio de la libertad sindical, han recurrido a otras normas generales, como la ley antidiscriminatoria (ley 23.592), o a la aplicación de los tratados internacionales de jerarquía constitucional (Convenios 87 y 98 de la OIT, PIDESC, CADH), evitando ampliar el alcance de la protección específica prevista en el artículo 47 de la ley 23.551¹².

plemente inscrita, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia convalidó este criterio en los siguientes términos: “En el caso de autos, *la accionante no posee el carácter de representante gremial de un sindicato con personería, sino de una asociación simplemente inscripta, por lo que no posee el derecho a la reinstalación a su cargo* reconociendo que tiene derecho a las garantías de los arts. 47 y 53. *El reclamo de la actora, representante gremial de una asociación sindical sin personería gremial, no tiene respaldo normativo, sin perjuicio de reconocer a estos representantes sindicales el derecho a accionar por prácticas desleales* (Corte Sup. Just. Tucumán, “Valoy de Merino, Marta Ofelia c/Provincia de Tucumán s/sumarísimo”, sentencia del 14 de abril de 1999, el destacado nos pertenece). Este criterio es receptado, entre muchos otros, en fallos de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (“Yaru, Néstor Omar c/Cooperativa Agrícola Ganadera “La Defensa” Ltda. s/Diferencia de indemnización por despido”, sentencia del 11 de febrero de 1997; “Dagnino, Pedro Agustín c/Municipalidad de Morón s/Cobro de haberes”, sentencia del 20 de agosto de 2003; “Gerla, Oscar A. c/Municipalidad de la Costa s/Indemnización por despido agravado”, sentencia del 17 de noviembre de 1999; “Galarza, Oscar c/Subpga SA s/Acción de reinstalación”, sentencia del 19 de marzo de 2003”), del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut (“Melano, Carlos Alberto c/Impresora Chubutense S.R.L. s/Cobro de Haberes”, sentencia interlocutoria del 26 de marzo de 1992), y de la Cámara de Apelaciones del Trabajo de la Provincia de Salta (“Guelli, Héctor Ramón y otros c/Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal S.A. s/ordinario”, Sala I, sentencia del 23 de marzo de 1994).

¹² En los últimos años, los tribunales laborales han comenzado a aceptar reclamos presentados por dirigentes y/o activistas sindicales, víctimas de represalias patronales, que no contaban con la protección específica del artículo 52 de la ley 23.551 (ver, CNAT, Sala VI, entre otros, “Balaguer, Catalina Teresa c/Pepsico de Argentina S.R.L.”, sentencia del 10 de marzo de 2004; CNAT, Sala IX, “Greppe, Laura Karina c/Telefónica de Argentina S.A.”, sentencia del 31 de mayo de 2005; CNAT, Sala V, “Parra Vera, Máxima c/San Timoteo SA”, sentencia del 14 de junio de 2006). Sin embargo, aún dista de tratarse de una corriente generalizada y, como señalaremos al analizar las características de la protección prevista en el artículo 47 de la ley 23.551, tampoco ofrece una protección efectiva frente a las represalias derivadas de la actividad sindical.

De todas maneras, cabe destacar que aún siendo operativo el artículo 47, su tutela de la libertad sindical no es de ningún modo comparable al denominado “fuero sindical”, previsto en el artículo 52, porque éste constituye un mecanismo “preventivo”, es decir, que se anticipa a las hipotéticas injerencias antisindicales del empleador, impidiéndolas. Este mecanismo “preventivo” impide *ex ante* los despidos y suspensiones disciplinarias, obligando a iniciar previamente una acción judicial y en ella probar la existencia de justa causa para que proceda la respectiva medida expulsiva o disciplinaria.

En cambio, la protección del artículo 47 conforma un recurso judicial *ex post*, es decir, que se activa luego del hecho consumado del despido o la modificación de condiciones o el acto discriminatorio y obliga al trabajador o sindicato afectado a interponer una acción judicial soportando la carga probatoria.

Esta situación se verificó en el caso “Castía”, promovido luego del despido de tres integrantes de la comisión directiva de un sindicato simplemente inscripto por parte de la empresa Alto Paraná. Aquí se verificó una doble ineficacia de los mecanismos jurisdiccionales para responder frente a violaciones a los derechos sindicales. Por un lado, tanto el juez de primera instancia como la CNAT entendieron que no cabía una protección especial a representantes sindicales de una asociación simplemente inscripta, por lo que sólo correspondía la indemnización tarifada por el despido. Por el otro, aun de haber contado con una resolución judicial favorable, lo cierto es que para la fecha de resolución judicial de la CNAT el sindicato ya se había desarticulado. De esta manera, la violación a la libertad sindical se habría consumado de todos modos, por el efecto disciplinador que posee el despido en estos casos.

3. A. IV. Negociación colectiva y encuadramiento

Tal como hemos expresado anteriormente, la autoridad administrativa es quien resuelve, en primera instancia, los conflictos que se susciten en los procesos de negociación colectiva y encuadramiento.

Veremos entonces qué grado de revisión judicial existe según las prácticas vigentes. Adelantamos previamente que dicho recurso es escaso, dificultoso y se ve desalentado por las propias decisiones judiciales que adoptan, en general, los criterios de: a) intervención de la vía asociacional en materia de encuadramiento

sindical (lo que obliga, por ejemplo, a agotar la instancia en el Tribunal Arbitral que según los estatutos de la CGT es el órgano habilitado); b) prevalencia de la actuación administrativa en la determinación, limitando la revisión a supuestos de arbitrariedad; c) ausencia de vía procesal idónea.

En materia de encuadramiento sindical, la postura más cerrada respecto de su revisión judicial es aquella que considera que, por tratarse de un supuesto en el que no se indaga acerca del universo o ámbito de representación de una asociación sindical con relación a otra, sino de la calificación de un establecimiento determinado como presupuesto condicionante que la torne viable, la CNAT es incompetente para intervenir en relación a lo actuado por el Ministerio de Trabajo en los términos del artículo 59 de la ley 23.551¹³.

Dicha limitación recursiva se confirma cuando, como también es habitual, se sostiene que toda decisión relativa a una contienda intersindical de representación puede implicar la afectación de una personería gremial preexistente, por lo que en todos los casos debe asegurarse la debida bilateralidad en el proceso. Como en muchos supuestos no han intervenido todos los sujetos (por ejemplo, frente a la interposición de recursos por parte de un sindicato a un acto administrativo del Ministerio), se confina allí la discusión y se impide el tratamiento judicial¹⁴. A ello se suma el referido requisito de agotamiento de la instancia asociacional para los sindicatos adheridos a una organización de grado superior.

Con relación a la vía procesal idónea se abren dos perspectivas, en ambos casos para intentar un recurso efectivo y con la suficiente celeridad tratándose de actos administrativos que determinan la existencia de efectos inmediatos: por un lado, el recurso contemplado en el artículo 62 de la ley 23.551, o recurso directo, con competencia de la CNAT; por el otro, la acción de amparo o juicio sumarísimo previsto en el artículo 498 del CPCC. Sin embargo, numerosos precedentes de la propia CNAT, susten-

¹³ CNAT, Sala V, "Sindicato de Trabajadores de la Industria del Hielo c/Ministerio de Trabajo", del 24 de octubre de 1997.

¹⁴ CSJN, "Asociación Argentina de Actores c/Ministerio de Trabajo", del 31 de octubre de 2002.

tados la mayor de las veces en los dictámenes del Fiscal General, cierran ambas vías derivando la cuestión a un juicio de conocimiento ordinario¹⁵.

El círculo se cierra aún más cuando tratándose de actos impugnatorios de un Convenio Colectivo de Trabajo (CCT), por estar involucrada una cuestión de encuadramiento, se exige transitar un camino tortuoso como es el relativo a esta determinación previa, y por ende se convalida una norma que afecta derechos de terceros (trabajadores comprendidos en su ámbito o sindicatos que ven lesionado su derecho a la libertad sindical). Así se ha sostenido que no resulta procedente resolver una contienda intersindical de representación en el marco de una acción de nulidad de un acto homologatorio de un convenio colectivo, porque esto implica alterar el diseño legal preestablecido por el artículo 59 de la ley 23.551 para la composición de este tipo de controversias, y que la homologación del convenio, más allá de los cuestionamientos respecto de la legitimidad de las partes que lo suscribieron, cobra operatividad en los contratos individuales de trabajo¹⁶.

Por la notoriedad del caso, y la evidencia de la forma en que se resuelven muchos de estos conflictos, tanto en sede administrativa, como luego con su confirmación judicial, el caso denominado "Carrefour" es de obligada mención. En efecto, se trata aquí de un supuesto en el que, descentralización productiva mediante, la empresa principal adopta una decisión de externalizar sus actividades de logística, para lo cual subcontrata dichas tareas en terceras empresas que encuadran parte de su personal en el CCT de camioneros. Luego, decidida la reasunción de la actividad externalizada por la empresa Carrefour, quien aplica el CCT de su actividad principal, comercio, se plantea el conflicto intersindical entre ambas asociaciones. A pesar de estar regladas legalmente las

¹⁵ CNAT, Sala III, "Unión del Personal Jerárquico del Banco de la Provincia de Buenos Aires c/Ministerio de Trabajo", 25/8/2006; ídem, Sala VI, "Stieben, N. c/UTEDYC s/juicio sumarísimo", 13/9/2006. En ambos casos se cuestionaban normas de un CCT homologado que lesionaban derechos sindicales.

¹⁶ CNAT, Sala IV, sentencia N° 41807, del 28/11/2003, dictada en autos "Confederación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios c/Ministerio de Trabajo y Seguridad de la Nación s/Impugnación de Acto Administrativo"; en igual sentido, "Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios c/Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social s/nulidad de resolución", del 21/6/2006.

facultades de la autoridad del trabajo al respecto, a través de una vía sucedánea –facultades de fiscalización de la normativa aplicable, entre ella el CCT respectivo– el Ministerio de Trabajo sumarió a la empleadora por no aplicar el CCT de camioneros en uno de sus establecimientos, el dedicado a la logística y, con ello, automáticamente, determinó no sólo el encuadramiento sindical del personal sino que también su encuadramiento convencional.

El recurso judicial no fue propicio ni suficiente para una adecuada revisión de lo actuado en sede administrativa. El fallo de la CNAT en sus considerandos memora, para poner en evidencia la forma en que estos conflictos se resuelven administrativamente, en que a fin de solucionar el conflicto, se celebró una audiencia en la sede del Ministerio de Trabajo con la presencia de los Ministros de Trabajo y de Justicia, así como de otros funcionarios, entre la Federación Camioneros y Carrefour Argentina S. A. por el que ambas partes “acuerdan” –según reza el texto del acta–, que los trabajadores que se desempeñaban en el centro de distribución sito en Ruta 4 y Av. Olimpo, del Partido de Esteban Echeverría, serían transferidos a una empresa de logística cuyo personal estuviera encuadrado en el CCT 40/89, a partir de 1 de marzo de 2004, preservándose los derechos de esos trabajadores, lo que fue homologado en el mismo acto de la audiencia, dejando sin efecto la sanción impuesta en su consecuencia. No obstante ello la resolución judicial concluye en que como dicho acta es un “compromiso unilateral de Carrefour” de cumplir con una determinada norma colectiva, no es susceptible de recurso alguno y que lo actuado no implica resolución de encuadramiento en los términos de los artículos 59 y 62 de la ley 23.551¹⁷.

3. A. V. Derecho de huelga

Finalmente, la intervención del Poder Judicial frente a los conflictos colectivos promovidos en el ámbito del trabajo da cuenta de una serie de regularidades que inciden en la modalidad que adoptará el ejercicio de este derecho por parte de los trabajadores.

¹⁷ CNAT, Sala I, "Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios c/Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social de la Nación y otros s/acción ordinaria nulidad acto administrativo", 29/8/2006.

En primer lugar, existe una tendencia hacia la contractualización e individualización del conflicto, trasladando la discusión sobre la protección de este derecho a una instancia posterior.

En efecto, el Poder Judicial tiende a no adoptar medidas que puedan limitar el ejercicio de represalias por parte de los empleadores con motivo de la promoción de los conflictos, como podría ser el despido de los huelguistas. De esta manera, la discusión posterior en sede judicial individualiza el vínculo, y se limita a probar la existencia o no de la justa causa del despido, con las eventuales consecuencias indemnizatorias que conlleven sus resoluciones. Por ende, este mecanismo no permite proteger el ejercicio del derecho a huelga, afectado por la adopción de represalias por parte de la patronal, contribuyendo a su desactivación¹⁸.

En segundo lugar, existe una interpretación restrictiva de las organizaciones sindicales que poseen el derecho de convocar a la huelga. En efecto, la jurisprudencia mayoritaria entiende que el titular del derecho de huelga es la asociación sindical con personería gremial en el ámbito involucrado en el conflicto, independientemente de los niveles de afiliación que posea sobre el colectivo de trabajadores donde aquel se desarrolla.

Finalmente, debemos destacar la tendencia a promover la criminalización del conflicto, con pretendidos efectos disciplinadores. De esta manera, la individualización del conflicto se complementa con la persecución penal en contra de sus protagonistas. Este tipo de intervención judicial se realiza en aquellos conflictos que poseen una mayor visibilidad pública (por ejemplo, los casos de los Hospitales Garrahan y Francés, y el conflicto de subterráneos) o en aquellos en los que la protesta trasciende las fronteras del establecimiento y se instala en el espacio público (cortes de vías de comunicación). En estos casos, se advierte la intervención arbitraria de la justicia penal en el ámbito de conflictos netamente laborales. La ajenidad del fuero respecto a las relaciones de trabajo no ha impedido que fiscales y jueces, a través de forzados ensayos interpretativos de las conductas de los huelguistas, pretendieran encuadrarlas en algún tipo penal para provocar enton-

¹⁸ Al respecto ver, entre otros, CNAT, Sala X, "Ayala, Pablo Daniel c/San Antonio de Padua S.A. s/Despido", sentencia del 19 de abril de 2000.

ces distintos procesamientos por supuestas comisiones de distintos delitos.

En el conflicto del Hospital Garrahan, desarrollado durante el año 2005, la denuncia penal fue realizada por los inspectores del Ministerio de Trabajo, quienes alegaron haberse sentido coaccionados por los trabajadores.

Como consecuencia de esta denuncia, la justicia penal instruyó un sumario en el que indagó a cuatro trabajadores que ocupaban lugares de conducción en la protesta sindical. Luego de la realización de un conjunto de medidas de prueba ofrecidas por la defensa, la jueza interviniente dictó la falta de mérito, decisión que fue apelada por el fiscal y confirmada por la cámara de apelaciones.

Posteriormente, luego de la incorporación de nuevos medios de prueba la juez de primera instancia dictó el sobreseimiento de los trabajadores. Sin embargo, ante una nueva apelación del fiscal la cámara de apelaciones revocó la medida, y ordenó el procesamiento de los dirigentes sindicales por el delito de coacción agravada, que tiene una pena de entre cinco y diez años de prisión.

Este procesamiento fue dictado a mediados del año 2007, por lo que este tipo de intervención del Poder Judicial ha provocado que, en los últimos dos años, los dirigentes del conflicto sindical hayan estado sometidos a proceso, situación que se prolonga en la actualidad. Por su parte, las características que asumió el conflicto del Hospital Francés en el año 2006 dan cuenta de la combinación de medidas represivas contra los trabajadores que encabezan un conflicto sindical con su sometimiento a un proceso penal.

El origen de este conflicto se remonta al vaciamiento y posterior intervención de dicha entidad, que había motivado decenas de despidos y una creciente deuda salarial con los trabajadores. Frente al incremento en la intensidad del conflicto, el interventor dispuso contratar una “patota” que operara como guardia privada dentro del hospital, cuya primera acción de este grupo consistió en agredir físicamente a los trabajadores y a los periodistas que cubrían el conflicto.

La reacción inmediata de los trabajadores, junto con otras organizaciones sociales y políticas, fue manifestarse en la puerta del hospital, a fin de presionar a la policía para que detenga a los agresores.

Sin embargo, como consecuencia de este conflicto, un grupo de siete dirigentes sindicales fue sometido a un proceso penal

donde se les imputan la comisión de los siguientes delitos: daño agravado, atentado y resistencia a la autoridad, lesiones y privación ilegítima de la libertad. En la actualidad, este grupo de dirigentes y principales referentes de los trabajadores del Hospital Francés, se encuentra procesado y se ha dictado la elevación de la causa a juicio oral.

3. A. VI. *Prácticas desleales*

Finalmente, resta efectuar un breve análisis de la promoción de acciones por prácticas desleales, en tanto mecanismo indirecto para tutelar los derechos sindicales. Si bien esta herramienta puede ser utilizada frente a cualquier violación a los derechos sindicales¹⁹, su utilización en conflictos enmarcados en los procesos de negociación colectiva permite dar cuenta que, debido a sus particulares características, este mecanismo no importa una herramienta eficaz para tutelar los derechos sindicales. En este sentido, la sanción aplicada usualmente consiste en una multa cuyo destinatario es el Ministerio de Trabajo, y no en el cese del comportamiento antisindical.

¹⁹ El artículo 53 de la ley 23.551 prevé su utilización frente a la realización, por parte de los empleadores o las asociaciones profesionales que los representen, de las siguientes acciones: a) subvencionar en forma directa o indirecta a una asociación sindical de trabajadores; b) intervenir o interferir en la Constitución, funcionamiento o Administración de un ente de este tipo; c) obstruir, dificultar o impedir la afiliación de los trabajadores a una de las asociaciones por esta reguladas; d) promover o auspiciar la afiliación de los trabajadores a determinada asociación sindical; e) adoptar represalias contra los trabajadores en razón de su participación en medidas legítimas de acción sindical o en otras actividades sindicales o de haber acusado, testimoniado o intervenido en los procedimientos vinculados a juzgamiento de las prácticas desleales; f) rehusarse a negociar colectivamente con la Asociación sindical capacitada para hacerlo o provocar dilaciones que tiendan a obstruir el proceso de negociación; g) despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de su personal, con el fin de impedir o dificultar el ejercicio de los derechos a que se refiere esta ley; h) negarse a reservar el empleo o no permitir que el trabajador reanude la prestación de los servicios cuando hubiese terminado en estar en uso de la licencia por desempeño de funciones gremiales; I) despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de los representantes sindicales que gocen de estabilidad de acuerdo con los términos establecidos por este régimen, cuando las causas del despido, suspensión o modificación no sean de aplicación general o simultánea a todo el personal; j) practicar trato discriminatorio, cualquiera sea su forma, en razón del ejercicio de los derechos sindicales tutelados por este régimen; k) negarse a suministrar la nómina del personal a los efectos de la elección de los delegados del mismo en los lugares de trabajo.

Los casos promovidos en el ámbito de la actividad ferroviaria permiten dar cuenta de ello con toda claridad. En efecto, la Asociación del Personal de Dirección de Ferrocarriles Argentino (APDFA) recurrió en diversas oportunidades a estas acciones para tutelar distintos derechos sindicales. En el caso de Ferrovías, la actitud antisindical consistió en presionar a sus trabajadores para que se desafiliaran del sindicato. Como consecuencia de ello, el mismo día treinta trabajadores enviaron la comunicación de la desafiliación.

Frente a esta situación, APDFA promovió una acción por práctica desleal, acompañada de una medida cautelar que impidiera la adopción de medidas disciplinarias o despidos a los trabajadores afiliados. En este caso, el juez interviniente aceptó la medida cautelar peticionada, y ello provocó la inmediata reafiliación de los treinta trabajadores.

En la actualidad el expediente judicial continúa en trámite, y ello enfrenta al sindicato a una paradoja. En efecto, de obtener una sentencia favorable, ello implicará la caída de la vigencia de la medida cautelar. Por ende, en dicho caso el juez impondría una multa a la empresa, cuyo destinatario sería el Ministerio de Trabajo, y automáticamente cesarían los efectos de la medida cautelar, abriendo la puerta a nuevas acciones antisindicales.

Una situación similar se ha experimentado frente a la reticencia de las empresas concesionarias de ferrocarriles a negociar colectivamente. Ante dicha situación, y la falta de adopción de medidas efectivas por parte del Ministerio de Trabajo, APDFA promovió acciones por práctica desleal. En dichos casos APDFA obtuvo sentencias favorables, que impusieron multas que puede significar montos considerables (el máximo es el 20% del universo de la masa salarial mensual representada). Sin embargo, estas multas que la empresa abona al Estado son más que compensadas por los aumentos de los subsidios que el propio Estado entrega a las empresas concesionarias de ferrocarriles.

De esta manera, las acciones por práctica desleal pierden todo poder sancionatorio. La prueba de ello es que, en el caso de la empresa Metropolitano, a pesar de contar con dos sentencias judiciales contrarias, sigue sin cumplir con su obligación de negociar colectivamente de buena fe.

4. Conclusión

Hasta aquí nuestra intención consistió en describir una serie de prácticas referidas a la utilización de mecanismos administra-

tivos y judiciales para proteger la efectiva vigencia de la libertad sindical en particular, y de los derechos sindicales en general.

En cuanto a los mecanismos administrativos, la descripción de las principales situaciones en las que se utilizan permite dar cuenta de su ineficacia para tutelar el ejercicio de la libertad sindical. En primer lugar, se destaca la existencia de un fuerte condicionamiento proveniente de la regulación normativa de la actividad sindical (ley 23.551), específicamente en cuanto a las distinciones que dicha legislación realiza entre sindicatos con personería gremial y sindicatos simplemente inscriptos.

En particular, el otorgamiento a una organización del derecho exclusivo a representar los intereses colectivos del conjunto de trabajadores comprendidos en el ámbito de su personería gremial, importa la exclusión de otros grupos de trabajadores, que se traduce en la inexistencia de canales de participación institucional por fuera de los utilizados por la asociación sindical con personería gremial.

Esta situación se verifica especialmente en aquellos conflictos referidos a la negociación colectiva, el encuadramiento y el ejercicio del derecho de huelga. En efecto, la propia legislación impide a las organizaciones con simple inscripción recurrir a estos mecanismos cuando están en juego sus derechos colectivos, obstáculo que se extiende a todo grupo de trabajadores que pretenda desarrollar su acción sindical por fuera de los canales de las organizaciones con personería gremial, aun cuando aquellos fueran opositores a las conducciones de estas.

En segundo lugar, la propia práctica del Ministerio de Trabajo implica un límite al ejercicio de los derechos sindicales, en cuanto se verifica una excesiva discrecionalidad en su intervención en los procedimientos administrativos.

En este sentido, las principales características de este patrón pueden sintetizarse en los siguientes aspectos: a) Duración excesiva en la tramitación de los procesos administrativos, que pueden provocar la desnaturalización del derecho en cuestión; b) Inexistencia de criterios homogéneos en la intervención del Ministerio de Trabajo en los procedimientos administrativos; c) Existencia de una “administración” de dichos mecanismos a fin de favorecer a grupos sindicales afines a la gestión oficial; y d) Ejercicio abusivo por parte de la autoridad de aplicación de las facultades conferidas en la legislación, principalmente en materia de negociación colectiva y huelga.

Asimismo, la combinación de estos aspectos importa, en la práctica, la existencia de vallas, muchas veces insalvables, para recurrir a la revisión judicial de las decisiones de la administración. Efectivamente, el agotamiento de la vía administrativa constituye un requisito para poder acceder a los mecanismos judiciales, y la práctica de los tribunales da cuenta de una interpretación restrictiva de esta cuestión.

De esta manera, la prolongación en el tiempo de los mecanismos administrativos y la utilización abusiva de sus facultades por parte del Ministerio de Trabajo obstaculizan el ejercicio de los derechos sindicales antes de que la tutela judicial pueda ser ejercida, aun cuando la utilización de estos mecanismos de revisión tampoco constituye habitualmente una mecanismo eficaz para la tutela de los derechos sindicales.

Del análisis de la utilización de los mecanismos judiciales se desprende que el recurso a estas herramientas no forma parte de la estrategia habitual de las organizaciones sindicales. Si bien el relevamiento efectuado da cuenta de la existencia de numerosos precedentes, cierto es que una gran mayoría de situaciones que afectan el ejercicio de estos derechos no llega a plantearse en sede judicial.

En efecto, el desgaste que producen las demoras y obstáculos burocráticos en sede administrativa, sumados a la ponderación realizada por los mismos trabajadores sobre la baja probabilidad de éxito y el consecuente pago de las costas judiciales, desalientan a las organizaciones sindicales, principalmente aquellas que carecen de personería gremial, y a los trabajadores en general, para recurrir a la vía judicial como garantía de la vigencia de sus derechos sindicales.

Aun así, en aquellos casos que sí se presentan en sede judicial, estas herramientas presentan algunos patrones comunes que permiten dar cuenta de su insuficiencia como mecanismos para garantizar una tutela efectiva de estos derechos. En este sentido, deben destacarse tanto la falta de celeridad de los procesos como la falta de adopción de medidas eficaces por parte de las autoridades judiciales.

Por un lado, si bien se trata de procesos sumarísimos, ello no es un obstáculo para que las acciones se prolonguen por un plazo que suele contarse en años. En este sentido, esta situación provoca que, en muchos casos, la violación a la libertad sindical en par-

ticular, y los derechos sindicales en general, se consolide por el paso del tiempo, y que no sea susceptible de revertir por una sentencia posterior.

A su vez, existe una reticencia de los jueces a dictar medidas cautelares durante la tramitación del proceso. Para ello se utilizan dos argumentos: en primer lugar, suelen alegar que, tratándose de un proceso sumarísimo, no es necesario adoptar una medida cautelar; en segundo lugar, alegan que no es posible conceder este tipo de medidas cuando coinciden con el fondo del reclamo judicial, obligando a los trabajadores a “inventar” medidas cautelares, con el consecuente debilitamiento del argumento.

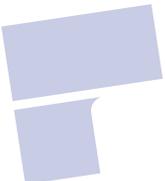
Con relación al contenido de las sentencias judiciales, como hemos señalado anteriormente la legislación impone límites al ejercicio de los derechos sindicales por parte de otros colectivos de trabajadores por fuera de la decisión adoptada por el sindicato con personería gremial. Esta situación afecta a los sindicatos simplemente inscriptos y a aquellos grupos contrarios a la conducción de la organización que cuenta con la personería gremial.

En este contexto, son contados los casos en los que el Poder Judicial ha priorizado una tutela amplia de los derechos sindicales, por sobre los límites impuestos por la legislación. Asimismo, en aquellos casos que el cuestionamiento a esta legislación ha llegado a la CSJN, este tribunal no se ha pronunciado, utilizando las facultades que le confiere el artículo 280 del CPCC.

De esta manera, el Poder Judicial le otorga a la autoridad administrativa un margen muy amplio a fin de definir los alcances de la política sindical, y especialmente en cuanto a su adecuación a los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de protección de los derechos sindicales (convenios de OIT, tratados internacionales de derechos humanos).

Por oposición a ello, la reacción de los grupos de trabajadores a este comportamiento del Poder Judicial consiste en adoptar una posición reactiva a su intervención en conflictos laborales, descartando de antemano el planteo de numerosas acciones en sede judicial, y priorizando el ejercicio de acciones políticas con el objeto de defender la libertad sindical y los derechos sindicales.

La extendida práctica de criminalización de la protesta social no hace más que confirmar este rechazo que, a priori, poseen muchos grupos de trabajadores respecto de la actuación del Poder Judicial en el marco de conflictos colectivos de trabajo.

 pdfelement

Capítulo VI

La administración pública y el acceso a la justicia: una oportunidad para la materialización de los derechos sociales

Natalia Gherardi*

1. Introducción

En las últimas décadas, el potencial del activismo judicial para la transformación de ciertas estructuras en la sociedad a través de las herramientas legales ha sido explorado en muchos países, en mayor o menor medida¹. Diversos grupos de activistas, integrantes de círculos académicos y funcionarios han encontrado que el derecho puede brindar mecanismos idóneos, y el poder judicial puede constituirse en un actor relevante para que, grupos hasta entonces marginados, hagan escuchar sus reclamos ampliando el espectro de casos tradicionalmente circunscriptos a decisiones políticas y que, en forma creciente, pasan a ser resueltos por medios judiciales o condicionados por decisiones judiciales. En el contexto de estas transformaciones, organizaciones no gubernamentales, agrupaciones de abogados y facultades de derecho han profundizado el conocimiento del derecho de interés público² y

* Agradezco los valiosos comentarios de Víctor Abramovich y de Laura Pautassi a una versión anterior de este documento. A Santiago Freyre y a Santiago García Mira, les agradezco el aporte de materiales y su visión crítica sobre mi evaluación del proceso administrativo en la Argentina.

¹ La expresión “activismo judicial” comprende tanto el recurso estratégico a los tribunales por parte de organizaciones e instituciones dedicadas al litigio de interés público, como el mayor uso de los tribunales y las estrategias legales por parte de individuos para canalizar sus demandas al Estado o a otros particulares. Correlativamente, esto conlleva a la creciente disposición de los tribunales de justicia de aceptar ese rol de limitador de los restantes poderes del Estado.

² Sobre las dificultades para definir el “interés público” y los distintos enfoques para la conceptualización del derecho de interés público (en su concepción social, sustantiva y procesal), véase Rekosh (2005). Véase, también, Gloppen (2008) con referencia al derecho de interés público y su potencial para mejorar el acceso a los derechos sociales, así como para canalizar las voces de sectores marginados en las políticas sociales.

promueven la especialización en sus currícula de estudio³; las organizaciones donantes fomentan el uso del derecho como herramienta de transformación social⁴ y diversas organizaciones locales encontraron incentivos para trabajar en esta área⁵.

El reconocimiento de derechos en las constituciones y a través de los compromisos internacionales conlleva la obligación de todas las instancias del Estado de diseñar e implementar políticas públicas que promuevan su respeto en condiciones de igualdad. Como contrapartida, la conciencia ciudadana acerca de su carácter de titulares de derechos brinda la posibilidad de desplegar estrategias variadas para monitorear y exigir su cumplimiento. Sin ignorar las objeciones que para algunos sectores despierta la intervención del poder judicial en causas en las que se discuten cuestiones vinculadas con políticas públicas⁶, lo cierto es que también en la Argentina el litigio de interés público es utilizado crecientemente por un grupo de activistas, abogados, funcionarios públicos

³ Se destaca la creación de un programa específico en la escuela de derecho de la New York University. En el ámbito local, siguiendo la tradición de algunas universidades anglosajonas, la Universidad de Palermo creó una Clínica Jurídica de Interés Público desde donde se iniciaron algunos de los casos más interesantes en cuanto a transformación legal, como el caso “Fundación Mujeres en Igualdad c. Freddo S.A.”.

⁴ Ya en el año 2001, una publicación de la Fundación Ford daba cuenta de la incorporación del Poder Judicial como un actor relevante en la lucha por la vigencia de los derechos a través del financiamiento de proyectos vinculados al derecho que comenzó en la década del 50 en los Estados Unidos y se propagó a la región de América Latina en la década del 70 (Fundación Ford, 2001).

⁵ Son varias las organizaciones de derechos humanos que utilizaron y utilizan el derecho y en particular el litigio como estrategia de transformación social; prueba de ello son las experiencias que se relatan en los distintos capítulos de este libro. En Cavallaro y Brewer (2008) se presenta una interesante nota de cautela sobre el uso subsidiario que debería darse al litigio por la justiciabilidad de los DESC en el sistema interamericano y la relevancia de reconocer y sostener el papel clave que desempeñan los movimientos sociales, la sociedad civil y los medios de comunicación en el desarrollo de campañas en pos de la justicia social. Véase también Uprimi Yepes (2007), con relación a las potencialidades y riesgos intrínsecos en la judicialización de ciertas políticas en el contexto colombiano (por ejemplo, la judicialización de la política económica en el marco de la protección de los derechos sociales).

⁶ Estas objeciones fueron relevadas y respondidas en varios documentos. Para una revisión general de los argumentos, ver Gargarella (2008).

y organizaciones de la sociedad civil para demandar la plena vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)⁷. En algunas ocasiones, el recurso al Poder Judicial buscó específicamente la transformación estructural de las instituciones o prácticas ilegítimas del Estado en áreas tales como las condiciones de encierro de las personas privadas de la libertad⁸, el derecho a la vivienda⁹ o la educación¹⁰. En otros casos, fueron las demandas individuales las que buscaron la reparación de derechos vulnerados en áreas tales como la salud¹¹ y la discriminación sexual¹².

En la Argentina, la incorporación del núcleo central de tratados de derechos humanos al plexo constitucional luego de la refor-

⁷ En este trabajo, me referiré a los derechos sociales, económicos y culturales como “DESC” o como “derechos sociales”, indistintamente.

⁸ Caso “Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus”, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 3 de mayo de 2005.

⁹ Como ilustran algunos de los casos descritos por Maurino y Nino, en el capítulo IV de este volumen.

¹⁰ Ídem anterior. También es muy interesante el caso “González de Delgado, Cristina y otros c. Universidad Nac. de Córdoba” resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 19 de septiembre de 2000, vinculado con la inscripción de mujeres en el Colegio universitario Monserrat. Aunque el caso fue promovido por un grupo de padres que se oponían al ingreso de mujeres al tradicional colegio, la decisión de la Corte convalidó la reglamentación de la Universidad que admitía la inscripción de mujeres, reconociendo su derecho constitucional a recibir una educación en condiciones de igualdad con los varones.

¹¹ Existe abundante jurisprudencia vinculada con el acceso a servicios de salud o a ciertas prestaciones, en ocasiones excluidas del Programa Médico Obligatorio (PMO) (véase una compilación y análisis en Courtis, 2006). Con respecto a los derechos sexuales y reproductivos, sin embargo, es notable la forma en que la judicialización de ciertos casos opera en detrimento de los derechos de las mujeres, como en el caso del acceso al aborto no punible. Las mujeres se encuentran inmersas en un proceso judicial que las priva del ejercicio oportuno de sus derechos, por iniciativa o a instancias de los operadores de salud u operadores judiciales (Birgin y Gherardi, 2008).

¹² Actualmente hay casos pendientes de resolución en la Corte Suprema de Justicia de la Nación vinculados con el reconocimiento de pensiones por viudez a parejas homosexuales que, luego de la sanción de la Resolución N° 671/2008 de la ANSES, convalidó el derecho que ya había sido reconocido por algunos tribunales inferiores. Con respecto al casamiento entre personas del mismo sexo también hay casos pendientes de resolución ante distintos tribunales del país.

ma constitucional de 1994 favoreció ese proceso ya que permite recurrir al amplio reconocimiento de derechos y la prolífica jurisprudencia de los órganos de seguimiento y aplicación de los tratados de derechos humanos para su proyección y aplicación en los tribunales locales. Por otra parte, en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, al descreimiento generalizado en la capacidad de los funcionarios de la administración pública para generar cambios positivos en las prácticas habituales de la administración, se sumaron las expectativas favorables producto de la creación de una nueva instancia judicial en la ciudad (como consecuencia del reconocimiento de su autonomía) con nuevos jueces elegidos por medio de mecanismos novedosos¹³. Estos factores colaboraron a generar un clima de incipiente confianza y con expectativas positivas respecto de una institución como la judicial, fuertemente desprestigiada.

Durante mucho tiempo se había asignado a los DESC una naturaleza diferente a la de los derechos civiles y políticos, con argumentos basados en su eficacia, exigibilidad y posibilidad de ser justiciable. En la actualidad, ha tomado fuerza la concepción que sostiene que todos los derechos humanos, de cualquier tipo, tienen el mismo origen, el mismo titular y el mismo destinatario: en todos los casos se trata de derechos reclamables, indivisibles, interdependientes y universales, y el Estado se encuentra obligado a su promoción y protección, sin que corresponda hacer distinciones entre los derechos sociales y los derechos civiles y políticos¹⁴.

Independientemente de su adscripción a los derechos civiles y políticos, por un lado, y los DESC por otro, algunos autores han propiciado una sistematización de los derechos configurada en cuatro niveles que permitirían la clasificación de las obligaciones estatales. Este marco teórico, reforzaría la unidad entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, pues los distintos tipos de obligaciones estatales pueden ser hallados en ambos pares de derechos. Los cuatro “niveles de obligaciones” serían: en primer lugar, la *obligación de respetar*, es

¹³ Se trata del fuero Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, cuyos jueces fueron elegidos por medio de los procesos previstos en la Constitución de la Ciudad y el Consejo de la Magistratura local.

¹⁴ Cfr. Abramovich y Curtis, 2002 y 2008.

decir, el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso o el goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho obligaciones. En segundo lugar, la *obligación de proteger*, vinculada con el deber de impedir que terceros interfieran, obstaculicen o impidan el acceso a esos derechos. En tercer lugar, la *obligación de asegurar*, que supone asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo. Y en cuarto lugar, la *obligación de promover* el derecho en cuestión, caracterizada por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien. Ninguno de estos niveles podría caracterizarse únicamente a través de las distinciones tradicionales (obligaciones positivas/obligaciones negativas, u obligaciones de resultado/obligaciones de medio), aunque se encontrarán grupos de derechos ligados a obligaciones negativas o de abstención, y otros que involucran un número mayor de obligaciones positivas o de conducta (Abramovich y Courtis, 2002).

La significativa cantidad de pronunciamientos judiciales en los que se hizo lugar a planteos por la violación de DESC parece indicar que el desarrollo jurisprudencial se encamina por esa senda: la exigibilidad judicial de estos derechos no se encuentra cuestionada en algunas jurisdicciones de la Argentina, cuando menos, respecto de algunos derechos. Los tribunales contencioso administrativos de la ciudad de Buenos Aires han sido particularmente prolíficos en la recepción de estos planteos, como ilustran en cierta medida los restantes capítulos de este volumen¹⁵.

El objetivo de este trabajo no radica en explorar las estrategias judiciales exitosas o la pertinencia del reclamo de los derechos sociales por vía judicial, sino las respuestas actuales o potenciales de la administración pública en la materialización de la garantía de acceso a la justicia. Asumiendo la legitimidad del Poder Judicial para actuar en casos vinculados con la exigibilidad de derechos sociales, resulta interesante volverse hacia la administración para indagar acerca de las oportunidades ignoradas por los funcionarios en el proceso para reparar los derechos vulnerados, cuando

¹⁵ Esto no significa que no haya habido casos trascendentes en otras jurisdicciones pero la limitación en esta observación se debe exclusivamente al tipo de casos revisados en los capítulos que conforman esta publicación. Con referencia a las acciones colectivas intentadas en la Argentina luego de la reforma constitucional, en general, véase Maurino, Nino y Sigal, 2006.

esa potestad se encuentra dentro del área de sus competencias¹⁶. Por cierto, fueron las dificultades para lograr el reconocimiento, respeto y observancia de los derechos sociales vulnerados por acciones u omisiones de la administración las que determinaron la presentación de recursos judiciales demandando la plena exigibilidad de los DESC ante los tribunales de justicia. Pero los obstáculos conocidos para el acceso a los tribunales de justicia (por los costos involucrados, el tiempo durante el cual se extienden los procesos, las barreras geográficas, lingüísticas, culturales, las dificultades de obtener patrocinio jurídico gratuito)¹⁷ revierten el interés hacia una nueva reflexión acerca del rol de la administración pública y sus funcionarios en la materialización de la garantía de acceso a la justicia.

Un concepto amplio de acceso a la justicia excede la consideración del Poder Judicial, las condiciones de acceso al sistema de justicia y sus respuestas actuales o potenciales. Acceder a la justicia implica la posibilidad de convertir una circunstancia que puede o no ser inicialmente percibida como un problema en un cuestionamiento jurídico. Esta posibilidad requiere de varias etapas¹⁸: en primer lugar, reconocer la existencia de un problema; en segundo lugar, identificar ese problema como uno de naturaleza jurídica e identificar la persona (pública o privada) responsable de haber causado el problema o que hubiera incumplido su obligación de contribuir a resolverlo; en tercer lugar, convertir el problema en una demanda o reclamo ya sea judicial o administrativo y sostener el proceso que se inicia como consecuencia de la eventual judicialización del problema con todo lo que ello implica: seguir, instar, monitorear el proceso con la ayuda profesional necesaria, en su caso. Por último, una vez lograda la decisión judicial o administrativa perseguida, corresponde intentar hacer efectiva la resolución judicial o la decisión administrativa.

¹⁶ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos avanzó en la consideración de los procesos administrativos como parte indispensable de la garantía de acceso a la justicia, resaltando los estándares fijados por el sistema regional de protección de derechos humanos con relación a los procesos administrativos. Véase CIDH, 2007 y 2008.

¹⁷ Sobre los obstáculos para acceder a la justicia, véase Gherardi, 2005.

¹⁸ Cfr. Anderson, 1999.

El acceso a la justicia entendido en términos de proceso excede de la mera activación del sistema de justicia en la búsqueda de resultados individual y socialmente justos. La justicia entendida como hecho social se concentra en evaluar el vínculo entre los individuos como ciudadanos y el sistema judicial, para la defensa de sus derechos legalmente reconocidos, partiendo de suponer que el propio acceso no es igualitario y de admitir que es un derecho legalmente consagrado por el principio de igualdad ante la ley (Lista y Begala, 2002).

Considerando tres aspectos diferenciados aunque relacionados entre sí, el acceso a la justicia incluye la posibilidad de llegar al sistema judicial; lograr un buen servicio de justicia a través de un pronunciamiento judicial justo en un tiempo prudencial; y finalmente –pero necesariamente complementario de los aspectos anteriores– implica el conocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos, de los medios para poder ejercer y hacer reconocer esos derechos y específicamente la conciencia del acceso a la justicia como un derecho que el Estado tiene la obligación de promover y garantizar (Larrandart, 1992).

Los obstáculos para el acceso a la justicia son conocidos y el acceso a la justicia está lejos de ser una realidad para amplios colectivos de personas. Como ilustran los casos que se presentan en los distintos trabajos reunidos en esta publicación, en acciones individuales¹⁹, colectivas²⁰, por el acceso a planes sociales²¹ o al derecho de representación sindical colectiva²², diversas estrategias judiciales resultaron exitosas en mayor o menor medida para reclamar por la exigibilidad de los derechos sociales reconocidos en normas constitucionales y legales. Sin entrar a considerar las

¹⁹ Al respecto ver el análisis de Mabel López Oliva en el capítulo III de este volumen, en relación con los amparos por derecho a la vivienda y la alimentación.

²⁰ Véase el análisis de Gustavo Maurino y Ezequiel Nino en el capítulo IV de este volumen.

²¹ Véase el capítulo II, de Pilar Arcidiácono, Carolina Fairstein y Gabriela Kletzel, de este volumen.

²² Véase “Libertad sindical y mecanismos institucionales de tutela: un análisis crítico a la luz de su eficacia como garantía de los derechos sindicales”, de Luis Campos y otros, en el capítulo V de este volumen.

estrategias judiciales, los recursos y limitaciones procesales intentadas o utilizadas y los remedios judiciales dispuestos por los tribunales que intervinieron en los casos reseñados, este artículo se propone profundizar sobre las oportunidades aprovechadas o ignoradas por la administración pública en la apropiación del conflicto, en el sentido de asumir una responsabilidad activa en la solución efectiva del problema planteado más allá de los actores circunstanciales del caso. En el curso de esa revisión, superando las particularidades de los casos a los que se recurre a los fines de ejemplificar las posturas que se analizan, se consideran los diseños institucionales, las restricciones normativas y las prácticas de la administración pública que operan como limitativas de la posibilidad de constituirse en un actor relevante de la revisión de las políticas en su afectación a la comunidad.

Ante la violación sistemática de derechos legal y constitucionalmente reconocidos, la ciudadanía cuenta con herramientas para procurar distintas estrategias para perseguir la promoción y defensa de derechos y el fortalecimiento de las instituciones democráticas. Para recuperar el espacio de la política en el marco de tales estrategias, el objetivo de este documento es explorar inicial y tentativamente²³ algunos caminos y aspectos a tener en cuenta que puedan, eventualmente, iluminar los pasos a seguir en otras investigaciones más profundas y sistemáticas sobre el rol de la administración en los reclamos por la demanda de derechos sociales²⁴.

2. Una nota preliminar sobre el control de la actividad administrativa

Para que la exigibilidad de los derechos sea una realidad, es imprescindible contar con organismos del Estado competentes,

²³ Para este trabajo no se llevó a cabo una investigación específica ni sistemática de otros reclamos cursados ante la Administración. Por ese motivo, las referencias a los casos descritos con mayor detalle en otros capítulos de este volumen u otros, es ilustrativa antes que representativa de un grupo de casos o una línea jurisprudencial o de actuación de la administración en cualquier sentido.

²⁴ Hay buenas razones para creer que la administración no tiene grandes incentivos para responder favorablemente a los reclamos de los administrados, que son probablemente las mismas que llevaron a los activistas, abogados y organizaciones de la sociedad civil a abrazar con esperanza el camino de la demanda judicial para exigir el cumplimiento de los derechos sociales. Volveremos sobre estas razones más adelante.

tanto en términos técnicos como en lo político, que garanticen la existencia de mecanismos jurídicos y de política pública para que las personas puedan exigir la titularidad de sus derechos. Al mismo tiempo, los distintos actores que participan del mundo del trabajo, de la educación, de la salud, de los poderes centrales y descentralizados del Estado, deben internalizar el principio de la universalidad de los derechos sociales de modo que tanto sus prácticas cotidianas como sus decisiones de política se proyecten en el horizonte de una sociedad centrada en los derechos (CEPAL, 2006).

El derecho administrativo como disciplina autónoma dotada de principios y normas especiales que reglamentan las funciones a cargo del Ejecutivo nació en el contexto de la Revolución Francesa y los principios revolucionarios de la época, fundados en la división de poderes. Se trataba no sólo de controlar al poder con el poder, sino también reconocer el hecho de que el destino de hombres y mujeres se vería perdido si era solo uno quien creaba la ley, la aplicaba y la ejecutaba²⁵.

Conforme la doctrina de separación de poderes entonces vigente, el Poder Judicial no podía “molestar” a los cuerpos administrativos ni citar a los administradores por razón de sus funciones, fundado en la necesidad de imponer los principios liberales burgueses que veían como un inconveniente que el Poder Ejecutivo (que encarnaba la nueva burguesía) fuera controlada por la justicia (dominada por el espíritu conservador proveniente de la nobleza). El derecho administrativo nació, entonces, como una manera de canalizar dentro del Estado los controles que deben imponerse a la persona que tiene a su cargo la gestión de los negocios públicos. En consecuencia, en el ámbito del derecho administrativo se desarrollaron herramientas para ejercer ese control, ya sea desde estructuras con cierto grado de autonomía (como es el caso de las auditorías generales) o a través de un sistema de recursos para la reconsideración y revisión de las decisiones adoptadas, por parte de un superior jerárquico²⁶.

²⁵ Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, citado en Aberasturi, 2006: 1.

²⁶ En Aberasturi (2006: 22-36) se describen los antecedentes históricos del proceso administrativo en nuestro país, las discusiones en torno a la libre deman-

Durante el siglo XX se consolidó la idea del control de la actividad administrativa (por caso, en el diseño o implementación de políticas públicas, en el reconocimiento de derechos sociales y beneficios instrumentados mediante actos administrativos de alcance individual o general) mediante el proceso judicial como una expresión de la garantía de defensa en juicio tutelada por la Constitución Nacional y condición necesaria para legitimar las prerrogativas de la administración²⁷. Superada la errada convicción que otorgaba a los pronunciamientos de tribunales administrativos efectos asimilables a la cosa juzgada y por lo tanto los consideraba exentos de la revisión del poder judicial²⁸ el Estado podía, por lo tanto, ser demandado en juicio sin necesidad de venia legislativa u otra forma de consentimiento expreso.

Sin embargo, ello no impidió que pocos años más tarde con la sanción de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos se restringiera el acceso a la instancia judicial mediante la reglamentación del agotamiento de la instancia administrativa e imponiendo la caducidad del derecho para iniciar acciones judiciales a través de rigorismos formales²⁹. El agotamiento de la vía administrativa implica la obligación de los ciudadanos de interponer todos los recursos disponibles, en los plazos que disponen las normas administrativas, con el objeto de obtener una respuesta y un pronunciamiento firme que podrá, dentro de un plazo de caducidad relativamente breve, ser revisado judicialmente por los tribunales de justicia competentes³⁰.

dabilidad o demandabilidad restringida del Estado y las principales causas resueltas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que delinearon la interpretación de las normas aplicables en la materia.

²⁷ Mairal (1984) describe acabadamente los sistemas de control de la administración en Argentina, su evolución histórica y la influencia que ejercieron diversos sistemas vigentes del derecho comparado.

²⁸ En el famoso caso “Fernández Arias c. Poggio” (Fallos 247:636), la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió, en 1960, que los pronunciamientos de tribunales administrativos debían ser susceptibles de control judicial suficiente.

²⁹ La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549 fue sancionada en abril de 1972 y rige para los actos de la Administración Pública Nacional.

³⁰ Como se verá en este capítulo, son varias las situaciones en las que la falta de agotamiento previo de la vía administrativa no es un obstáculo para que los tribunales de justicia competentes realicen la revisión de los actos de la administración.

El requisito impuesto por la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (y reproducido en las normas locales de otras jurisdicciones) impone restricciones y limitaciones a la ciudadanía que obstaculizan su acceso a los tribunales de justicia. Exige la interposición de recursos en plazos brevísimos que se cuentan en días y legitima en los hechos la posibilidad de otorgar carácter definitivo y no revisable a los pronunciamientos de órganos administrativos encargados de resolver controversias declarando el derecho aplicable. En su redacción inicial, además, al no establecer expresamente la protección de los intereses legítimos, la Ley de Procedimientos Administrativos permitió la interpretación de que se restringía la defensa en sede judicial a los casos en que invocaban los derechos subjetivos, con lo que su efecto neto fue claramente nocivo: el reemplazo de plazos de prescripción contados en años por un plazo de caducidad de 90 días, o aun de 15, sin la correlativa expansión de la cobertura tuitiva (Mairal, 1984: 105).

La obligación de agotar los recursos administrativos disponibles como requisito previo a la revisión judicial de las decisiones de la administración pública no es un principio universal en el derecho comparado sino que, por el contrario, es receptado con numerosas excepciones y puede perseguir diversos propósitos (Mairal, 1984: 304, 306 y ss.). Por un lado, puede significar simplemente otorgar a la administración el privilegio de no ser llevada a juicio sin aviso previo, como una modalidad distinta a la venia legislativa requerida por las regulaciones iniciales.

Sin embargo, otras justificaciones más sustantivas y potencialmente interesantes permiten conceptualizar esta obligación como un requisito legalmente impuesto que implica una oportunidad brindada a la administración para que corrija sus errores a la luz de las observaciones realizadas por un particular. El requisito de agotamiento de la vía administrativa también podría cumplir el propósito de evitar que la administración sea llevada a juicio por decisiones de sus órganos inferiores, tomadas sin debida deliberación, o permitir a la administración investigar, registrar y evaluar los hechos aplicando sus conocimientos técnicos especializados facilitando así la eventual revisión judicial posterior que gozará del beneficio de esa evaluación y de la compilación del expediente en sede administrativa. Otro fundamento legítimo podría ser el de reducir el número de casos que llegan a la instancia judicial permitiendo que la mayor cantidad posible alcance solución mediante el mecanismo más simple e informal del recurso administrativo.

Pero si los sucesivos (e indispensables) recursos administrativos se convierten en inadmisibles dilaciones del proceso y complicaciones del trámite, con el objetivo o el resultado de que los ciudadanos pierdan interés por haberse tornado abstracta la cuestión o cometan errores formales en que fundar la denegatoria, el requisito del agotamiento de la vía administrativa se torna ilegítimo.

La razonable finalidad de otorgar una oportunidad al Estado de poder conocer la existencia de un eventual conflicto, para que pueda darle fin y evitar el juicio, fue trastocada en la práctica con el fin de establecer vallas, a veces infranqueables, que permiten colocar al Poder Ejecutivo en una situación de superioridad frente al particular que impugna una conducta disvaliosa (Aberastury, 2006). Alcanzar los propósitos que explican este requisito depende no sólo de las normas vigentes en cada jurisdicción, sino también de la manera como se encuentra estructurado y como funciona en la práctica el control administrativo. Según que la función de revisión en sede administrativa sea encomendada o no a funcionarios separados de la administración activa, que el análisis se refiera fundamentalmente a los aspectos técnicos respecto de los cuales la administración posee una idoneidad especial o se limite a las facetas jurídicas del caso y, en fin, que la administración sea escrupulosa en el respeto del derecho de defensa del particular y meticulosa en la recepción de la prueba que ofrecen los particulares y en la confección del expediente, el trámite administrativo será una etapa útil y, a veces, irremplazable de la revisión. En caso contrario, sólo servirá para dilatar, cuando no excluir del todo, la hora del control efectivo. Desde este punto de vista, la aplicación práctica del requisito en nuestro país no permite elogiarlo (Mairal, 1984).

En el próximo apartado, tomando como base los trabajos reunidos en otros capítulos de este libro, se describirán en primer lugar las principales características de la actuación de la administración pública en los distintos tipos de litigios. Luego, se presentarán algunas consideraciones vinculadas con interrogantes que puedan iluminar el análisis acerca de las instancias en las que la administración ha ignorado las oportunidades para remediar sus propios errores y corregir las desviaciones de su actuación en el ámbito de las competencias que le son propias.

3. La judicialización de los derechos sociales

A partir de la década de 1990, proliferaron en nuestro país las presentaciones judiciales sobre la base de la aplicación de los tratados de derechos humanos, particularmente aquellos incorporados al texto de la Constitución Nacional³¹. Las organizaciones de la sociedad civil comenzaron a actuar en el afán de convertirse en actores de cambios estructurales en un país de crecientes desigualdades sociales. Enmarcada en una dinámica de búsqueda de estrategias para asegurar el efectivo goce de los DESC, el resorte al poder judicial comenzó a ser visualizada como una más entre las estrategias disponibles. Los pronunciamientos de algunos tribunales de justicia sorprendieron por su alto grado de intervención en las políticas públicas: hubo pronunciamientos judiciales relevantes en temas tales como la construcción de escuelas y casas para barrios carenciados, la provisión de alimentos para familias con niños y niñas con signos de desnutrición, la situación de abandono estructural de los pueblos originarios, las condiciones de encierro de las personas privadas de la libertad, entre muchos otros. En estos y otros casos, las resoluciones judiciales intervienen las políticas, cuestionándolas, interpelando a los funcionarios públicos, indicando la necesidad inmediata de satisfacer prestaciones de distinta índole³².

Los casos reseñados en los restantes capítulos de esta publicación se enmarcan en ese contexto de activismo judicial, tanto respecto de derechos individuales como colectivos.

Los casos presentados por Arcidiácono, Fairstein y Kletzel se refieren a litigios individuales vinculados con la limitación temporal impuesta en forma unilateral por parte de la administración

³¹ Son varias las publicaciones que recopilan los casos tramitados ante los tribunales de justicia: Abramovich, Bovino y Curtis (2006), Maurino, Nino y Sigal (2005), Abregú y Curtis (2004), entre otras.

³² Este artículo se limita a la revisión transversal de las causas presentadas en este volumen; la revisión sistemática de la cantidad y diversidad de antecedentes judiciales en los que se ha invocado la plena vigencia de los DESC excede los límites de este trabajo, aunque merece ser encarada en futuras investigaciones. Esa sistematización se enfrentaría, sin embargo, a no pocas dificultades teniendo en cuenta las distintas jurisdicciones y competencias por materias que deberían tenerse en cuenta, generando así una multiplicidad de tribunales a considerar para determinar el universo de la investigación.

para la inscripción de nuevos beneficiarios del Plan Jefes y Jefas de Hogar Desocupados (el Plan Jefes y Jefas). Aunque vinculados a casos individuales, en general patrocinaron estos casos organizaciones intermedias como el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)³³ con el objetivo de lograr una reforma de la política pública a partir de la reapertura de la inscripción del programa. Luego de discusiones sobre la competencia, los procesos fueron radicados en distintas salas del fuero de la Seguridad Social. En el relevamiento de las causas, todas ellas de las mismas características, queda de manifiesto la inexistente voluntad del Poder Ejecutivo de discutir el fondo del tema en las sucesivas contestaciones de demanda presentadas. La negativa de los distintos tribunales intervinientes de aceptar el carácter colectivo de estos litigios negando la legitimación activa tanto del CELS como de un grupo de potenciales beneficiarios para representar al colectivo indeterminado de personas involucradas, atentó contra la posibilidad que alguno de los varios jueces involucrados pudiera analizar la problemática de modo conjunto, en toda su dimensión. De acuerdo con el relato de Arcidiácono, Fairstein y Kletzel, ninguno de los jueces involucrados en estos procesos se detuvo en la cuantificación del tiempo y el costo de representación del Estado en esa multiplicidad de causas a lo largo de las sucesivas apelaciones, ponderando ese costo con relación al gasto que implicaba el reconocimiento de los derechos reclamados³⁴.

Al mismo tiempo, a través del análisis de las normas que regulan el Plan Jefes y Jefas, la forma en que se delineó e implementó la política y el posterior desarrollo de los casos planteados ante los tribunales de justicia, el artículo de Arcidiácono, Fairstein y Kletzel logra cuestionar el pretendido enfoque de derechos declamado en los documentos vinculados a la creación del Plan Jefes y Jefas.

³³ Debido a lo exiguo del monto del subsidio reclamado, aun cuando los reclamantes hubieran podido sortear los diferentes obstáculos para el acceso a la justicia, estos procesos probablemente no hubieran resultado interesantes para abogados particulares.

³⁴ El monto del subsidio que se reconoce a cada jefe o jefa de familia es de solo \$150 por mes. Es interesante resaltar que, de acuerdo con lo relatado en el capítulo II, este planteo de razonabilidad escapa a la argumentación de la abogada que representa al Estado, en todas las causas y a lo largo de las diversas instancias, mediante la presentación de idénticos escritos y argumentos, expediente tras expediente.

En su artículo, Mabel López Oliva repasa también una serie de casos individuales en los que se reclama el acceso a programas sociales vinculados con el derecho a la vivienda y a la alimentación en la ciudad de Buenos Aires. En este relato, la subestimación de la ciudadanía por parte del Estado es otra constante que replica lo que sucede en los casos referidos en los restantes artículos: atentando contra la posibilidad de empoderamiento de ciudadanos y ciudadanas a través del ejercicio de sus derechos, el trabajo de López Oliva da cuenta de la ausencia de constancias escritas en los rechazos para la inscripción en los programas sociales de vivienda y alimentación. En los casos analizados, las organizaciones de la sociedad civil (en este caso, la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos –APDH–) vuelven constituirse en actores imprescindibles para mover las fronteras de la intervención judicial en el reconocimiento de derechos sociales. Se agrega, en estos casos, el protagonismo de funcionarios del Ministerio Público de la Defensa y del Ministerio Público Tutelar que patrocinaron casos en los que se cuestionara el contenido mínimo del programa, la regresividad de la política y/o la arbitrariedad de la decisión administrativa que rechaza el ingreso al programa o suspende su continuidad.

De un modo similar a lo que sucediera en los procesos vinculados con el Plan Jefes y Jefas, los reclamos judiciales vinculados con programas de asistencia alimentaria en la ciudad de Buenos Aires fueron –en términos generales– receptados favorablemente por los jueces que hicieron lugar a las medidas cautelares solicitadas en el marco de las acciones de amparo interpuestas. En los distintos casos, los jueces ordenaron al gobierno de la Ciudad que arbitre los medios para suministrar alimentación adecuada e incorporar a los actores en un programa alimentario, y que garantice las prestaciones alimentarias especiales requeridas por tratamientos médicos. Con respecto a su forma de actuación específica, los jueces ordenaron a la administración respetar la regla de la formalidad de sus intervenciones, expidiendo respuestas adecuadas frente a las peticiones de los ciudadanos.

En los procesos judiciales vinculados con los sucesivos programas habitacionales implementados en la Ciudad, López Oliva pone de manifiesto nuevamente una situación semejante a la que se verificara con relación al Plan Jefes y Jefas: el Poder Judicial no logró entablar un diálogo global acerca de las distintas y sucesivas políticas habitacionales con la administración y su grado de cumplimiento. Al llegar los procesos judiciales por apelación al Supe-

rior Tribunal de Justicia de la Ciudad se había ya sancionado el Decreto 690/2006 que, derogando las normas anteriores, establecía la entrega de un subsidio a las familias en condiciones de calle o de inminente desalojo (sujeto al cumplimiento de ciertas obligaciones por parte de los beneficiarios). Más allá de las limitaciones procesales que puedan aplicarse, es interesante preguntarse que función podría haber cumplido el Superior Tribunal de Justicia en la verificación de las situaciones de hecho planteadas y el efectivo cumplimiento de las disposiciones del Decreto para entonces vigente, su alcance y las características de la asistencia prevista.

La interacción de organizaciones y actores de la sociedad civil con funcionarios judiciales y/o del Ministerio Público vuelve a ponerse de manifiesto –aunque con otras características– en el trabajo de Maurino y Nino. Allí, se recuperan las experiencias de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) en cuatro casos de acciones colectivas iniciadas en el marco del artículo 34 de la Constitución Nacional. El trabajo de ACIJ en barrios de las zonas más carenciadas de la ciudad de Buenos Aires los llevaron a impulsar casos vinculados con la provisión de agua potable mediante camiones cisternas, la incorporación de la zona más pobre de la ciudad en una campaña de higiene urbana y la denuncia por la situación de emergencia que atravesaban los niños de una escuela que debían estudiar en “aulas *containers*”. Por otra parte, ACIJ se incorporó al proceso de un caso vinculado con las elecciones vecinales en un barrio de emergencia que fuera iniciado por un grupo de de vecinos de la villa, al participar como veedora de la elección.

Por tratarse de acciones colectivas llevadas adelante o acompañadas por ACIJ, en todos estos casos se desplegaron estrategias de comunicación que, de acuerdo con el relato de Maurino y Nino, tuvieron buena recepción en los medios de prensa. Probablemente esto colaboró a generar la sensación de que las decisiones judiciales contrarias a la administración fuera tratadas como “una crítica política, una denuncia de la oposición o de la prensa que se presume interesada”, y en ningún caso “se asigna públicamente a la justicia la posición de una voz imparcial, basada en la Constitución y autoritativa”.

Finalmente, los casos presentados por la Central de Trabajadores Argentinos (CTA) en el trabajo de Campos *et al.*, también son de naturaleza colectiva en tanto se refieren a los derechos de liber-

tad sindical y libertad de asociación. Sin embargo, estos casos ponen de manifiesto la voluntaria omisión de la administración pública de resolver los planteos de grupos de trabajadores en tiempos útiles para la efectiva protección de sus derechos. La mora de la administración en la resolución de los planteos presentados por los trabajadores conlleva la insuperable violación de derechos sindicales impidiendo la libre participación en elecciones, su observación o impugnación.

En el relato de Campos *et al.*, sobre negociación colectiva y encuadramiento, resulta elocuente el abuso por parte de las autoridades administrativas de los procesos administrativos, sus plazos y formalidades. La falta de transparencia, la inobservancia de las normas aplicables, las actitudes contradictorias por parte de la administración frente a casos sustancialmente equiparables, y las oscuras reglas aplicadas en procesos complejos tornan ilusoria la participación de los ciudadanos. En el caso de conflictos de encuadramiento, la inexistencia de mecanismos institucionales que garanticen la intervención directa de los trabajadores se suma a la falta de publicidad adecuada de las decisiones del Ministerio de Trabajo.

Estos casos permiten ilustrar algunas consideraciones generales que, sin pretender abarcar toda la riqueza de cada uno de ellos, pueden agruparse en los párrafos que siguen.

¿Qué motivos llevan a la judicialización de los derechos sociales?

En la mayoría de los casos, la administración pública y sus funcionarios se caracterizaron por ignorar a los peticionantes y a las organizaciones que los representaron como interlocutores válidos para resolver el fondo de las cuestiones.

Los reclamos informales o verbales planteados por los interesados directos no son respondidos por los funcionarios³⁵ y las instancias de diálogo intentadas con alguna mayor formalidad no resultan conducentes para lograr una respuesta sustantiva sobre el

³⁵ Tal el caso del agua potable descrito por Maurino y Nino, recién citado, y los casos sobre derechos sociales en la ciudad de Buenos Aires, en el trabajo de López Oliva, capítulo III de este volumen.

fondo del problema que se plantea³⁶. Parece no existir una concepción de los funcionarios públicos como *civil servants* en su denominación anglosajona, en clara referencia a su papel de servidores de la sociedad civil.

Por otra parte, es cierto que ni las organizaciones intervinientes ni los abogados que actúan en forma particular intentan entablar un diálogo formal con la administración a través del planteo de recursos para agotar la vía administrativa, cuando este requisito puede ser obviado. Esto se debe, probablemente, a las pocas probabilidades de éxito que vislumbran para todo reclamo que se plantee en sede administrativa y, por otro lado, para evitar la exposición a ilegítimos e intolerables reclamos que terminaran por agravar la vulneración de derechos o tornaran abstracto el reclamo³⁷.

¿Qué actores institucionales relevantes pueden identificarse en el control de las políticas sociales?

Los trabajos analizados dan cuenta de la presencia de algunos funcionarios en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, comprometidos con un rol en la defensa de los derechos sociales. Tanto en los trabajos de López Oliva como el de Maurino y Nino se destaca la actuación de funcionarios del Ministerio Público de la Defensa y del Ministerio Público Tutelar de la ciudad de Buenos Aires. En particular, Maurino y Nino destacan el valor (y las dificultades) de la articulación de esfuerzos entre las organizaciones y actores de la sociedad civil y los funcionarios públicos que actúan en instituciones activamente involucradas en DESC en la Ciudad de Buenos Aires (la Asesoría Tutelar, la Defensoría del Pueblo) que, sin embargo, a pesar de mantener algunos lazos no mantienen agendas comunes.

Por otra parte, el trabajo de Arcidiácono, Fairstein y Kletzel dan cuenta de la participación de otro actor potencialmente relevante: la Defensoría del Pueblo de la Nación con relación a la dis-

³⁶ Como en el caso de las elecciones en la villa de emergencia, en el trabajo de Maurino y Nino recién citado.

³⁷ Tal los casos reseñados por Luis Campos y otros (capítulo V de este volumen), respecto de los reclamos ante el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

continuidad del Plan Jefes y Jefas. De acuerdo con la descripción de Arcidiácono *et al.*, “el Defensor del Pueblo de la Nación inició una actuación administrativa³⁸ tendiente a obtener información acerca del ilegal e infundado cierre de inscripción al [Plan Jefes y Jefas] que se denunciara. Esta actuación resultó en la Recomendación N° 4 del 19 de febrero de 2004 por la que instara al [Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social] a reabrir la inscripción... e informar a la población acerca de la forma y lugares de inscripción. Esta recomendación está precedida de una numerosa cantidad de pruebas e informes que no dan lugar a dudas acerca del cierre de la inscripción sin acto administrativo alguno que lo respalde. En su respuesta al Defensor, luego de haber transcurrido casi tres meses del pedido de informes correspondiente y reiteración mediante, el Sr. Secretario de Empleo responde con fecha 27 de febrero de 2004 que ‘quienes se postulen para recibir los beneficios del Programa pueden inscribirse en los municipios y Comunas’ y que ‘no existe acto administrativo que haya dispuesto fecha de cierre de inscripción a dicho programa’³⁹. El Ministerio omite así responder si se encuentra o no abierta la inscripción, e insinúa que nunca se comunicó a los organismos encargados de recibir los formularios de postulación que el PJJHD estaba cerrado”.

Si bien es cierto que el Defensor del Pueblo podría haber recurrido a otro medio procesal para dirigir su actuación (como la interposición de una acción de amparo), lo cierto es que el pedido de informes y la formulación de recomendaciones se encuentran contemplados entre las facultades de esa institución. La respuesta del funcionario de la administración pública denota poco respeto por la institución de la Defensoría, sus facultades y el valor de sus pronunciamientos.

¿Cómo se vincula la administración con las decisiones de los tribunales?

En todos los casos individuales en los que las sucesivas sentencias del Poder Judicial condenaron al Poder Ejecutivo en tér-

³⁸ Actuación N° 8586/03. En su presentación, Elisa Carrió le solicitó al Defensor del Pueblo de la Nación que presentara una acción de amparo en virtud de los hechos denunciados. Sin embargo, éste limitó a emitir una resolución con recomendaciones al PEN.

³⁹ Cfr. Actuación del Defensor del Pueblo de la Nación 8586/03 fs. 194.

minos sustancialmente similares (por ejemplo, para la inscripción de los interesados como beneficiarios de los planes sociales), estos pronunciamientos no tuvieron ningún efecto en el diseño de nuevos planes ni en la reformulación de los planes cuestionados.

Al parecer, el Poder Ejecutivo no toma en serio las decisiones del Poder Judicial cuando estas son el producto de intervenciones “clásicas” de la justicia. En el caso de los Planes Jefes y Jefas, la orden del juez de inscribir al peticionante derivaba –a veces con dificultades– en la inscripción de ese peticionante individual, sin otras consecuencias de cambio estructural en las condiciones generales⁴⁰.

Del mismo modo, Maurino y Nino denuncian la existencia de “un Estado que no acusa recibo público de las razones” y niega a la justicia “la posición de una voz imparcial, basada en la Constitución”. En ese marco, sostienen, “no se percibe impacto alguno de la intervención judicial en el comportamiento estatal analizado en términos de ‘códigos’ de comunicación, dialogo institucional, procesamiento institucional de las directivas judiciales”.

Valdrá la pena indagar si, mediante el recurso a respuestas novedosas e intervenciones de la justicia en la que se impongan plazos al Poder Ejecutivo, se requieran informes y se fijen mecanismos tales como audiencias públicas, la reacción del Estado resulta más respetuosa de las decisiones judiciales. O, por el contrario, de un modo consistente con la actitud de muchos litigantes que se enfrentan a una decisión que consideran contraria a sus intereses, “la actitud sistemática del estado [sigue siendo] demorar todo lo posible en hacer lo que la justicia ordena”, como señalan Maurino y Nino en el relato de sus experiencias.

¿La creación de mecanismos de reclamo específicos favorecerían una comunicación fructífera entre la ciudadanía y la administración pública?

En los casos de acciones individuales por denegatoria al acceso a los programas de vivienda y alimentación, y por la denegato-

⁴⁰ Como señalan en su trabajo Arcidiácono, Fairstein y Kletzel (capítulo II de este volumen), a través de las presentaciones judiciales se logro la incorporación de 195 personas al Plan Jefes y Jefas. Pero la resolución favorable respecto de ninguna de estas 195 personas determinó la ampliación a otros por fuera de las decisiones individualmente consideradas.

ria en la inscripción del Plan Jefes y Jefas se planteaba la inexistencia de vías de reclamo específicamente creadas por las normas vinculadas con los planes en cuestión (que, además, pudieran ser claramente comunicadas a la ciudadanía para que formularan sus eventuales reclamos) como un obstáculo que atentaba contra la posibilidad de acceder a los mecanismos de protección de los derechos vulnerados. Esta dificultad específica se sumaba a la falta de transparencia en la actuación de la administración y el desconocimiento generalizado de las normas de procedimiento administrativo que regulan la interposición de reclamos.

El dilema quedaba así planteado: ¿debe promoverse la creación de procedimientos especiales por las normas que regulan determinados derechos sociales (por ejemplo, regulando las condiciones de accesibilidad a planes sociales, vivienda, asistencia alimentaria) o deben simplificarse y difundirse los procedimientos generales aplicables bajo la Ley de Procedimientos Administrativos?

En uno y otro caso, lo central continúa siendo el compromiso de la administración pública y sus funcionarios con la transparencia en la aplicación de las normas y honestidad en la interpretación de los hechos y del derecho involucrado⁴¹.

En definitiva, probablemente el dilema no sea tal en la medida en que resulta más importante –definitorio, en realidad– la voluntad política en la administración de revisar con honestidad sus actos y decisiones. La experiencia de los casos brevemente reseñados parece indicar que, para eso, se requieren varios elementos cuya presencia aparece cuestionada.

En primer lugar, se requiere el compromiso de funcionarios de primer nivel involucrados en los procesos y reclamos, actualmente ausentes aún en las audiencias fijadas por el juez interviniente en algunas de las causas reseñadas⁴². En segundo lugar, se requie-

⁴¹ Los casos que plantean Campos y otros, difieren en este punto ya que por los tiempos involucrados en los conflictos laborales en los que interviene el Ministerio de Trabajo (como en el caso del derecho a huelga) la ausencia de mecanismos recursivos específicos y la consiguiente necesidad de aplicar la Ley de Procedimientos Administrativos torna ilusoria la protección del derecho vulnerado.

⁴² Esta situación se presentó en los casos litigados por ACIJ, referidos en el capítulo IV.

re una descentralización coordinada que supere la actual situación caracterizada por una caótica y desarticulada superposición de funciones entre distintos organismos y reparticiones, como ejemplifican los casos del Plan Jefes y Jefas. En tercer lugar, es imperioso contar con reglas claras para los funcionarios y miembros del cuerpo de abogados del Estado, que faciliten las instancias de conciliación sin sentirse obligados a apelar decisiones que revertirán contra la propia administración. Por último, es imprescindible articular los recursos públicos y privados para mejorar el acceso a la justicia de la ciudadanía a través del fortalecimiento de otras instancias del Estado como por ejemplo las defensorías del pueblo, para que puedan actuar con mayor fuerza ante la administración.

4. Más allá del Poder Judicial: la administración pública como protagonista del acceso a la justicia

Los casos mencionados en el apartado anterior representan situaciones sociales de difícil resolución. Para atender estos conflictos y las necesidades insatisfechas que encierran, se requieren políticas sociales que deben partir de un consenso de modelo-país que, sin apartarse del principio de universalidad en el reconocimiento de derechos, reconozca la necesidad de establecer programas, plazos y condiciones que permitan el ejercicio de derechos como políticas de Estado (CEPAL, 2006; Abramovich y Pautassi, 2006).

¿Qué medidas favorecen la construcción de ese consenso? ¿Qué formas de diálogo debieran plantearse y entre quienes? ¿Con qué garantías o bajo qué forma podría encararse? Frente a una situación de múltiples demandas sociales y la imposibilidad de satisfacer a todas ellas en forma simultánea o del mismo modo, ¿cómo debieran responder la administración pública y el Poder Judicial? Y finalmente, ¿qué debiera esperarse razonablemente del Poder Judicial o de algún otro actor?

Es preciso reflexionar, entonces, acerca de las circunstancias particulares que caracterizan los casos planteados ante el Poder Judicial en los trabajos reunidos en este volumen: ¿es el Poder Judicial el más idóneo para resolver los conflictos que allí se planteaban? ¿O en que circunstancias sería más conducente ahondar en los mecanismos institucionales disponibles (o ausentes pero necesarios) en el ámbito del Poder Ejecutivo?

En ese contexto, es imprescindible redefinir la función que la

administración pública asumirá en la definición de las políticas, mecanismos y prestaciones que deberán asegurar a la ciudadanía niveles aceptables de derechos, ritmos de progresión y ampliación, y acuerdos sobre cómo plasmar la solidaridad en múltiples mecanismos con implicancias redistributivas.

4. A. Un rol posible para la administración pública

A la luz de las experiencias descritas, es interesante retomar las posibles justificaciones esbozadas con anterioridad para el requisito de agotamiento de la vía administrativa en el contexto de las prácticas locales. La doctrina especializada generalmente alega el interés de la administración en la posibilidad de corregir sus propios errores y promover el control de la actuación de sus órganos inferiores como móvil para la revisión en sede administrativa⁴³. Sin embargo, dada la inexistencia de funcionarios que gocen de relativa independencia de la administración activa con competencia para resolver recursos, parecería que la posibilidad de una nueva revisión imparcial en sede administrativa debe ser descartada. No se ignora que el requisito del agotamiento de la vía administrativa reconoce importantes excepciones para la admisibilidad del reclamo judicial⁴⁴, pero más allá de las normas de la Ley

⁴³ Al respecto, la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo ha destacado su “múltiple finalidad en cuanto tiende a dar a la Administración la oportunidad de revisar el caso y, eventualmente, revocar el error facilitando el control de legitimidad y conveniencia por parte de los órganos superiores, y de tal modo, asegurar una oportunidad para que defienda más eficazmente el interés público confiado a su custodia”, CNCont. Adm. Fed., Sala II, “Musso c. Ministerio de Cultura y Educación”, *ED*, 97-342.

⁴⁴ Prueba de ello son algunos de los casos reunidos en este volumen, que fueron admitidos judicialmente aun cuando no se habían interpuesto los recursos administrativos correspondientes. En particular, el trabajo de Arcidiácono, Fairstein y Kletzel da cuenta de que “los amparos fueron presentados directamente a la justicia sin realizarse ningún tipo de actuación previa en sede administrativa, por entenderse que los informes producidos por el PEN en el marco del expediente iniciado ante aquella instancia, bastaban para probar que el ingreso estaba cerrado y el consiguiente sinsentido de solicitarlo (...) Así, del total de casos judiciales relevados, sólo en “Molina” y “Sales” –litigados por el CELS– se cuenta con presentaciones y respuestas formales en sede administrativa”. Distinto es el caso de los procesos descritos por Campos y otros, donde “el agotamiento de la vía administrativa constituye un requisito para poder acceder a los mecanismos judiciales, y la práctica de los tribunales da cuenta de una interpretación restrictiva de esta cuestión”.

Nacional de Procedimientos Administrativos (y las aplicables en otras jurisdicciones), la alternativa de la administración de aprovechar las oportunidades de adecuar su actuación para el cabal respeto de los derechos, permanece vigente.

Los principios básicos de la doctrina de derechos humanos incluyen el reconocimiento de su universalidad, indivisibilidad e interdependencia (sean estos derechos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales), así como la autoridad de las instancias internacionales y regionales de protección de derechos humanos para monitorear su cumplimiento, y el reconocimiento de la vinculación entre democracia, desarrollo y derechos humanos.

Indagar acerca la función de la administración pública en la plena garantía de los derechos humanos y, en particular, los derechos sociales es particularmente relevante cuando los Estados han asumido crecientes funciones en la garantía de esos derechos. Como sostiene Ralf Dahrendorf “el imperio de la ley es la clave para dar a los derechos básicos los dientes que necesitan para morder” pero, al mismo tiempo, “el imperio de la ley no significa solamente tener textos legales como puntos de referencia, sino que designa la sustancia efectiva de esos textos”⁴⁵. En materia de derechos sociales, la sustancia debe buscarse en las políticas públicas y las políticas sociales. Es allí donde recupera en todo su potencial el papel central de la administración.

Los derechos universales requieren ser acompañados de instituciones legítimas, eficientes y que respondan por la formulación e implementación de políticas públicas, incluyendo mecanismos rigurosos para el monitoreo y control de sus resultados (Abramovich y Pautassi, 2006; Larrañaga, 2005). No solo los resultados –en términos de goce efectivo y mensurable de derechos por parte de la población– son relevantes para verificar el cumplimiento de las promesas del estado liberal igualitario desde una perspectiva de derechos. Por el contrario, cobra relevancia el proceso por el cual se asignan los beneficios en que se traducen los derechos sociales ya que los ciudadanos son titulares de derechos, y ya no solo beneficiarios de asistencia social. Para que estas garantías sean efectivas, requieren ser claramente definidas y deben contar con meca-

⁴⁵ Dahrendorf, 1990: 103.

nismos institucionales suficientes que permitan su monitoreo (CIDH, 2007 y 2008).

Una aproximación a las políticas sociales desde la perspectiva de derechos requiere, en primer lugar, una clara definición y amplia difusión de los derechos de los que gozan los ciudadanos y ciudadanas, incluyendo la amplia difusión de las condiciones para su ejercicio, que permitirá luego a la ciudadanía reclamar y exigir el cabal cumplimiento de las políticas sociales por parte de los funcionarios de turno. Algunos elementos del enfoque de derechos sobre las políticas sociales pueden establecerse y promoverse a partir de instrumentos técnicos tales como el establecimiento de mecanismos administrativos legales de control, vinculados con el acceso, la calidad, la participación cívica. Sin embargo, ninguna reforma de políticas sociales será exitosa sin una discusión amplia de un nuevo pacto fiscal entre los actores políticos, sociales y económicos del país, incluyendo una discusión de la coparticipación federal que condiciona la distribución de recursos con los que las jurisdicciones provinciales y locales habrán de hacer frente a las obligaciones que les fueran transferidas en la década de 1990, por ejemplo en materia de salud y educación (Abramovich y Pautassi, 2008).

En segundo lugar, el enfoque de derechos aplicado a las políticas sociales requiere la disposición de mecanismos de reclamo a los que ciudadanos y ciudadanas puedan recurrir si se ven impedidos de acceder a los derechos mínimos acordados. En tercer lugar, requiere el compromiso político que asegure el equitativo reconocimiento y posibilidades de disfrute de derechos, beneficios y estándares mínimos a toda la población, en condiciones de igualdad.

El concepto amplio de acceso a la justicia debe iluminar esta discusión. El valor justicia excede la judicialización y, muchas veces, es enemiga de aquella. De la misma manera que el derecho al acceso a la justicia excede la mera asistencia jurídica de un abogado o abogada patrocinante dispuesto a judicializar cada causa potencial ante los tribunales, la administración pública no puede permanecer indiferente a su indelegable rol en el establecimiento de mecanismos administrativos que garanticen el acceso a la justicia en el ámbito de su competencia.

Los tribunales de justicia pueden no ser los más indicados para resolver algunos de los conflictos sociales que se les presentan. Como hemos visto, algunos de los obstáculos que enfrentan

los tribunales de justicia se vinculan con las dificultades para establecer con claridad la conducta debida por parte de la administración ante la profusa legislación y la superposición de competencias y jurisdicciones que en ocasiones caracteriza a las políticas sociales. En segundo lugar, la autorrestricción del Poder Judicial ante cuestiones políticas y técnicas en las que, adicionalmente, quedan de manifiesto la inadecuación de los mecanismos procesales tradicionales a los que recurren los ciudadanos y ciudadanas. Por último, la escasa tradición de control judicial en la materia también puede limitar la decisión de algunos juzgados de intervenir en estos temas.

Para recuperar el rol de la administración pública en la apropiación de los conflictos que se plantean en torno al reconocimiento de los derechos sociales, estableciendo los mecanismos que promuevan una activa participación comprometida de los funcionarios, es preciso resolver los nudos críticos que actualmente caracterizan la intervención de la burocracia estatal.

En primer lugar, el derecho administrativo debe recuperar la centralidad del principio de la informalidad a favor del administrado y superar la falta de transparencia en los mecanismos de contralor a disposición del administrado –ante la ausencia de normas específicas para el reclamo rigen los recursos administrativos– que actualmente son confusos, de difícil comprensión, con plazos muy cortos para ser interpuestos. El bajo grado de alfabetización jurídica de ciudadanos y ciudadanas, sumado a la complejidad de las normas y resoluciones que acuerdan el otorgamiento o la limitación de los derechos sociales, determina que las personas involucradas no comprendan fácilmente los derechos y tiempos implicados. Es sabido que el reconocimiento de la existencia de un problema y la identificación de ese problema como una cuestión jurídica reclamable representa –tal vez– el mayor escollo a superar (Gherardi, 2006).

En segundo lugar, las dificultades que resultan del alejamiento de los funcionarios de primera línea con respecto a los reclamos de los administrados se ven también potenciadas por la aplicación de las normas que regulan la actuación de los abogados del cuerpo de abogados del Estado⁴⁶. De acuerdo con la interpretación

⁴⁶ Conforme el texto ordenado del Decreto 411/80 sobre la representación judicial del Estado, aprobado por Decreto 1265/87.

habitual de la norma aplicable, los abogados que actúan en defensa de los intereses del Estado necesitan autorización expresa de los ministros, los secretarios ministeriales, secretarios o de los órganos superiores de los entes descentralizados para allanarse a los términos de una demanda, desistir de una acción judicial, transigir o conciliar un reclamo. La lejanía entre los funcionarios de primera línea (en el ministerio, secretaria o ente descentralizado) y los abogados que representan al Estado explican los términos inverosímiles de algunas contestaciones de demandas, la continuidad de causas más allá de la defensa razonable del Estado y la repetición incansable de argumentos inconducentes sucesivamente desechados por los tribunales⁴⁷. Al mismo tiempo, las situaciones verificadas de falta de transparencia en el ejercicio de la función pública dificultan la consideración de acuerdos con los administrados por razones legítimas, desvinculadas de hechos de corrupción del funcionario de turno.

4. B. Algunos mecanismos administrativos posibles para la resolución de conflictos

Como señalan Campos, Faur y Pautassi, en un análisis sobre el Plan Jefes y Jefas, “si bien podría argumentarse que, como cualquier acto de la administración [las resoluciones del Poder Ejecutivo están] sujetas a las impugnaciones previstas en las leyes de procedimiento administrativo, lo cierto es que la omisión de establecer de manera expresa tal alternativa no parece ingenua (...) No puede asumirse que la población a la que está dirigido el Plan Jefes y Jefas, conozca las alternativas legales en caso de rechazo de su solicitud de ingreso como beneficiario o que posea los recursos necesarios para efectuar la correspondiente consulta legal” (2007: 325).

Ciertas experiencias dan cuenta de los beneficios que pueden traer aparejados la existencia de mecanismos específicos para algunos reclamos. En la órbita del Poder Ejecutivo existen instituciones que de formas diversas tienen el mandato de resguardar la vigencia de los derechos. El diseño institucional, la descripción de

⁴⁷ Estas circunstancias se presentaron en los casos reseñados por Maurino y Nino (caso del agua potable) por un lado, y Arcidiácono, Fairstein y Kletzel, por otro lado.

competencias, el proceso de selección y el compromiso político de sus funcionarios jerárquicos con la misión del organismo en el que actúan, la legitimación social y política de estos organismos y, en particular, la asignación presupuestaria de estas instituciones tendrán un papel fundamental en la determinación de su competencia y capacidad de actuación.

En todo caso, es fundamental que estos mecanismos sean ampliamente difundidos para conocimiento de la ciudadanía además de fácilmente accesibles para sus potenciales usuarios. Algunos mecanismos e instituciones cuya aplicación puede ser interesante para los fines analizados en este documento incluyen:

– *Defensorías del Pueblo*. Una Defensoría con presupuesto adecuado, personal capacitado y la necesaria independencia y relevancia institucional puede constituirse en un actor relevante para interpelar a la administración pública y encauzar los reclamos de los ciudadanos y ciudadanas. En su diseño institucional, sin embargo, debería prestarse especial atención a las distintas formas de actuación disponibles y los mecanismos para ejecutar sus decisiones.

– *Auditorías generales*. Diseñadas en el ámbito del derecho administrativo como herramientas para ejercer un control sobre el Poder Ejecutivo, la autonomía, jerarquía y ámbitos de competencia de las auditorías generales (en la Argentina, bajo la dirección de una persona designada por la oposición política del partido gobernante) podría ser un mecanismo interesante para formular estudios, investigaciones y denuncias.

– *Organismos especializados en la administración destinados a usuarios y consumidores*. Tanto en el ámbito específico de los entes reguladores de los servicios públicos como, de un modo más genérico, en el marco de las secretarías de comercio e industria, los entes dedicados a la protección de usuarios y consumidores pueden posicionarse como actores relevantes para la defensa de los derechos de los ciudadanos y ciudadanas. El poder de fiscalización que se reconozca a organizaciones de la sociedad civil y agrupaciones de consumidores (en la medida en que estas tengan vocación y recursos suficientes para asumir ese rol) será fundamental para asegurar la transparencia de sus mecanismos y el seguimiento y efectividad de sus resoluciones.

– *Organismos especializados en la administración destinados a grupos desaventajados*. En algunos países centrales, las normas específicas contemplan la creación de organismos especializados

en el defensa de los integrantes de ese colectivo de personas (migrantes, niños y niñas, personas con discapacidad). En la medida en que estos organismos se encuentren dotados de recursos, personal, facultades y capacidad de incidencia, su capacidad de acción y de influenciar en las políticas públicas serán relevantes.

– *Uso de medios tecnológicos para la formulación de reclamos.*

En los países centrales y en las zonas urbanas de los países periféricos, el uso de las herramientas tecnológicas (por ejemplo, a través de páginas web) puede facilitar el acceso a los medios para formular reclamos. Este recurso ha sido ampliamente utilizado como estrategia de acceso a la justicia, aunque algunas evaluaciones señalan con cautela las dificultades de comprensión y seguimiento que pueden esconder respecto de sus usuarios (Gherardi, 2006).

Para el adecuado uso de los recursos disponibles para el acceso a los derechos sociales, resulta fundamental el fortalecimiento de diversos actores de la sociedad civil que puedan eventualmente encontrarse en igualdad de armas con la administración pública ante un potencial conflicto. Así, es importante asegurar los recursos necesarios para permitir la consolidación y fortalecimiento de organizaciones de mujeres, de pueblos indígenas, de migrantes, de personas con discapacidad, de trabajadores/as, para que se constituyan en actores políticos involucrados en el ejercicio y defensa de los derechos sociales. En ese sentido, es interesante tomar nota que muchos de los casos reseñados en esta publicación fueron efectivamente patrocinados por organizaciones de la sociedad civil. Por lo tanto, queda claro que al menos en la situación actual de la ciudad de Buenos Aires, las organizaciones no gubernamentales cumplen un rol protagónico en la defensa de los derechos sociales.

5. A modo de conclusión

El mecanismo de revisión previa previsto para operar en el seno de la administración fracasa en el cumplimiento del objetivo para el que fue concebido y se convierte una vía rutinaria, por varios motivos: la falta de conocimiento de los administrados, la falta de formación y capacidad de decisión de los funcionarios que tramitan los reclamos y el papel de los abogados del Estado y las reglas de defensa en juicio que manejan.

Con anterioridad al planteo judicial de los casos en los que se discute la vulneración de derechos por parte de la administración

pública, hay una instancia de oportunidades generalmente ignoradas por la administración en su papel de actor indelegable para la revisión de la legalidad de los actos a través de los cuales se realizan los derechos sociales. Ante cada caso judicial y cada sentencia condenatoria del poder administrador, hay una indiferencia previa del Estado frente a la oportunidad de adecuar su actuación en función de la protección y garantía de los derechos de los ciudadanos. Los recursos administrativos para la revisión de la legalidad de los actos de la administración parecen haberse convertido (en el mejor de los casos) en poco más que la instancia previa necesaria para “agotar la vía administrativa” y dejar expedita la vía judicial para revisión de los actos de la administración⁴⁸.

Del mismo modo, la actuación de diversos organismos públicos (tal como la Defensoría del Pueblo de la Nación, en el caso del Plan Jefes y Jefas) fue desaprovechada como instancia de dialogo y acercamiento de las diversas posiciones repetidas en forma incansable en sucesivos procedimientos judiciales.

La administración pública puede desempeñar un rol relevante al menos en dos instancias diferentes. Por un lado, podría posicionarse como un interlocutor de los ciudadanos y ciudadanas que reclaman por sus derechos o de las organizaciones de la sociedad civil que los representan. Esto requiere, ciertamente, el reconocimiento de la legitimidad del reclamo –cuando se trata de entablar un diálogo con los ciudadanos y ciudadanas– pero también de la legitimidad de la representación que invocan, por caso, las organizaciones de la sociedad civil.

Para permitir este diálogo, es imprescindible que funcionarios con capacidad de decisión se involucren en las instancias de reclamos en sede administrativa o –cuando esto ya no fuera posible– en los procesos judiciales. Para ello, será necesario evaluar la necesidad de reformar las normas que regulan el ejercicio de la profesión de los abogados del Estado de modo de superar las situaciones descritas en el trabajos de Arcidiácono, Fairstein y Kletzel con relación a la constante y sistemática interposición de recursos

⁴⁸ Me refiero en forma genérica a los recursos previstos en la ley de Procedimientos Administrativos (ley 19.549 vigente para la Administración Pública Nacional) y en las normas similares de las jurisdicciones locales.

por parte del Poder Ejecutivo⁴⁹ y la desconexión señalada en el trabajo de Maurino y Nino.

Por otra parte, el diálogo entre funcionarios/as y los reclamantes podría darse como consecuencia de soluciones “dialogadas” no solo en el marco de un proceso judicial sino también ante las instancias administrativas⁵⁰. La iniciativa de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Verbitsky”⁵¹ podría convertirse en una modalidad para la resolución de casos complejos donde la demanda no se agota en la aplicación directa de una norma y la dimensión del caso excede los intereses directos de las partes involucradas, tradicionalmente consideradas. El efectivo alcance de lo resuelto por la Corte en “Verbitsky” aún está por verse, pero potencialmente el reconocimiento de la legitimación activa amplia para representar intereses de personas indeterminadas, la recuperación de la tradición pretoriana en la creación de la acción de hábeas corpus y la propuesta de instancias de diálogo para buscar la mejor solución del caso, parecen dar señales positivas en este sentido⁵².

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos rescató recientemente la relevancia de las garantías y recursos con que cuentan las personas en los procedimientos administrativos en los que se determinan sus derechos sociales. En este punto, la Comisión destaca “en particular la existencia de criterios claros y obje-

⁴⁹ El trabajo señala que el Poder Ejecutivo llegó a interponer recursos extraordinarios contra las sentencias de Cámara por las que se confirmaba el otorgamiento de las medidas cautelares otorgadas en los casos del Plan Jefes y Jefas.

⁵⁰ Sobre las alternativas en cuanto a los remedios judiciales en el marco de reformas estructurales a través de litigios de interés público, véase Sabel y Simon (2004) y Bergallo (2005).

⁵¹ “Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus”, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 3 de mayo de 2005.

⁵² Antes que “Verbitsky”, otros casos dieron pruebas de la imperiosa necesidad de diálogo entre las partes involucradas, aun cuando no hubiera sido una iniciativa del tribunal. En el caso “Freddo”, la condena de la Cámara Nacional en lo Civil a la empresa para que contratara mujeres hasta tanto se equilibrara la fuerza de trabajo femenina con la masculina –sin especificación de tiempos–, requirió de la intervención dialogada de las partes para llegar a un acuerdo a más de dos años de la sentencia. En ese caso, se trataba de actores particulares (una empresa comercial, por un lado, y una organización de la sociedad civil, por el otro). Pero vale la pena preguntarse si esto hubiera sido posible de haberse tratado de un demandado del sector público.

tivos para el otorgamiento de beneficios asistenciales y servicios, que pueden contribuir a limitar los márgenes de discrecionalidad y arbitrariedad de las autoridades públicas. Las cuestiones referentes a la accesibilidad de los servicios y programas sociales y la existencia de sistemas adecuados de monitoreo tales, son temas a considerar dentro de la categoría de capacidad estatal en relación a los indicadores de cada derecho” (CIDH, 2008). A tales efectos, se incluyen expresamente como indicadores de acceso a la justicia la información relativa a los mecanismos de queja o reclamo ante la denegación de derechos por la administración, con mecanismos adecuados de debido proceso. En un sentido similar, la Comisión había destacado en un documento anterior las garantías indispensables que deben regir en el proceso administrativo: la celebración de una audiencia de determinación de derechos, el derecho a la representación legal, a la notificación previa sobre la existencia de un proceso, el derecho a contar con una decisión fundada, la publicidad de las actuaciones administrativas, el derecho a un plazo razonable de proceso administrativo y el derecho a la revisión judicial de las decisiones administrativas (CIDH, 2007). Todas estas garantías deben ser entendidas como límites a la discrecionalidad estatal.

Como señala Rekosh (2005) hay distintas estrategias igualmente importantes para sostener la red de valores e ideales presente en el concepto de derecho de interés público, como estrategia para avanzar en la consolidación de un pacto social que conciba el enfoque de derechos como una herramienta fundamental para el reconocimiento y vigencia efectiva de los derechos sociales. En primer lugar, las organizaciones no gubernamentales pueden y deben hacer un uso más eficiente de la ley como instrumento para alcanzar propósitos sociales, lo que contribuiría al desarrollo de una esfera pública, en general, más vigorosa. Además, los profesores y profesoras –que preparan futuros abogados/as, funcionarios/as, jueces/zas– deben continuar fomentando un acercamiento entre la teoría y la práctica, con el propósito de afinar el razonamiento crítico de los futuros jueces y demás profesionales del campo jurídico. Asociados a estos esfuerzos, se encuentra la necesidad de comprender mejor el funcionamiento de los procesos administrativos y desarrollar instrumentos para perfeccionar el ejercicio del poder discrecional también por parte de los funcionarios públicos.

En la búsqueda de nuevas puertas para el acceso a la justicia y la materialización de los derechos sociales, resulta imperioso rescatar la importancia potencial de los funcionarios de la administración pública. Las instancias de formación y las posibilidades de promoción de los funcionarios públicos debieran colocar el énfasis en su función de servidores públicos y, como tales, agentes insustituibles para el acceso a la justicia de la ciudadanía. En la medida en que se reconozca y se valore la voluntad política en la administración de revisar con honestidad sus actos y decisiones, los funcionarios de primer nivel tendrán también un interés directo en involucrarse en los procesos y reclamos que se presenten en sus respectivos ámbitos de competencia, haciendo prioritario brindar una respuesta a toda vulneración de derechos sociales.

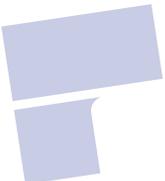
Bibliografía

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2002), *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid.
- Abramovich V.; Bovino, A. y Courtis, C. (2006), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Del Puerto/CELS, Buenos Aires.
- Abramovich, V. y Courtis, C. (2008), "Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales", en Gargarella, R. (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- Abramovich, V. y Pautassi, L. (2006), "Dilemas actuales en la resolución de la pobreza. El aporte del enfoque de derechos," trabajo elaborado para las *Jornadas Justicia y Derechos Humanos: políticas públicas para la construcción de ciudadanía*, en el marco del Seminario Taller *Los Derechos Humanos y las políticas públicas para enfrentar la pobreza y la desigualdad*, organizado por UNESCO, Secretaría de Derechos Humanos y Universidad Nacional Tres de Febrero; Buenos Aires, 12 y 13 diciembre de 2006.
- Abramovich, V. y Pautassi, L. (2008), "El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina", en *Salud Colectiva*, 2008; 4(3): 159-172.
- Abregú, M. y Courtis, C. (2004), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto/CELS, Buenos Aires.
- Anderson, M. R. (1999), *Access to Justice and the Legal Process*, Banco de Desarrollo.
- Bergallo, P. (2005), "Justicia y experimentalismo: la función remedial del Poder Judicial en el litigio de derecho público en Argentina", en SELA 2005, *Derecho y pobreza*, Del Puerto, Buenos Aires.

- Birgin, H. y Gherardi, N. (2008), “El acceso a la justicia como un derecho humano fundamental: retos y oportunidades para mejorar el ejercicio de los derechos de las mujeres”, en *Mujer y acceso a la justicia*, APDH, Buenos Aires.
- Campos, L.; Faur, E. y Pautassi, L. (2007), “Programas sociales y acceso a la justicia. Del discurso de derechos a la práctica asistencial”, en *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2007*, CELS/Siglo XXI, Buenos Aires.
- Cavallaro, J. y Brewer, S. E. (2008), “La función del litigio interamericano en la promoción de la justicia social”, en *Sur*, N° 8.
- CEPAL (2006), *La protección social de cara al futuro: acceso, financiamiento y solidaridad*, Santiago de Chile.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007), “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, OEA/Ser.L/V/II.129 Doc. 4, 7 de septiembre de 2007.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2008), “Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, OEA/Ser.L/V/II.132 Doc. 14, 19 de julio de 2008.
- Courtis, C. (2006), “La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud: apuntes críticos”, en Abramovich, V.; Bovino A. y Courtis, C. (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Del Puerto/CELS, Buenos Aires.
- Dahrendorf R. (1990), *Reflexiones sobre la revolución en Europa*, Emecé, Barcelona.
- Fundación Ford (2001), *Caminando hacia la Justicia. El trabajo en el área del derecho de los donatarios de la Fundación Ford en el mundo*, Santiago de Chile.
- Gargarella, R. (2008), “Justicia y derechos sociales: lo que no dice el argumento democrático”, en Gargarella, R. (coord.), *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- Gherardi, N. (2006), “Notas sobre acceso a la justicia en experiencias comparadas”, en Birgin, Haydeé y Kohen, Beatriz, *Acceso a la justicia como garantía de igualdad*, Biblos, Buenos Aires.
- Gloppen, S. (2008), “Public Interest Litigation, Social Rights and Social Policy”, en Anis A. Dani y Arjan De Haan (eds.), *Inclusive States. Social Policy and Structural Inequalities*, World Bank, Washington.
- Larrandart, L. (1992), “Acceso a la Justicia y tutela de los derechos ciudadanos”, en *Sistema Penal Argentino*, Ad-Hoc, Buenos Aires.
- Larrañaga, O. (2005), “Incorporating Social (Minimum) Services in the Measurement and Assessment of Poverty: Conceptual and Policy

- Issues with an Application to Chile”, presentado en Arusha Conference “New Frontiers of Social Policy”, 12 a 15 de diciembre de 2005.
- Lista, C. A. y Begala, S. (2002), “Marginalidad jurídica y acceso a la justicia: un estudio empírico en la ciudad de Córdoba”, en *Cuadernos del Fundejus*, N° 6.
- Mairal, H. A. (1984), *Control judicial de la administración pública*, De Palma, Buenos Aires.
- Maurino, G.; Nino, E. y Sigal M. (2006), *Las acciones colectivas*, Lexis-Nexis, Buenos Aires.
- Rekosh, E., “¿Quién define el interés público? Estrategias del derecho de interés público en Europa Centro-Oriental”, en *Sur*, Revista Internacional de Derechos Humanos, año 2, N° 2 (181-193).
- Sabel, C. y Simon, W. (2004), “Destabilizing Rights: How Public Law Litigation Succeeds”, en 117 *Harvard Law Review* 1015.
- Uprimi Yepes, R. (2007), “La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos”, en *Sur*, Revista Internacional de Derechos Humanos, año 4, N° 6 (53-69).



 pdfelement

Capítulo VII

El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales

Víctor Abramovich y Laura Pautassi

1. Introducción

Las experiencias analizadas a lo largo del presente libro dan cuenta de una situación inédita en la Argentina, pero que también lo es para América Latina, de cómo el litigio, y en especial el litigio colectivo basado en la operatividad de las cláusulas constitucionales, ha generado un nuevo escenario en materia de definición del conjunto de políticas sociales. Aquello que otrora refería solo a una difusa relación entre el sistema de políticas sociales y los derechos humanos, ha dado paso a un escenario en donde se han puesto en cuestionamiento las premisas que sustentan los propios sistemas de seguridad social. Si bien no podemos aventurar señalar que el impacto del litigio ha promovido un cambio radical en el conjunto de políticas sociales, el consenso es creciente hacia considerar de qué manera se puede articular el conjunto de derechos humanos y las políticas de desarrollo.

El activismo judicial desplegado y los resultados del litigio, además de los efectos reseñados en cada caso particular, dan cuenta de los límites de las políticas sociales discrecionales aplicadas en toda la región, en particular durante las décadas de los años ochenta y noventa, límites que, por otra parte, ya habían sido demostrados a partir del crecimiento de la pobreza y de la exclusión social. En el caso argentino, al impacto social negativo de la aplicación de políticas asistenciales discrecionales se suman fallos judiciales condenatorios de estas situaciones.

Paulatinamente se va ganando mayor consenso en América Latina en relación con la necesidad de pensar a las políticas públicas en general, y a las políticas sociales en particular, como parte de las obligaciones estatales para el cumplimiento efectivo de los derechos humanos. Tal enfoque supera la visión de las políticas sociales bajo una lógica signada por la oferta de beneficios de tipo asistencial, que pueden o no ser asumidos por el propio Estado, para dirigirse hacia la definición de las obligaciones que son responsabilidad del Estado, mediante los distintos instrumentos que

tiene a su alcance. Estas nuevas políticas pretenden superar décadas en la consideración de las personas como meros “beneficiarios” de programas sociales de corte asistencial para pasar a su valoración en tanto titulares plenos de derechos.

Este nuevo consenso no surge de un enfoque renovado en términos de una visión amplia en torno a los derechos humanos, sino parte de la búsqueda de nuevos elementos superadores ante el evidente fracaso de las políticas focalizadas de las décadas de los ochenta y los noventa, las que fueron promovidas particularmente por los organismos de asistencia crediticia, agrupados en el denominado consenso de Washington¹.

Por una parte, algo más de dos décadas de implementación de políticas de ajuste estructural y redefinición del rol de Estado tras la intervención de coaliciones gobernantes de cuño neoliberal, han mostrado no solo signos de fracaso en tanto la pobreza y la vulnerabilidad aumentaron sostenidamente, al mismo tiempo que la severa restricción y en muchos casos desmantelamiento que sufrieron los sistemas de políticas sociales, lograron el terrible efecto de transformar a América Latina en el continente más desigual.

Así los resultados de las políticas de reforma estructural provocaron serios desequilibrios en toda la región, pero principalmente debe quedar en claro que la pobreza se profundizó en América Latina por razones macroeconómicas y no solo por una débil institucionalidad o por los déficit propios de aplicar programas focalizados sin medidas más universales².

Sin embargo, y sobre este aspecto buscamos llamar la atención, la política social continúa definiéndose en América Latina principalmente en el seno de los organismos de asistencia crediti-

¹ Una de las tesis más difundidas en el marco de este consenso sostenía que una vez eliminada la intervención estatal –a partir de la liberalización de mercados, apertura comercial, atracción de inversiones, reducción del sector público y programas asistenciales focalizados dirigidos a los sectores más pobres– el intercambio mercantil promovería el crecimiento económico y distribuiría la riqueza a través del “efecto derrame” (Williamson, 1990). En este marco, los derechos sociales eran considerados como un gasto que no podía ser asumido ni por el Estado como tampoco podría soportar la competitividad de la economía.

² La región ha transitado etapas de crisis y de recuperación económica sin que ello haya modificado los niveles de pobreza, con ciertos atenuantes en períodos de alto crecimiento, con posteriores aumentos cuando sobreviene la crisis económica y nuevo estancamiento en momentos de su recuperación (Salama, 2006).

cia, los que no obstante la evidencia señalada, siguen promoviendo intervenciones ligadas a reafirmar al mercado como ámbito –y modelo– de coordinación económica por excelencia dotándolo de una “dimensión institucional”, en tanto reconocen que es imposible reducir la pobreza sin contrarrestar los efectos pro-cíclicos que genera la inestabilidad financiera sobre el crecimiento y la capacidad del gasto del Estado (Marques Pereira, 2006). Los programas de transferencias condicionadas de ingresos son un claro ejemplo de ello, los que tras largos años de implementación gozan de una institucionalidad importante que genera severas confusiones en torno a su carácter de estrategias focalizados, y en la mayoría de los casos, como el Plan Jefes y Jefas de Hogar Desocupados de la Argentina o el Programa Oportunidades de México, la masividad en la cobertura lleva a diluir el carácter de política focalizada³.

Bajo estos parámetros, los organismos de asistencia crediticia continúan recomendando que el Estado debe cumplir un rol meramente “estimulador” cualquiera sea el tipo de mercado donde interviene. En este marco, incentivar una mayor “prudencia financiera” y favorecer la empleabilidad de los trabajadores aparecen como los resortes institucionales decisivos de ajuste de los mercados, que supuestamente evitarían desempleo estructural o fuga de capitales, sin variar sustantivamente la anterior tesis de liberalización de los mercados (Marques Pereira, 2006)⁴.

³ Se estima que cerca de veinte millones de familias en América Latina reciben transferencias monetarias condicionadas (Valencia Lomeli, 2008). En 2008, quince países cuentan con un programa de esta naturaleza, entre los que se encuentran: Programa Familias y Plan Jefes y Jefas de Hogar (Argentina), Bolsa Familia (Brasil), Familias en Acción (Colombia), Programa de Transferencias Monetarias Condicionadas (Costa Rica), Puente-Chile Solidario (Chile), Bono de Desarrollo Humano (Ecuador), Red Solidaria (Salvador), Programa de Asignación Familiar (Honduras), Programme od Advancement Trough Health and Education (Jamaica), Oportunidades (México), Red Oportunidades (Panamá), Red de Promoción y Protección Social (Paraguay), Juntos (Perú), Solidaridad y Plan Nacional de Emergencia Social (Uruguay).

⁴ Marques Pereira (2006) demuestra, asimismo, que esta “revisión” de las políticas aplicadas esconde a su vez, un artilugio para consolidar el marco de políticas liberales aplicadas durante la década del 90, ya que el único cambio que se explicita es el reconocimiento de la presencia de las fallas del mercado y de los gobiernos, recomendando reformas institucionales para estimular la coordinación económica del mercado, agregando que van más allá, en el sentido de proponer al mercado como vara para medir la eficiencia del Estado.

Este nuevo direccionamiento de la política se agrupa en el denominado consenso pos-Washington, por el cual se incorpora la idea de institucionalidad y de gobernabilidad, en el sentido de proveer “mejores instituciones” y *good practices* para optimizar el funcionamiento de los mercados. Al mismo tiempo, se promueve un debate sobre la débil institucionalidad de ciertas intervenciones de política social, basadas en el reconocimiento de beneficios particularizados y meramente asistenciales, que excluyen el lenguaje y la lógica de los derechos, más allá que retóricamente los incluyan⁵.

En consecuencia proponen una “segunda generación” de programas, que lejos de superar esta visión propone incorporar un marco de derechos, denominado para el Banco Mundial como “marco comprensivo del desarrollo” que define a la pobreza como un fenómeno multidimensional, aunque las vías para superarla son nuevas versiones de antiguos programas de “combate” a la pobreza, en una apuesta mayor por dejar en claro la idea de derechos pero con prácticas focalizadas, aunque de mayor cobertura, pero que distan de ser propuestas de políticas universales⁶. Al mismo tiempo prestan especial atención a estimular la formación del capital humano y del capital social, introduciendo una mayor corresponsabilidad en ello a la propia población destinataria⁷.

Por su parte, en recientes publicaciones de estos organismos, sostienen claramente que la única forma de superar la pobreza y la exclusión es a partir de garantizar el conjunto de derechos socia-

⁵ Nada dicen en relación con la degradación de los derechos laborales, sindicales y de la seguridad social, que fueron un resultado explícito de las reformas implementadas en la última década en el ámbito del mercado de empleo y en los sistemas de jubilaciones y pensiones, que por otra parte contaron con el aval de estos organismos y, en muchos casos, como en lo atinente a las reformas previsionales, con su directo impulso.

⁶ Como destaca Valencia Lomeli (2008), estos programas se han convertido en el símbolo de una nueva manera de actuar frente a la pobreza y de un nuevo tipo de programas de asistencia social, respetuoso de los principios de mercado, y de las reformas económicas de los años ochenta y noventa que atravesó la región, con un claro predominio de la política social residual y focalizada en la extrema pobreza.

⁷ Se sigue, pues, utilizando la potencialidad de las personas, particularmente los pobres, los jóvenes, las mujeres, para “promover” que sean ellos mismos los que “abandonen” la pobreza, desconociendo el débil efecto que tienen este tipo de programas en contextos económicos de alta volatilidad, al mismo tiempo que se sostiene que la pobreza es un fenómeno de índole individual es altamente falaz.

les. En términos del Banco Interamericano de Desarrollo (2008: 260): “a menos que la inclusión se propicie a partir de los derechos ciudadanos, América Latina seguirá sufriendo por su legado de ser considerada como la región con mayor desigualdad del mundo”, haciendo abstracción de toda responsabilidad directa en la recomendación –y financiamiento– de políticas regresivas en materia de derechos. En forma similar, el Banco Mundial (World Bank, 2007: 93) también destaca la importancia de aplicar un enfoque de derechos en las políticas de desarrollo, que incremente el acceso a los servicios sociales, que garantice una mayor eficiencia en las prestaciones y que promueva la participación de los propios destinatarios, pero siempre bajo el marco de aplicación de programas focalizados y sin asumir su responsabilidad en la implementación de programas contrarios a derecho.

Y allí es precisamente donde nos interesa poner el énfasis de la argumentación: consiste en señalar que incorporar un marco de derechos en las estrategias de desarrollo debe tener en cuenta que si el mismo se aplica sobre las bases de un modelo económico vulnerable –como demuestra serlo el modelo heredado de los noventa–, a pesar de las recuperaciones poscrisis y el actual ciclo de las economías atravesado por la crisis económica internacional, consolidaría una suerte de “ficción ciudadana” en lugar de la consolidación de un marco de derechos en un modelo económico sólido⁸.

Precisando, no se puede forjar un marco de derechos vinculado a los proyectos y modelos económicos coyunturales, como tampoco se pueden pensar en la actualidad en derechos otorgados en función de la inserción en el mercado de empleo remunerado, tal como originariamente se definieron en algunos países como la Argentina, a los derechos sociales vinculados con la categoría de trabajador asalariado. Al respecto, es interesante considerar especialmente la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso Reyes Aguilera, en relación con la necesaria redefinición del contenido y del alcance del derecho a la seguridad social, que pone

⁸ La noción de ficción alude a que el Derecho crea un mundo propio, y pone en escena un juego de significantes y un sistema de representaciones que suelen romper paradigmas de tiempo real y provocar experiencias semejantes a las narraciones de las novelas (Marí, 2002: 375).

coto a esta dinámica de otorgar derechos en función de una relación laboral formal⁹.

En este sentido, se constata en la región una creciente demanda en relación con el enfoque de derechos aplicados al ámbito de las políticas sociales y las estrategias de desarrollo a nivel regional, las cuales todavía no han sido mayormente afectadas por la evolución del derecho internacional de derechos humanos, en cuanto al alcance de las obligaciones del Estado de proteger ciertos derechos fundamentales en el ámbito social, tal como se ha comprobado a lo largo de los casos analizados en el presente libro.

Paradójicamente, a pesar de compartir la preocupación por muchos temas comunes, especialmente en temas referidos a la pobreza, la vulnerabilidad y la exclusión y su relación con la dinámica de los procesos políticos y el funcionamiento de las instituciones democráticas, el campo de las políticas sociales, las estrategias de desarrollo y el campo de los derechos humanos han corrido en paralelo, con pocos puntos de encuentro o conexión. Mucho más visible ha resultado la bifurcación que se ha producido en relación con los modelos económicos e institucionales en donde desarrollar las estrategias señaladas y en donde existe una ausencia casi absoluta de debate en relación con el diseño de políticas de corte universal. En rigor, cada día se habla más de derechos pero en los hechos sigue diseñando o implementando estrategias focalizadas.

En tal sentido basta señalar que muchos de los conceptos habituales en el lenguaje del desarrollo, utilizados por las agencias de cooperación y las instituciones financieras internacionales (IFI), como la reducción de la pobreza, la participación, la inclusión, el buen gobierno, la responsabilidad y rendición de cuentas (*accountability*) refieren a las mismas cuestiones que en el campo de los derechos humanos describen el alcance de los derechos a la salud, a la alimentación, a la educación, a la libertad de expresión, a la participación política, a la igualdad y a la no discriminación, el

⁹ Corte Suprema, "Recurso de hecho deducido por Luisa Aguilera Mariaca y Antonio Reyes Barja en representación de Daniela Reyes Aguilera en la causa Reyes Aguilera, Daniela c/Estado Nacional", 4/9/2007. En el capítulo I de este libro se analiza en profundidad este fallo y las implicancias en términos de acceso a la seguridad social.

derecho de acceso a la justicia, entre otros. En ocasiones, el lenguaje de los derechos ha sido considerado como excesivamente político y poco neutral en algunas de las agencias de cooperación, e incluso como un lenguaje prohibido por los mandatos de algunas instituciones financieras internacionales, lo cual no ha impedido que la agenda de estas instituciones abordaran cuestiones de pobreza o de calidad institucional directamente vinculadas con aquellos derechos. Sin embargo, en los últimos años esta prohibición ha cedido paso ante una incorporación del enfoque de derechos sin el consiguiente análisis del impacto que presenta. De allí que pueden lograr una nueva ficción de interpretar a la focalización como una práctica conforme a derechos, eludiendo el principio de igualdad y los estándares jurídicos que son intrínsecos a la definición de un derecho social. Estos estándares permiten analizar las políticas públicas en materia social, particularmente las políticas destinadas a la pobreza y a los sectores vulnerables, considerando particularmente si éstas se adecuan o no a los parámetros desarrollados por el derecho internacional de los derechos humanos.

En rigor, las obligaciones de los Estados Parte no se limitan a satisfacer el contenido mínimo de los derechos económicos, sociales y culturales, sino que cada Estado se encuentra obligado a adoptar medidas para que de manera progresiva se alcance la satisfacción plena de estos derechos, y no puede escudarse en la falta de recursos disponibles para justificar su accionar si este induce a un sector de la población por debajo del estándar mínimo de protección de este derecho. A su vez, de cada derecho se desprenden una serie de obligaciones a las que haremos referencia a lo largo del capítulo, sin embargo, cabe adelantar que entre los estándares contenidos en cada derecho social, se encuentra la obligación de satisfacer –al menos– el contenido mínimo de los derechos; la de utilizar al máximo los recursos disponibles, el principio de progresividad y no regresividad; el principio de no discriminación; la producción de información, la participación de los sectores afectados en el diseño de las políticas públicas y el acceso a la justicia.

De forma inversa, la obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos obliga al Estado a no afectar este contenido mínimo al restringirlos. Toda restricción a derechos económicos, sociales y culturales debe ser sometida al control de la afectación o no del contenido esencial del derecho regulado. Todos estos

aspectos, que analizaremos a lo largo del capítulo, deben ser tenidos en absoluta consideración y análisis de razonabilidad antes de señalar que se está incorporando un enfoque de derechos.

En rigor, y debido al consenso señalado en relación con el enfoque de derechos, consideramos que existen suficientes razones y urgencias para cerrar las brechas y tender puentes entre el conjunto de derechos humanos y los sistemas de políticas sociales, que al mismo tiempo tiendan otro puente entre el sistema político (por caso las coaliciones gobernantes) para que reorienten la política económica en el mismo sentido de la estrategia de desarrollo bajo un marco de derechos. Al respecto, cabe recordar que el actual escenario político de América Latina marca una diferencia sustancial en relación con los años noventa, en tanto renovadas coaliciones políticas han ganado las urnas, evidenciando un cambio en las plataformas políticas y sociales. Entre otros importantes efectos, cabe mencionar la llegada a la presidencia en Brasil de un representante del Partido de los Trabajadores, reelecto en un segundo mandato; en Bolivia, por primera vez, un representante indígena llega a la presidencia; en Uruguay gobierna el Frente Amplio y recientemente un ex obispo católico asumió como presidente de Paraguay. Un hecho de trascendental importancia fue la elección de la primera presidente mujer en Chile, quien sostuvo en su plataforma electoral la paridad como eje de sus políticas, y dos años más tarde asumió también una mujer como presidente de la Argentina. Varios otros ejemplos ayudan a dar cuenta de un escenario regional que presenta importantes signos de ruptura con la hegemonía del denominado “pensamiento único” de años anteriores, aunque algunos modelos permanezcan estáticos frente a los cambios de la región. En todo caso, el escenario actual en la región muestra un creciente consenso hacia el impulso de programas de desarrollo respetuosos de los derechos humanos. Sin embargo, cabe destacar que es necesario lograr mayor precisión en relación con el impacto de un marco respetuoso del conjunto de derechos humanos, que va más allá de una fina retórica al respecto.

En particular en el ámbito regional en donde los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIDH) en temas tales como el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación; el derecho a la participación política y el derecho de acceder a la justicia, son de inestimable valor para ajustar aquellas discusiones acerca de la universalidad,

transparencia e institucionalidad de las políticas sociales y las estrategias de desarrollo¹⁰.

El actual escenario mundial, en el marco de la crisis alimentaria y de los primeros signos de deterioro y recesión que enfrenta la economía mundial, alertan sobre la urgencia en abordar la problemática ya que se corre un serio riesgo de retroceder en los avances que se alcanzaron en términos de superación de la pobreza y la indigencia¹¹.

De allí que uno de los principales aportes y, al mismo tiempo, de los principales desafíos del campo de los derechos humanos, en relación a los problemas regionales originados en la exclusión y la degradación institucional, reside en la *capacidad de guiar con estándares y principios la actuación de los Estados democráticos en las situaciones concretas*, tanto la jurisprudencia de los tribunales, a fin de determinar el alcance de los derechos, como los procesos de formulación de políticas públicas, contribuyendo de ese modo al fortalecimiento de las garantías institucionales y sociales de esos derechos en los diferentes espacios nacionales.

Sin embargo, y asumiendo la heterogeneidad de procesos y situaciones presentes en la región y de los compromisos internacionales asumidos por los Estados, los problemas centrales que hacen a la inserción laboral, la seguridad social, la participación política y el ejercicio de derechos en general, se dirimen en contextos mucho menos retóricos pero mucho más mediatos. De allí que resulta imprescindible que se concentren los esfuerzos para incorporar un enfoque de derechos y que los Estados asuman sus obli-

¹⁰ Estos estándares jurídicos pueden servir para fijar *un marco* para la definición de las políticas y estrategias de intervención tanto de los Estados como de los actores sociales y las agencias de cooperación para el desarrollo, y establecer un *criterio* común para la fiscalización y evaluación posterior de políticas y estrategias, otorgando un contenido más preciso a algunos principios que inspiran la formulación de estrategias de desarrollo y reducción de la pobreza en la región, tales como el *principio de inclusión, de participación, de rendición de cuentas y de responsabilidad* (Abramovich, 2006a y 2007).

¹¹ Gargarella (2005) señala que, en forma contraria a la práctica dominante durante años, los programas económicos deben ajustarse al respeto de los derechos, y no los derechos quedar dependientes de los programas de ajuste. La Constitución exige que nadie tenga sus intereses básicos sujetos a la esperanza del “derrame” económico, ni sus derechos condicionados al crecimiento de la riqueza.

gaciones positivas en materia de satisfacción de derechos económicos, sociales y culturales pero también civiles y políticos.

En los puntos siguientes argumentaremos en esta dirección, con especial énfasis en las relaciones entre estándares de derechos humanos y políticas sociales¹². Examinaremos algunos intentos por fijar esos marcos y sistemas de evaluación e indicadores a partir de la interpretación de las normas internacionales de derechos humanos, así como algunas tensiones y cuestionamientos que han provocado estas experiencias. Para ello nos detendremos en el debate acerca de la exclusión social y sus consecuencias en materia de derechos humanos; al mismo tiempo que analizaremos los dilemas que se presentan especialmente en materia de políticas distributivas y del principio de igualdad.

Sostendremos que estos estándares pueden servir además como criterio para el control y eventualmente la impugnación y el cuestionamiento de estas políticas tanto por la sociedad civil como los órganos de control institucional. En particular examinaremos el valor de los estándares interamericanos sobre el derecho a la igualdad y a la no discriminación y el derecho de acceso a la justicia; y su relación con los principios de inclusión, participación y rendición de cuentas, seguidos en el campo de las políticas sociales y las estrategias de desarrollo. Se trata pues de aproximar un conjunto de estándares aplicables al amplio y heterogéneo espectro de las estrategias de desarrollo, que lejos de actuar como discursos de buena voluntad política resulten operativos y coherentes para producir cambios, no solo en el rumbo de la política económica y social, sino en la centralidad y responsabilidad del propio Estado, como también contribuyan a una mejor comunicación entre la esfera judicial y la política.

2. Acerca de los consensos... o disensos

En los últimos años, el cuerpo de principios, reglas y estándares que componen el ámbito de los derechos humanos ha fijado

¹² Una versión preliminar del trabajo *Dilemas en la resolución de la pobreza. El aporte del enfoque de derechos*, de Víctor Abramovich y Laura Pautassi fue presentado en las Jornadas Justicia y Derechos Humanos: políticas públicas para la construcción de ciudadanía, en el marco del Seminario Taller Los Derechos Humanos y las políticas públicas para enfrentar la pobreza y la desigualdad, organizado por UNESCO, Secretaría de Derechos Humanos y Universidad Nacional Tres de Febrero, Buenos Aires, 12 y 13 diciembre de 2006.

con mayor claridad no sólo las obligaciones negativas del Estado sino también un cúmulo de obligaciones positivas. Esto significa que ha definido con mayor precisión no sólo aquello que el Estado no debe hacer, a fin de evitar violaciones, sino también aquello que debe hacer en orden a lograr la plena realización de los derechos civiles, políticos y también económicos, sociales y culturales¹³. En tal sentido, los derechos humanos no son pensados en la actualidad tan sólo como un límite a la opresión y al autoritarismo, sino también como un programa que puede guiar u orientar las políticas públicas de los Estados y contribuir al fortalecimiento de las instituciones democráticas.

En igual sentido, los órganos de supervisión internacional de derechos humanos, tanto a nivel universal como regional, han procurado no sólo reparar a las víctimas en casos particulares, sino también fijar un cuerpo de principios y estándares, con el propósito de incidir en la calidad de los procesos democráticos a través del fortalecimiento de los principales mecanismos domésticos de protección de derechos, tales como los sistemas de administración de justicia, los mecanismos de participación política y las instancias públicas de control horizontal, como oficinas electorales, defensorías, procuradores de derechos humanos, entre otras, y las áreas competentes de la administración pública que definen políticas con impacto en la vigencia de los derechos, en áreas de gobierno como la policía, los servicios penitenciarios y las prestaciones sociales.

Asimismo, cabe destacar los avances en materia de incorporar acciones transversales desde una perspectiva de género, que si bien aún son incipientes, significan una importante evolución en la visibilización de esta perspectiva. Pueden mencionarse, entre otros, las oficinas para el adelanto de la mujer, las comisiones tripartitas para la igualdad de oportunidades en el mundo del trabajo, el avance en derechos reproductivos y la discusión en torno a

¹³ Con esta nueva concepción se supera la histórica tradición de conceptualizar a los derechos humanos como un medio para imponer límites a las formas abusivas de uso del poder por el Estado, un decálogo de aquellas conductas que el Estado no debería hacer. No torturar, no privar arbitrariamente de la vida, no discriminar, no entrometerse en la vida privada y familiar de las personas (Abramovich, 2007).

los sesgos de género en materia de acceso a la justicia¹⁴. En general, la mayoría de las evaluaciones en materia de equidad, rescatan la construcción de nuevos espacios de igualdad en coexistencia con tradicionales prácticas discriminatorias, destacando el valioso aporte de las experiencias exitosas en políticas de género para el conjunto de políticas públicas, las que, además de profundizar en la búsqueda de la igualdad, constituyen nuevas formas de hacer política que favorecen la gobernabilidad¹⁵.

Este proceso de *globalización de estándares de derechos humanos*, si bien no ha alcanzado igual grado de desarrollo en toda la región y está sujeto en ocasiones a la precariedad de los sistemas de justicia, ha tenido una indudable incidencia positiva en la transformación de esos mismos sistemas y ha generado una mayor atención en las autoridades estatales a los principios y reglas que se fijan en el escenario interamericano. También ha favorecido este proceso la paulatina conformación de una burocracia estatal especializada en el manejo de estos temas, que suele incidir en algunos aspectos de la gestión pública, tales como oficinas y comisiones de derechos humanos, defensorías del pueblo y funcionarios especializados. De igual manera, debe reconocerse aquí el valor de ciertas medidas de acción positiva que han tenido un importante impacto en diversos ámbitos, principalmente en términos de equidad de género, pueblos originarios, discapacitados.

Ahora bien, la incidencia del discurso de los derechos humanos no se limita al impacto de sus decisiones sobre la jurisprudencia de los tribunales locales. Otra vía importante para el fortalecimiento de la institucionalidad democrática en los Estados, surge de su capacidad de incidir de manera directa en la orientación

¹⁴ Sin embargo, aún persisten numerosas inequidades de género por resolver en todos los países de América Latina, las cuales se cruzan y potencian con las brechas de equidad sociales, raciales y étnicas. Al respecto véase el análisis de Daeren (2001) y Rico (2000) sobre los procesos de institucionalización de género en la región.

¹⁵ En la mayoría de las Constituciones políticas de los países de la región se incluye el principio de igualdad y el derecho a la no discriminación, y en pocos casos se lo consagra expresamente en relación con la discriminación por género. Sin embargo, los mecanismos judiciales de exigibilidad de los derechos se caracterizan por su debilidad, por procedimientos inadecuados y por la presencia de jueces ajenos a las problemáticas de género (Birgin y Kohen, 2006; CIDH, 2007a).

general de algunas políticas públicas, y en los procesos de formulación, implementación, evaluación y fiscalización de éstas. Así, es común observar que las decisiones individuales adoptadas en un caso, suelen imponer a los Estados obligaciones de formular políticas para reparar la situación que da origen a la petición, e incluso establecen el deber de abordar los problemas estructurales que están en la raíz del conflicto analizado en ese caso, tal como ha sido analizado en el primer capítulo de éste libro.

En rigor, la imposición de estas obligaciones positivas es precedida por lo general del examen, bajo estándares jurídicos, de las políticas implementadas, o del comportamiento omisivo del Estado que ha provocado o favorecido una violación de derechos. Esas obligaciones pueden consistir en cambios de políticas existentes, reformas legales, acciones positivas, la implementación de procesos participativos para formular nuevas políticas públicas y muchas veces en la reversión de ciertos patrones de comportamiento que caracterizan el accionar de ciertas instituciones del Estado que promueven violaciones, por ejemplo, violencia policial, abuso y tortura en las prisiones, aquiescencia del Estado frente a situaciones de violencia doméstica, desalojos masivos de poblaciones indígenas de sus tierras ancestrales¹⁶. Además, en el marco de los casos individuales el sistema promueve habitualmente procesos de solución amistosa o negociaciones entre los peticionarios y los Estados, en los cuales los Estados muchas veces se avienen a implantar esas reformas institucionales o crean mecanismos de consulta con la sociedad civil para la definición de políticas¹⁷.

¹⁶ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) emite, asimismo, informes generales por países, donde analiza situaciones concretas de violaciones y realiza recomendaciones que orientan políticas estatales sobre la base de estándares jurídicos y puede emitir también informes temáticos que abarcan temas de interés regional o que conciernen a varios Estados. El enorme potencial que tienen estos informes se refleja en la fijación de estándares y principios, al mismo tiempo que relevan situaciones colectivas o problemas estructurales que pueden no estar debidamente reflejados en la agenda de los casos individuales. A su vez, el proceso de elaboración de los informes temáticos permite a la Comisión dialogar con actores sociales locales e internacionales relevantes para esa temática, recabar la opinión de expertos, de agencias de cooperación, de los órganos políticos y técnicos de la Organización de Estados Americanos (OEA), e iniciar vínculos con los funcionarios encargados de generar en definitiva políticas en los campos analizados (Abramovich, 2007).

¹⁷ A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) puede emitir opiniones consultivas que sirven para examinar problemas concretos

En otros términos, la jurisprudencia y las interpretaciones de los órganos del SIDH, tanto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como de la Corte Interamericana, y sus puntos de vista sobre problemas de índole estructural que afectan la vigencia de los derechos humanos en la región, han incidido en importantes reformas¹⁸. Al mismo tiempo, ambos órganos se han convertido gradualmente en un escenario privilegiado de activismo de la sociedad civil, que ha desplegado estrategias innovadoras para aprovechar en el ámbito nacional la repercusión internacional de los casos y situaciones denunciadas en las denominadas estrategias de búmeran. Algunos actores sociales como dijimos, se han valido de este escenario internacional no sólo para denunciar violaciones y hacer visibles ciertas prácticas estatales cuestionadas, sino también para alcanzar posiciones privilegiadas de diálogo con los gobiernos o con aliados al interior de éstos y para revertir las relaciones de fuerza, alterar la dinámica de algunos procesos políticos. Ello en ocasiones ha facilitado la apertura de espacios de participación e incidencia social en la formulación e implementación de políticas, y en el desarrollo de reformas institucionales. Por lo demás han sido estas organizaciones de derechos humanos las que mayormente han incorporado los estándares legales fijados por el SIDH como parámetro para evaluar y fiscalizar acciones y políticas de los Estados y en ocasiones para impugnarlas ante los tribunales o ante la opinión pública, al como se ha analizado en algunos de los casos reseñados a lo largo de este volumen.

más allá de los casos contenciosos, y fijar el alcance de las obligaciones estatales que emanan de la Convención y de otros tratados de derechos humanos aplicables en el ámbito regional, tales como la situación jurídica de los trabajadores migrantes y los derechos humanos de niños y adolescentes. En ocasiones, en estas opiniones consultivas la Corte ha intentado fijar marcos jurídicos para el desarrollo de políticas, por ejemplo, de las políticas migratorias y de las políticas dirigidas a la infancia, Corte IDH, Opinión Consultiva N° 17 y Opinión Consultiva N° 18 (Abramovich, 2007).

¹⁸ Se pueden mencionar las reformas en el funcionamiento y la accesibilidad de los sistemas de justicia, en la fijación de límites a las diversas formas de violencia estatal, en un mayor respeto de la libertad de expresión y el acceso a la información pública, en la derogación de normas discriminatorias de las mujeres, en el reconocimiento de los derechos de pueblos indígenas a sus tierras ancestrales y a la participación política, entre otras cuestiones medulares para las estrategias de desarrollo social en nuestros países (Méndez y Mariezcurrena, 2000).

Es decir, más allá de los consensos, encontramos un sistema integral y estructurado que opera en términos de dar efectividad a las medidas comprometidas por los Estados y que además fija estándares específicos que son aplicables a los sistemas internos de cada uno de los países de la región. En rigor, nos encontramos ante un escenario en donde las políticas y estrategias de desarrollo, y el campo de la protección internacional de los derechos humanos se encuentran mirando en la misma dirección, al reconocer *una agenda prioritaria vinculada a los problemas derivados de la exclusión social*.

Por ejemplo, la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) de Naciones Unidas ha señalado en un trabajo reciente que “la titularidad de los derechos debe guiar las políticas públicas. Se trata de orientar el desarrollo conforme al marco normativo de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, plasmado en acuerdos vinculantes, tanto nacionales como internacionales. Esto exige a su vez un contrato o pacto social que debe materializarse políticamente tanto en la legislación como en políticas públicas” (CEPAL, 2006: 14). Agrega el trabajo que resulta fundamental contar con organismos del Estado que sean competentes política y técnicamente, “a fin de que los derechos sean más exigibles, es decir que se garantice la existencia de mecanismos jurídicos y de política pública para que las personas puedan exigir la titularidad de sus derechos” (CEPAL, 2006: 14).

En rigor, hay consensos pero todavía no existen prácticas y estrategias que vinculen el marco de derechos con la aplicación de políticas y modelos económicos en la región. En tal sentido, existe una corriente hegemónica de pensamiento que considera que la exclusión y la pobreza son “efectos no deseados” de la implementación del modelo económico, y no consideran que precisamente constituyen una clara consecuencia de un largo proceso de ejecución de políticas económicas ortodoxas (Pautassi, 2006). A tal extremo se ha potenciado la inequidad distributiva, que incluso los defensores del mercado plantean la necesidad de “prácticas complementarias de asignación de recursos” para mitigar la feroz concentración de los ingresos, recomendando una serie de postulados, que se enrolan en el posconsenso de Washington, tal como fue analizado anteriormente. El nuevo “paquete” está integrado por medidas que buscan promover una vuelta al Estado, a partir de su fortalecimiento y una revisión de la asignación de bienes públicos,

aumentando su capacidad recaudadora, incorporando el concepto de protección social en reemplazo de la seguridad social¹⁹, como también de la equidad de género y protección del medio ambiente.

Este aparente consenso muestra en rigor un profundo disenso, en tanto la definición de la pobreza, como sus causas, son fundamentales a los efectos de diseñar políticas para su superación, y si bien el consenso esta puesto en pensar en derechos como vía superadora, el disenso se encuentra precisamente en las causas del fenómeno pero también en el contenido de los derechos recomendados y un desconocimiento de los estándares contenidos en cada derecho.

A su vez, y al igual que durante la primera “generación de reformas”, se implementan al margen de un debate público y participativo de la ciudadanía, la que no puede expresar sus demandas en torno a las políticas e instituciones reformadas, y a la vez, produce efectos considerables en la población. En primer lugar, no sólo importa la calidad de miembro de la sociedad, sino cómo se disfruta de tal derecho. Por ello, la participación social es una forma indispensable de ejercer la ciudadanía, conformando un bien en sí mismo, que no depende de su ejercicio efectivo.

Otro ejemplo es que conceptos como derechos sociales, ciudadanía, gobernabilidad, género, justicia y el propio enfoque de derechos, están siendo selectivamente apropiados por las instituciones financieras internacionales, al punto de constituirse como los principales interlocutores y referentes en la materia. Hacemos referencia concretamente, a que el peligro, desde el punto de vista de la problemática de la consolidación democrática, radica precisamente en que quienes utilizan estos conceptos en forma parcializada, vaciándolos de significado, promueven nuevas formas de institucionalidad que nada tienen que ver con la garantía de los derechos. Esta advertencia es nuevamente aplicable al enfoque de derechos.

A fin de precisar el alcance del problema y definir con cierta claridad a los efectos de este trabajo, qué significa una agenda vincula-

¹⁹ El término “seguridad social” significaba un paquete amplio de previsión, con un papel fuerte del Estado no sólo en la previsión, sino también en la regulación y el financiamiento. Por el contrario, la idea de protección social significa un modelo mucho más restringido y marca el alejamiento de una actividad estatal tan amplia como esa, para acercarse a una en que las personas, las familias y las comunidades desempeñen un papel más activo (Pautassi, 2003).

da a la exclusión, y como superarla; es adecuado considerar que la pobreza, en todas las variantes que se postule, no es el único problema social sino una de las formas en que se expresan los problemas sociales. La pobreza suele presentarse conjuntamente –y muchas veces confundirse– con otras formas de privación de elementos esenciales para que las personas puedan desarrollarse de forma “normal” en la sociedad²⁰. Por caso, las situaciones de marginalidad, de desempleo y de “exclusión social” que transitan grupos de individuos, a los cuales muchas veces se le suele atribuir relaciones transitivas entre los distintos conceptos: desempleo implicaría pobreza, pobreza sería sinónimo de exclusión social, exclusión social sería causa y efecto del desempleo, bajo nivel educativo sería otra causa de la pobreza²¹.

De este modo, en los últimos años cobró centralidad en el debate académico, como también en la arena política el concepto de “exclusión social” (*social exclusion*). Sintéticamente, los ejes del debate se inscriben en que la exclusión es una consecuencia de la dinámica de desarrollo de las sociedades modernas, la cual se caracteriza por aislar, apartar, separar a gran parte de la población del sistema de relaciones sociales consideradas “típicas”, descargando los costos de su desarrollo sobre los más subordinados²².

Numerosos son los trabajos y líneas desarrolladas en torno a la problemática de la exclusión. Lejos de pretender dar cuenta de tal, presentamos algunas líneas desarrolladas en torno a la cuestión que consideramos, realizan un importante aporte para los puentes que buscamos tender entre derechos y estrategias de desarrollo.

²⁰ En relación con el concepto de exclusión social seguimos lo desarrollado en Lo Vuolo, Barbeito, Pautassi y Rodríguez Enriquez (1999).

²¹ Las evidencias empíricas dan cuenta de que estas relaciones no tienen un fundamento fáctico, tanto en los países centrales como en los en desarrollo (Lo Vuolo *et al.*, 1999).

²² Esta situación ha dado paso a la denominada “nueva cuestión social” cuya novedad radica, a juicio de Rosanvallón, en que los nuevos conflictos que estructuran a la sociedad ya no son únicamente de reparto, en una óptica de lucha de clases. En la actualidad se trataría de conflictos de “interpretación sobre el sentido de la justicia”. En gran medida, la discusión sobre la cuestión social se traslada al contenido, en las sociedades modernas, de la noción de justicia distributiva. Para ello, pone énfasis en la inserción por el trabajo debe seguir siendo la piedra angular de toda lucha contra la exclusión. No se trata de asistir, sino de otorgar empleo para que de esta forma los individuos sientan que ocupan un lugar en la sociedad (Rosanvallón, 1995: 122).

2. A. El principal disenso: las causas y consecuencias de la exclusión social

Atenuar las secuelas de la desigualdad social fue históricamente una de las funciones clásicas de la política social. En el desarrollo de los modernos estados de bienestar, particularmente en el caso de los europeos, aquellos que implementaron políticas sociales de corte universalista lograron atenuar el impacto social, y, al mismo tiempo, consolidaron una mayor intitucionalidad democrática y consiguiente ejercicio de derechos para toda la ciudadanía. Por lo mismo, los ejemplos históricos disponibles en ésta dirección dan cuenta acerca del hecho que la protección (político social) material de los derechos democráticos de participación, es una condición previa indispensable para el ejercicio de estos derechos²³.

Ahora bien si la generalización de las posibilidades de participación política fue considerada como una de las conquistas esenciales de la modernidad, cabe preguntarse ¿por qué se produjo el crecimiento de la exclusión social? ¿Cuándo emerge este concepto identificando el cúmulo de problemas sociales?

Cuando analiza la utilización frecuente del concepto de exclusión social, Atkinson (1998: 7-8) reconoce la presencia de tres elementos que son recurrentes: relatividad; agencia y dinámica. El primer elemento intenta señalar que la exclusión se entiende como una situación que tiene coordenadas de tiempo y espacio y que no atañe a individuos aislados; la exclusión no se entiende observando sólo las circunstancias individuales sino que debe tomar en cuenta las actividades de los otros. El segundo elemento refiere a que la exclusión implica un acto, una acción donde están involucrados otros agentes y remite directamente a la idea de agencia, la que, a su vez, refiere a la idea de falta de responsabilidad individual de los excluidos con respecto a su situación personal. Finalmente, el elemento dinámico se refiere a la falta de perspectiva futura para el afectado por la exclusión y para las generaciones que lo sucedan.

²³ Autores como Vobruba (1998) analizan los efectos de las globalización en materia de política social, sintetizando el debate social y político según el cual la globalización afecta en creciente medida el margen de acción de los Estados, y en particular hace imposible una política social a nivel nacional.

El debate en la literatura francesa, parte precisamente por destacar que con la utilización del término exclusión, se da a entender que los afectados por los problemas sociales están “fuera” de la sociedad, cuando la realidad es que su situación se explica principalmente porque son alcanzados por la dinámica social. Además, se entiende que de esta forma se puede construir una imagen (considerada falsa) que representa a la sociedad dividida en dos polos, como así también que sólo existiría un atributo que marcaría la línea divisoria. Por el contrario, las divisiones sociales son más difusas y también son variados los atributos que definen la situación de cada persona. Sobre la base de estos argumentos se propone que, en lugar de pensar en una fuerza expulsora que excluye, el problema debería pensarse como un reflejo centrífugo y se propone el concepto de “inserción social” (*insertion sociale*). Con sus imprecisiones este concepto pretende dar cuenta de situaciones de carencia, cuya responsabilidad de ningún modo puede atribuirse a los afectados²⁴. No se trata de asistencia (que se derivaría de la noción de exclusión social) sino de buscar la reinserción de las personas en un régimen común con los demás miembros de la sociedad (Castel, 1997: 430).

La inserción social, constituye de esta forma un registro original de existencia, cierta forma de “socialización secundaria” que tiene que ver con la participación de las personas en una relación social intermediada por instituciones sociales, diferentes a la del empleo remunerado. No es seguro que a partir de la inserción social se llegue a la plena integración o inserción profesional²⁵, sino que se trata de una figura institucional que pretende ocuparse de aquellos que son válidos, pero que son “temporalmente inválidos”. El problema es si ese registro novedoso deviene una “etapa” en la vida de las personas o un “estado” más permanente, una transición hacia una integración social plena o un modo diferente de

²⁴ Por ejemplo, no se puede culpabilizar a los afectados de una situación de desempleo que no han elegido; al mismo tiempo, si no logran la “inserción” en el mercado de empleo remunerado es precisamente porque el modo de organización económica y social no se los permite (Lo Vuolo *et al.*, 1999).

²⁵ La idea de “inserción profesional” alude a ocupar un lugar “pleno” en la sociedad como participante de la relación social fundamental: el empleo, con sus garantías y servidumbres (Castel, 1997).

inserción social (Castel, 1997: 432). Los programas focalizados y transitorios de empleo aplicados en América Latina en la última década dan cuenta de este tipo de relaciones, en donde se ha perpetrado la idea de “temporalmente inválidos” para pasar a ser encasillados en la idea de “beneficiarios”, los que han rotado indefinidamente en diversos programas de este tipo.

Nuevamente para esta corriente, la noción de inserción social sería más adecuada que la de exclusión social porque pone el acento en la necesidad de colocar a los afectados por las carencias en una situación de “normalidad” y de “relaciones típicas” y no sólo de asistirlos para mitigar los efectos de sus privaciones. Como la situación de “normalidad” sigue siendo la inserción a través del empleo remunerado, la forma de instrumentar la inserción social es necesariamente por ésta vía²⁶.

En otros términos, las instituciones de la ciudadanía ofrecen la posibilidad de una solución racional a los problemas del capitalismo, pero existe una incompatibilidad fundamental entre los “títulos de derecho” (*entitlements*) de la ciudadanía democrática y los requerimientos económicos de las sociedades modernas. Esta tensión se refleja en la relación existente entre derechos y obligaciones²⁷.

²⁶ Si bien es claro que se trata de revalorizar el derecho de los individuos a sentirse “socialmente útiles”, cabe destacar que no necesariamente la utilidad social pasa por ocupar un empleo remunerado. Por caso, Rosanvallon señala que la cuestión social es nueva e insiste en que la clave para resolverla es continuar con una sociedad organizada conforme al mérito del empleo remunerado que, por cierto, es la forma en que se organizaba y resolvía la “vieja” cuestión social. Esto es más confuso cuando, al mismo tiempo, propone que el problema no está en el conflicto entre capital y trabajo. Sin embargo, gran parte de los problemas de empleo en las sociedades modernas se deben precisamente a ese conflicto, tanto en lo que refiere a las relaciones técnicas de producción más flexibles y ahorradoras de empleo, como a la distribución del valor agregado en la producción. Por su parte, Castel (1997) sostiene, sobre la base de su estudio del caso de Francia, que más que una nueva cuestión social se está en presencia de una “metamorfosis” de la misma problematización que en el pasado.

²⁷ Habermas (1994: 32) señala que en Europa la ciudadanía ha quedado muy lejos de ser una lucha de clases, sino que es el producto de otro tipo de fenómenos como las migraciones, las guerras, el desempleo, que sitúan la discusión con relación a los alcances de la inclusión de nuevos grupos y el impacto dentro de la movilidad social. El autor enfatiza que esta situación no es ajena al conflicto, lo que ha cambiado es el tenor del mismo.

Y en este afán, no se han ahorrado esfuerzos para difundir un *ideal abstracto*, coherente con las políticas implementadas en América Latina durante los noventa bajo la impronta de los designios neoliberales, que incluye un individuo, libre por excelencia, con capacidad para conocer sus posibilidades de incorporarse al mercado de empleo remunerado de acuerdo con sus capacidades y expectativas, de hacer elecciones racionales, tanto en términos de su vida cotidiana, como también en materia de cobertura de contingencias sociales. Así este ciudadano o ciudadana ideal, estarían dotados de suficientes atributos como para seleccionar el tipo de cobertura para su vejez, a partir de una opción entre régimen público de reparto o capitalización individual bajo administración privada, como también puede seleccionar la educación es más conveniente para sus hijos y para sí mismo, y qué sistema de salud resulta más apropiado.

En el otro extremo de este “ideal” se encuentran aquellos que no han sabido elegir o no han podido –por ausencia de capacidades según dicha argumentación– el curso de vida señalado, y por lo tanto son pasibles de *asistencia por parte del Estado*. Es precisamente para este grupo “no ideal”, que está reservada la política social asistencial y donde se concentran la mayoría de los y las excluidas. Se trata de aquellos que tienen un empleo precario, que no aportan a la seguridad social como consecuencia de la no registración de su contrato de trabajo, incluye además a los desocupados/as, los y las inactivos y a las mujeres que dedican su tiempo y energía al trabajo reproductivo.

En uno u otro caso, a pesar de hablar de un nuevo consenso, se perpetúa la idea que la dificultad de inserción laboral –el modelo ideal– es una *responsabilidad individual*. Así, se trataría simplemente de mejorar la competitividad de la mano de obra, a través de aumento de calificaciones personales, utilizar la intermediación de las instituciones públicas y privadas, para de este modo insertarse en el mercado de empleo remunerado y a partir de ello gozar de los “beneficios” de la “plenitud laboral”. Este argumento es claramente inaceptable y existe en toda América Latina evidencia empírica que demuestra precisamente lo contrario.

En otros términos, el eje de las estrategias actuales en políticas sociales parte por fortalecer el mercado de empleo remunerado sin considerar la imposibilidad de promover un reparto equitativo de las opciones de empleos remunerados plenos. Por lo

mismo, se fortalece un ideal ligado al de trabajador asalariado, dividiendo a los “otros” quienes no cumplen con éste patrón, agrupándolos en estrategias focalizadas y asistenciales. En términos de lenguaje de derechos, para los “ideales” hay reglas, normas y particularmente derechos, en cambio para los “otros” solo hay programas, beneficios y “beneficiarios”.

Trazada esta línea divisoria, entre “incluidos y excluidos”, entre “normales y con dificultades” se canaliza el actual debate, y consiguientes líneas de políticas, dejando en un segundo lugar el análisis de los problemas derivados de la exclusión, los que se reflejan en múltiples formas que abarcan la pobreza y la indigencia, pero también otras situaciones sociales, como la degradación de algunas prácticas institucionales y el deficiente funcionamiento de los Estados democráticos, lo que produce nuevas formas de vulneración de los derechos humanos, muchas veces emparentadas con las prácticas de los Estados autoritarios de décadas pasadas. No se trata de Estados que se organizan para violar sistemáticamente derechos, ni que planifican en sus esferas superiores acciones deliberadas para vulnerarlos, sino de Estados con autoridades electas legítimamente, que no son capaces de revertir e impedir prácticas arbitrarias de sus propios agentes, ni de asegurar mecanismos efectivos de responsabilidad por sus actos, como consecuencia del precario funcionamiento de sus sistemas de justicia (Pinheiro, 2002). La paradoja se encuentra a la vez, en que estos efectos de la exclusión se han traducido también en una pérdida de confianza de la población en las instituciones democráticas y en una frustración generalizada por los resultados de las políticas públicas, no solo en términos de bienestar sino también en términos de equidad.

Los sectores sociales bajo condiciones estructurales de desigualdad y exclusión son las víctimas principales de este déficit institucional que afecta derechos políticos, sociales y civiles. Ello se observa en conflictos que ocupan la agenda de derechos humanos en América Latina: la violencia policial, el hacinamiento y la tortura en los sistemas carcelarios, cuyas víctimas predilectas son los jóvenes de sectores populares; las prácticas generalizadas de violencia doméstica contra las mujeres, que llegan al extremo de concretarse homicidios agravados, y son toleradas por las autoridades estatales; la privación de la tierra y de la participación política de las comunidades indígenas; la discriminación de la población afro-

descendiente en el acceso a la educación y a la justicia; el abuso de las burocracias contra los inmigrantes indocumentados; los desplazamientos masivos de población rural en el contexto de la violencia política.

En este sentido, son escasos los análisis que vinculan cómo la implementación de este tipo de políticas se transformó rápidamente en una suerte de “perfeccionismo estatal” moderado identificando como “*forma superior de vida*” el marco provisto por los diseños neoliberales –particularmente por el esperado efecto derrame– para convertirlos en metas para realizar en la vida política²⁸.

Sin embargo, debe destacarse que en este consenso, en términos de la necesidad de incorporar en la agenda la exclusión social como prioritaria, debe considerarse no sólo la pertinencia de la descripción de los factores que contribuyen a ella, sino también las consecuencias que puede tener en términos de política pública; y precisar una derivación inmediata del énfasis colocado en la multiplicidad de factores que explican la pobreza y la exclusión, cuando se desvaloriza el factor económica en la solución del problema. Esta conclusión, que marca un disenso entre la visión de la perspectiva de derechos y las recomendaciones de los organismos de asistencia crediticia, como también de algunos gobiernos de la región, puede servir para sostener el argumento que no es en la política económica donde hay que buscar las salidas de la pobreza sino en una mejor organización comunitaria, en mejores canales de participación, en mayor educación o en propuestas dirigidas a fortalecer el capital social. Si bien acordamos que estas variables son importantísimas, sostenemos que previo a impulsar políticas en ésta dirección, es recomendable jerarquizar los ejes de una estrategia de desarrollo.

²⁸ El *perfeccionismo* estatal es aquella concepción filosófica que considera como misión legítima del Estado lograr que los individuos acepten y materialicen ideales válidos de virtud personal. Aseguran que el Estado no puede permanecer neutral en relación con aquellas concepciones respecto de lo que resulta bueno, y debe, para ello, adoptar las consiguientes medidas educativas, punitorias, que sean necesarias para que los individuos ajusten su vida a los verdaderos ideales de la virtud y el bien. El perfeccionismo se distingue del *paternalismo jurídico o estatal*, que consiste en imponer a los individuos conductas o cursos de acción que son aptos para que satisfagan sus preferencias subjetivas y los planes de vida que han elegido libremente. En otros términos, es la intervención coactiva en el comportamiento de una persona a fin de evitar que se dañe a sí misma (Garzón Valdéz, 1988).

En rigor, a pesar de contar con diversas y muchas veces contrapuestas interpretaciones sobre el significado y alcance de la exclusión social, se sigue considerando como única alternativa que la salida de la exclusión está en el empleo remunerado. Esta lectura acota irrazonablemente el problema, y no permite definir qué sucede en aquella zona gris que ocupan las personas que no pueden ingresar al mercado de empleo remunerado o, por diversas situaciones, no pueden sostener una trayectoria laboral²⁹.

Asimismo el hecho de focalizar la “solución” al problema de la exclusión deja de lado situaciones que padecen las personas insertas en un empleo o una ocupación pero que no necesariamente están incluidas en las sociedades en que viven. A modo de ejemplo, la presencia de estructuras que discriminan por género e impiden el acceso a las mujeres a los puestos de conducción debería considerarse como un indicador de exclusión. En este caso se dispone de un ingreso, pero no se garantizan mecanismos que respeten el principio de igualdad de oportunidades en el mundo del trabajo. Entonces ¿bajo que parámetros se estaría promoviendo procesos de inclusión social?

3. Acerca de los dilemas...

A esta altura del análisis cabe preguntarse en el marco del consenso que se ha creado en torno al enfoque de derechos y la interrelación con el sistema de derechos humanos, ¿por qué no se aplican políticas en esta dirección?³⁰. Si bien son muchas las respuestas posibles, en el marco de posiciones ideológicas determi-

²⁹ Allí cobra fuerza el enfoque de las capacidades desarrollado por Sen (1985), quien define a la pobreza como la ausencia o realización inadecuada de ciertas libertades básicas (tales como la libertad de evitar el hambre, la enfermedad, el analfabetismo), otorgando parte de la responsabilidad a la falta de manejo sobre los recursos necesarios para el desarrollo de estas capacidades. Así, considera que las oportunidades de vida de las personas se refieren a su capacidad para desenvolverse (funcionar) dentro del sistema social que le toca vivir; es decir lo que una persona puede “hacer” (*can do*) o puede “ser” (*can be*). La capacidad refleja la libertad para escoger entre diferentes maneras de vivir; resultando el acceso a determinados bienes sociales un aspecto clave en dicha elección.

³⁰ Hasta la fecha, el único país de la región que ha comenzado un proceso de implementación del enfoque de derechos es Ecuador, que presentó su Plan Nacional de Desarrollo (2007-2010) donde explícitamente se incorpora el enfoque de derechos, ver SENPLADES (2007).

nantes asumidas por las coaliciones gobernantes en la región, es necesario indagar acerca de qué elementos explican la inserción diferencial de ciudadanos y ciudadanas en los diversos ámbitos de bienestar y participación social y cuáles otros explican la exclusión de otros grandes grupos de población en términos de derechos sociales, inserción y ciudadanía.

Para ello consideramos que resulta importante detenerse en lo que estas experiencias tienen de común y de diferente. ¿Por qué? Porque la lucha por la inclusión y el reconocimiento se da en un contexto donde persiste una extrema inequidad material, por lo que además de plantearse la búsqueda de la igualdad de oportunidades –no solo entre varones y mujeres sino entre distintos grupos sociales– en el acceso a los bienes económicos y sociales, debe también plantearse en forma paralela los problemas de redistribución en un sentido más amplio.

La cuestión pasaría entonces, por encontrar aquellas explicaciones y acciones que den cuenta tanto de las inequidades culturales de reconocimiento (por caso, reconocer las diferencias de género, de etnia) como de las injusticias sociales (por caso, el aumento de la inseguridad socioeconómica del trabajo). Esto es lo que Fraser (1997) denomina el dilema del reconocimiento-redistribución (*redistribution-recognition dilemma*).

¿Cómo se sintetiza este dilema? En principio, y siempre de manera estilizada, podrían identificarse dos tipos de injusticias. Por un lado, la injusticia socioeconómica, determinada por la estructura político-económica de la sociedad. Esto incluye, por ejemplo, la explotación (ver el fruto del trabajo propio ser apropiado en beneficio de otro), la marginalización económica (ser confinado a trabajos indeseables o de muy baja remuneración) o la privación (ver negado el acceso a un adecuado estándar material de vida). Por otro lado, se encuentra la injusticia cultural o simbólica, que encuentra sus raíces en los patrones de representación, interpretación y comunicación. Esto incluye, por ejemplo, la dominación cultural (ser sometido a pautas culturales que son ajenas) y la falta de reconocimiento (resultar invisible a la luz de las prácticas autorizantes de la propia cultura). Allí propone la autora un enfoque alternativo que consiste en tratar al reconocimiento como una cuestión de estatus social, considerando que no es la identidad de grupo en sí misma lo que precisa de reconocimiento sino el estatus de cada uno de los miembros del grupo como participantes plenos de la interacción social. La falta de reconoci-

miento no necesariamente puede significar desprecio, sino subordinación social, en tanto implica la imposibilidad de participar como igual en la vida social³¹.

El remedio para la injusticia económica estaría en la reestructuración económico-política, que puede englobarse en el término genérico de “redistribución”. Por ejemplo, la redistribución del ingreso, la reorganización de la división del trabajo, o la transformación de otras estructuras económicas. El remedio para la injusticia cultural, que puede englobarse en el rótulo general de “reconocimiento” sería el cambio simbólico o cultural de algún tipo, por ejemplo, reevaluar las identidades de grupo o los productos culturales de las minorías. El dilema se produce cuando ciertas luchas por el reconocimiento tienden a profundizar las diferencias mientras las luchas por la redistribución tienden a proponer la homogeneización y ambas se dan en un mismo colectivo. Ese sería el caso paradigmático del género.

¿Cómo se aplica este razonamiento al fenómeno de la pobreza y la exclusión social? Pues bien, existe un componente que se relaciona fundamentalmente con la justicia distributiva y refiere a la división en el acceso a empleos remunerados, discriminando entre los trabajos mejor pagos, más calificados, relacionados fundamentalmente con el nivel educativo y los trabajos peor remunerados, de baja calificación y productividad, sin acceso a la seguridad social.

Esta tensión se relaciona con el otro componente y se vincula con una diferenciación que encuentra su raíz en valores culturales y de la propia subordinación de estatus. Una de las demostraciones más explícitas de injusticia desde este punto de vista es el androcentrismo, es decir, la construcción de normas que privilegian los rasgos masculinos y devalúan todo aquello asociado con lo “femenino”. Por lo tanto, la búsqueda de equidad en un contex-

³¹ El reconocimiento como una cuestión de estatus implica analizar los modelos de valor cultural institucionalizados en la medida que afectan la posición de los actores sociales. Si estos modelos conforman a los actores como iguales, capaces de participar de igual manera en la vida social, existe un reconocimiento recíproco e igualdad de estatus. Por el contrario, cuando estos modelos consideran a determinados actores como inferiores, invisibles o excluidos, se está ante la subordinación de estatus. Esto es, la falta de reconocimiento constituye una relación institucionalizada de subordinación social (Fraser, 2000: 61).

to de expansión de la vulnerabilidad laboral, donde hay grupos de “oferentes” relativamente más vulnerables que otros, aunque igual de productivos, requiere, por un lado, la modificación de la economía de manera de eliminar su estructuración y, por otro lado, transformaciones culturales (así como su expresión legal y práctica) para recomponer la valorización.

En otros términos, los Estados deben avanzar hacia la implementación de políticas y estrategias que permitan ingresar en el campo de desarrollo de una ciudadanía más sustantiva (Fraser, 2000). Y allí es donde consideramos que el enfoque de derechos presenta criterios explícitos para evaluar la compatibilidad de la política social con estándares legales que, a su vez, sirvan como vínculo necesario con la política económica.

4. Abriendo puertas. Interrelaciones entre estándares de derechos humanos y políticas sociales

En líneas generales, el enfoque de *derechos considera que el primer paso para otorgar poder* a los sectores excluidos es reconocer que son titulares de derechos que obligan al Estado. Al introducir este concepto se procura cambiar la lógica de los procesos de elaboración de políticas, para que el punto de partida no sea la existencia de personas con necesidades que deben ser asistidas, sino sujetos con derecho a demandar determinadas prestaciones y conductas. Las acciones que se emprendan en este campo no son consideradas solamente como el cumplimiento de mandatos morales o políticos, sino como la vía escogida para dar cumplimiento a las obligaciones jurídicas, imperativas y exigibles, impuestas por los tratados de derechos humanos. Los derechos demandan obligaciones y las obligaciones requieren mecanismos de exigibilidad y cumplimiento.

Más allá de que los diversos marcos conceptuales sobre el enfoque de derechos parten de variados fundamentos políticos y filosóficos, e incluso difieren a veces en las definiciones de pobreza, comparten *la idea de que las situaciones de pobreza determinan la privación de algunas libertades básicas*, tanto positivas como negativas, tales como la libertad de evitar el hambre, la enfermedad, el analfabetismo; y que la pobreza depende tanto de factores económicos como de condicionantes culturales, sociales, legales y políticos. Si bien la pobreza está relacionada con la insuficiente disposición de recursos económicos, entre ellos los ingresos per-

sonales, por ejemplo, ello no entraña forzosamente la primacía de factores económicos como causantes de la pobreza. Ciertas prácticas culturales, así como marcos políticos y jurídicos que facilitan o promueven la discriminación contra grupos particulares, como los indígenas o minorías étnicas, actúan como mecanismos de exclusión social que causan o contribuyen a causar pobreza en la línea de la subordinación de estatus mencionada³².

Los diversos marcos conceptuales *no abordan todos los derechos, sino que procuran identificar aquellos que resultan fundamentales en las estrategias de desarrollo* o reducción de pobreza, por su relación constitutiva o instrumental con la pobreza. Así, por ejemplo, el documento de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU señala tres diferentes formas en que los derechos humanos pueden ser pertinentes: pertinencia constitutiva, pertinencia instrumental y pertinencia restrictiva respecto del contenido y el ámbito de las estrategias. Algunos derechos tienen pertinencia constitutiva cuando corresponden a las capacidades consideradas básicas por una sociedad determinada, y si su falta de cumplimiento obedece a la disposición insuficiente de recursos económicos; por ejemplo, el derecho a la alimentación o el derecho a la salud. Otros derechos tienen pertinencia instrumental pues contribuyen a prevenir los procesos sociales o políticos que pueden conducir a situaciones de pobreza, como algunos derechos civiles y políticos. Así la libertad de expresión y los derechos vinculados con el funcionamiento de democracias representativas, con elecciones periódicas y limpias, acotan las posibilidades de que la sociedad tolere situaciones de pobreza extrema como

³² Ver, en tal sentido, Hunt, Nowak y Osmani (2004: cap. 1). En igual sentido, la CIDH: "La pobreza extrema constituye una violación generalizada a todos los derechos humanos, tanto civiles y políticos como sociales, económicos y culturales. Los requerimientos del derecho humano a una vida digna trascienden los contenidos igualmente fundamentales del derecho a no ser ejecutado arbitrariamente, del derecho a la integridad personal, del derecho a la libertad personal, de los derechos relacionados con la democracia representativa y de los demás derechos civiles y políticos. Además de destinar recursos públicos por un monto suficiente para los derechos sociales y económicos, los Estados deben velar por un uso apropiado de esos recursos. La experiencia demuestra que la pobreza extrema puede afectar seriamente la institucionalidad democrática, pues constituye una desnaturalización de la democracia y hace ilusoria la participación ciudadana, el acceso a la justicia y el disfrute efectivo, en general, de los derechos humanos" (CIDH, 2000: cap. V, 17).

crisis alimentarias, sin demandar respuestas al gobierno o activar mecanismos de responsabilidad social o política.

Otros derechos resultan instrumentales por facilitar procesos sociales de consulta y evaluación, indispensables para la definición de cualquier política o estrategia de reducción de la pobreza, tales como los derechos de participación, de información, de asociación o reunión. La última forma en que ciertos derechos pueden ser pertinentes para las estrategias es cuando pueden actuar como una restricción o limitación de los tipos de actuación permisibles. Así por ejemplo, aunque es totalmente razonable que un país muy poblado, pero con escasos recursos quisiera adoptar medidas de control demográfico, como parte de una estrategia para reducir la pobreza, no sería admisible que adoptara medidas como la esterilización forzosa, pues estas medidas violan la integridad física y la intimidad de las personas. De tal modo, ciertos derechos cuyo incumplimiento no es en sí constitutivo de la pobreza, y cuya promoción puede no tener valor instrumental para las estrategias de desarrollo y reducción de la pobreza, pueden, no obstante, tener alguna relación con la orientación de las políticas al excluir ciertas opciones de actuación estatal que se consideran legalmente prohibidas.

Un punto común en los diferentes marcos conceptuales es la adopción del principio *de interdependencia* entre los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales, aunque ciertamente no todos los marcos ponen el mismo énfasis en las diferentes categorías de derechos. Los derechos a considerar y las prioridades se definen por lo general, en función de las diversas estrategias de desarrollo y sin considerar *a priori* la preeminencia de ninguna categoría de derechos por sobre la otra.

Nuevamente no existe una única “receta” para el modelo de desarrollo, pero si existe un mínimo irrenunciable y obligatorio de derechos a ser incorporados en dicha estrategia. De igual manera, *solo con políticas de corte universal se garantizan mínimos comunes irrenunciables, que a la vez promueven mejores garantías de igualdad y no discriminación.*

Contribuye a esta visión la consideración de un núcleo de obligaciones negativas y positivas comunes a todas las categorías de derechos, que se agrupan bajo tres niveles de obligaciones: de respetar, de proteger y de cumplir. Los marcos conceptuales parten de definir con mayor o menor detalle las principales obligaciones que

derivan de los derechos seleccionados como pertinentes en esa estrategia y fijan a partir de estas obligaciones posibles *metas e indicadores* de desarrollo, pero sólo como referencia de las metas e indicadores que deberían fijarse en cada proceso participativo a nivel local.

Algunas críticas a la posibilidad de asumir una lógica de derechos humanos en las políticas de desarrollo, ponen el acento en cuestionar la ambigüedad o falta de claridad sobre el contenido de las obligaciones que emanan de los derechos económicos, sociales y culturales. Discuten también que pueda asignárseles el mismo grado de exigibilidad o un grado de exigibilidad equiparable a los derechos civiles y políticos (Overseas Development Institute, 1999). También plantean que una mirada de derechos de las políticas públicas puede resultar en ocasiones demasiado rígida y en consecuencia puede acotar inconvenientemente la discrecionalidad de los decidores al momento de formular estrategias de desarrollo. Si bien retomaremos esta cuestión, diremos preliminarmente que existe un punto robusto en estas objeciones, pues la relación entre derechos humanos, en especial derechos económicos, sociales y culturales y políticas públicas es una cuestión espinoza, que no cuenta aún con avances suficientemente coherentes, ni en el derecho internacional, ni en el derecho constitucional.

Los partidarios del enfoque de derechos entienden que el cambio de perspectiva no implica modificaciones drásticas o abruptas en las prácticas que las agencias de cooperación y los decidores de políticas vienen realizando en los últimos años, pues rescatan los puntos de encuentro y sinergia entre el campo del desarrollo y el campo de los derechos humanos. Sostienen que las obligaciones que imponen los tratados de derechos humanos no son exorbitantes, ni le restan espacio a las políticas, sino que refieren tan sólo a aquellas acciones mínimas que el Estado tiene el deber de realizar. *El lenguaje de los derechos, señalan, no nos dice mucho acerca del contenido de las políticas, pero si puede decirnos algunas cosas sobre su orientación general y nos brinda un marco de conceptos que debe guiar el proceso para su formulación, su implementación y su evaluación.*

Su principal aporte a las estrategias de desarrollo y al proceso de formulación de políticas sociales, reside en la vinculación de los derechos con la “entrega de poder” a los sectores empobrecidos y el fortalecimiento de los mecanismos de responsabilidad a partir del uso de la “infraestructura institucional” internacional y nacio-

nal que sostiene el campo de los derechos humanos. Consideran además que los tratados de derechos humanos y su interpretación por los órganos internacionales brindan un marco explícito, claro, reconocido por todos los países y además con una fuerte legitimidad social y política, que indudablemente mejorará el grado de eficacia de las estrategias de desarrollo, así como la posibilidad de articulación de actores estatales y no estatales en el escenario local, nacional e internacional.

En definitiva, como anticipamos, el valor agregado o el potencial aporte del enfoque de derechos en el campo de desarrollo, puede ser diverso y con importantes diferencias, según consideremos el punto de vista y los intereses de los distintos actores sociales y políticos involucrados en las estrategias de desarrollo, tales como los Estados, las agencias de cooperación, las instituciones donantes y las organizaciones sociales.

Sin embargo, y en relación con el dilema del reconocimiento-redistribución, la perspectiva de derechos estaría fortaleciendo un marco que respalda no solo la identidad sino los mecanismos de exigibilidad, los que ponen un interesante coto a la promoción de la subordinación de estatus. A su vez, la presencia de obligaciones exigibles a los Estados da cuenta de un avance en la redistribución, que sin duda lejos está de resolver el dilema, pero si aporta al menos, un modelo institucionalizado de conducta a adoptar por parte de los Estados.

5. Una segunda puerta: derechos, autonomía y exigibilidad

Para operacionalizar el enfoque de derechos humanos, tanto en relación con el ámbito del desarrollo y de las políticas económicas y sociales, todas las políticas e instituciones que tienen por finalidad impulsar estrategias en esa dirección, deben basarse explícitamente en las normas y principios establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos.

Tal como establece el artículo 5 de la Declaración de Viena adoptada en la Conferencia de Derechos Humanos en 1993 “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como los diversos patrimonios his-

tóricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

Lo establecido en el citado instrumento, refiere a la responsabilidad que le compete al Estado en la promoción de la igualdad real, tanto a nivel del diseño de políticas públicas y como también en la promoción de instancias de cambio cultural para consolidar la igualdad entre mujeres y hombres en todos los niveles. Es precisamente en materia del principio de igualdad y no discriminación, que de acuerdo a lo establecido en la Convención Internacional contra la Discriminación de la Mujer (CEDAW) cada Estado parte es responsable de asegurar el goce de los derechos en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna, debiendo adoptar todas las medidas que sean necesarias, incluida la prohibición de la discriminación por razón de sexo, para poner término a los actos discriminatorios que obstan al pleno disfrute de los derechos, tanto en el sector público como en el privado³³.

En las estrategias de desarrollo y de reducción de la pobreza se ha reconocido ampliamente la importancia de dotar de poder a los sectores pobres y excluidos. El enfoque de derechos humanos apunta esencialmente a ese otorgamiento de poder por la vía del reconocimiento de derechos. Una vez introducido este concepto en el contexto de la adopción de políticas, el punto de partida utilizado para la formulación de una política no consiste en reconocer la existencia de ciertos sectores sociales que tienen necesidades no cubiertas, sino fundamentalmente la existencia de personas que tienen derechos que pueden exigir o demandar, esto es, atribuciones que dan origen a obligaciones jurídicas de parte de otros y, por

³³ A partir de allí se promovieron modificaciones constitucionales y legislativas que sirvieron para avanzar en el reconocimiento de los derechos de otros sectores sociales como los pueblos originarios o grupos discriminados por su opción sexual. En ese sentido, los alcances de la CEDAW trascienden el ámbito específico de la igualdad de género para convertirse en un hito en la reelaboración del concepto de discriminación, lo que beneficia en forma universal a muchos grupos humanos. Ha servido también para promover la rendición de cuentas por parte de los Estados y, de esa manera, institucionalizar una práctica de transparencia en la gestión pública que permite, incluso a las organizaciones de la sociedad civil, elaborar informes alternativos a los oficiales (Montaño, 2006).

consiguiente, al establecimiento de mecanismos de tutela, garantía o responsabilidad.

Se procura de este modo cambiar la lógica de la relación entre el Estado –o los prestadores de bienes y servicios–, y aquellos que se beneficiarán con las políticas. No se trata sólo de personas con necesidades, que reciben beneficios asistenciales o prestaciones fruto de la discrecionalidad, sino titulares de derechos que tienen el poder jurídico y social de exigir del Estado ciertos comportamientos (Alsop y Norton, 2004). En el lenguaje de América Latina, se trata de no seguir promoviendo la inclusión de “beneficiarios” en programas focalizados, sino considerar a personas titulares de derecho con acceso a un sistema de seguridad social.

Antes de adentrarnos en la discusión específica sobre el sentido y alcance de un enfoque de derechos, es útil preguntarse previamente qué significa tener un derecho y cuáles son las principales implicaciones del uso del lenguaje de los derechos en el campo de las políticas de desarrollo y reducción de pobreza. Aunque el lenguaje de los derechos tiene de por sí un valor ético y político y puede servir para fortalecer las demandas sociales frente a situaciones de inequidad, sus implicancias concretas en las relaciones sociales no siempre se consideran adecuadamente. El riesgo puede ser la utilización de una retórica de los derechos que luego no logre satisfacer las mínimas expectativas que este concepto puede legítimamente ocasionar. En éste último caso, es interesante ver el caso del Plan Jefes y Jefas de Hogar descrito en el capítulo II de este volumen.

Uno de los rasgos que caracteriza a un derecho es la posibilidad de dirigir un reclamo ante una autoridad independiente del obligado –habitualmente, un juez– para que haga cumplir la obligación o imponga reparaciones o sanciones por el incumplimiento. Este rasgo se denomina *justiciabilidad* o *exigibilidad judicial*, y supone una técnica de garantía del cumplimiento de las obligaciones que se desprenden del derecho de que se trate.

El reconocimiento de derechos impone entonces la creación de acciones judiciales o de otro tipo, que permitan al titular del derecho reclamar ante una autoridad judicial u otra con similar independencia, ante la falta de cumplimiento de su obligación por parte del sujeto obligado. Un enfoque de derechos establece obligaciones correlativas cuyo incumplimiento activará diferentes mecanismos de responsabilidad o de garantías. Por ello, *el reconocimiento de derechos es también el reconocimiento de un campo de*

poder para sus titulares y, en ese sentido, puede actuar como una forma de restablecer equilibrios en el marco de situaciones sociales marcadamente desiguales. Es indudable también que el reconocimiento de derechos limita de alguna manera el margen de acción de los sujetos obligados, entre ellos el Estado. Define en cierta medida, y en sentido amplio, aquellas acciones que el obligado puede y las que no puede hacer.

Es interesante analizar esta cuestión respecto a los derechos económicos, sociales y culturales y sus técnicas de garantía o protección, pues habitualmente se objeta su reconocimiento como derechos precisamente con el argumento de que plantear ciertas cuestiones sociales en el plano jurídico, puede restarle espacio a la política, construyendo a los Estados en el margen de acción para adoptar estrategias efectivas de mitigación de la pobreza y de impulso del desarrollo. En otros términos y según argumentaremos en lo que sigue, resulta fundamental para un enfoque de derechos partir del reconocimiento de esta relación directa entre el derecho, la obligación correlativa y la garantía, pues ella tendrá sin duda impacto en la fijación de un marco conceptual para el desarrollo de políticas públicas y en los mecanismos de rendición de cuentas o responsabilidad, que puedan considerarse compatibles con la noción de derechos. En definitiva, el lenguaje de derechos exige identificar algún tipo de mecanismo de seguimiento y responsabilidad que involucre a los actores del proceso de definición de políticas, tal como fue reseñado en muchos de los casos judiciales analizados en este libro³⁴.

Asimismo, resulta conexo con los anteriores principios, la específica consideración del principio de participación en toda su extensión, en tanto resulta clave en las estrategias y políticas de desarrollo, al mismo tiempo que resulta un método para identificar necesidades y prioridades a nivel local o comunitario. Este principio medular de participación puede ser precisado por su vinculación con el ejercicio de determinados derechos civiles y políti-

³⁴ Es interesante en tal sentido seguir el debate acerca de la posibilidad de leer y exigir el cumplimiento de las metas del milenio (ODM) de Naciones Unidas, que no tienen un lenguaje de derechos, desde la perspectiva de los derechos humanos, a fin de otorgarles un grado mayor de exigibilidad a nivel de cada país, más allá del compromiso político asumido por los Estados, ver *The Millennium Development Goals and Human Rights* (2003).

cos, y en especial con las definiciones sobre el contenido y alcance de algunos de estos derechos en las instancias de protección internacional de derechos humanos. Existen además algunos derechos concretos de participación y consulta en los procesos de decisión de políticas públicas sociales que están directamente definidos en normas internacionales o constitucionales.

De allí que resulte clave analizar en qué medida ciertos sectores discriminados o excluidos socialmente en la región, que suelen definirse como los beneficiarios de las acciones de promoción, padecen dificultades particulares para el ejercicio efectivo de algunos de estos derechos, lo que impone severos límites al éxito de los mecanismos formales de consulta y participación que se establecen habitualmente en las estrategias de desarrollo.

Es indudable que la participación política requerida en el marco de un proceso democrático no se limita a contar con un sistema institucionalizado de elecciones periódicas y limpias (O'Donnell, 2000). Requiere fundamentalmente la posibilidad de ejercer algunos otros derechos que actúan en cierto modo como una condición previa para que un proceso democrático funcione con cierta regularidad, tales como el derecho de asociación, de reunión, la libertad sindical, la libertad de expresión y el derecho de acceder a la información, entre otros. La posibilidad real de ejercer estos derechos determinará la posibilidad de los sectores más pobres de incidir en los procesos políticos y en la orientación de las decisiones del gobierno, pero estará, a su vez, condicionada o limitada por el grado en el que puedan ejercer sus derechos económicos, sociales y culturales.

Si nos interrogamos acerca de las razones por las que muchas veces los titulares de derechos no pueden acceder al cúmulo de obligaciones y garantías que incluye el conjunto de garantías ciudadanas. Nos referimos explícitamente a los bajos o nulos índices de participación de los grupos excluidos, especialmente los y las pobres, los y las indígenas, los y las desempleados, entre otros.

Es usual encontrar como respuesta al interrogante de la baja participación y la dificultad de empoderarse (*empowerment*) de estos grupos, en un consenso que identifica como problema el desconocimiento de la existencia de derechos pero también como consecuencia de un débil posicionamiento de estos titulares en el conjunto de la sociedad. Esto es, no reclaman ni pueden ser autónomos porque desconocen la idea de sujeto portador de derechos.

Ahora bien nada se dice sobre la oferta de “empoderamiento” y de mecanismos institucionales que logren sortear esta suerte de demanda ciudadana ausente en estos grupos. Allí salvo determinados mecanismos como las acciones positivas u otras de discriminación inversa, no se encuentra un conjunto de medidas que otorgue titularidad a estos ciudadanos y ciudadanas. En rigor, estamos ante la presencia no de un “dilema de la pobreza” sino claramente de un falso dilema, en tanto, nunca se previó en el diseño ni en los valores que motivaron las políticas públicas el impulso de acciones hacia estos grupos de la población. A ello contribuyeron fuertemente la dinámica de los procesos de reforma en la región, que asumieron a estos grupos como los “perdedores” del proceso, incapaces de ser incorporados en el conjunto de la sociedad y por lo tanto no se buscó fomentar su autonomía. A su vez, los programas focalizados asistenciales fueron funcionales para ello.

En forma similar, los programas y políticas ciegas al género actúan en la misma dirección³⁵. Así esta formulación no cuestiona la división sexual del trabajo y apuesta a la mayor productividad del trabajo doméstico a fin de facilitar el trabajo remunerado de las mujeres. Tampoco se analiza las situaciones de segregación y discriminación que padecen las mujeres en el mercado de empleo productivo, sino que además se ubica la causa de las desigualdades y de la subordinación de las mujeres en su situación de pobreza y no en las relaciones sociales de clase y de género que caracterizan a los países de la región (Pautassi, 2007).

Cabe destacar que las políticas que apuntan a garantizar servicios jurídicos a personas carentes de recursos y mecanismos de acceso a la justicia, actúan como mecanismos para compensar situaciones de desigualdad material que afectan la defensa eficaz de los propios intereses y por ello, son quizá las políticas judiciales que se vinculan más directamente con las políticas y servicios sociales. Sin embargo, se debe impulsar con firmeza que la garantía del acceso a la justicia no se limita únicamente a la posibilidad de formular una queja sino que debe incluir la eventualidad de acceder y sostenerse a lo largo de toda la instancia judicial que el

³⁵ En estos casos, la ceguera al género de las políticas surge no tanto de ignorar a las mujeres en el diseño de las políticas sino en abstraerlas del contexto social de sus vidas; Kabeer (1998). La usual referencia a políticas neutrales en falsa, en tanto no existe neutralidad en términos de género en ninguna política pública.

reclamo requiera. En consecuencia, resulta necesario un grado importante de alfabetización jurídica y de conciencia de la existencia derechos para la ciudadanía en general (Gherardi, 2006).

Paradójicamente el campo de las políticas sociales no suele advertir la importancia de los sistemas y políticas de acceso a la justicia y a mecanismos de reclamos de derechos, como componentes esenciales para mejorar la participación social, la transparencia, fiscalización y en definitiva la efectividad de las propias políticas³⁶. Paralelamente los sectores especializados en temáticas judiciales, tienden a analizar los problemas de acceso a la justicia como asuntos vinculados estrictamente al diseño de los sistemas de justicia y desvinculados de las lógicas y orientaciones de las políticas sociales.

Esa relación directa existe no sólo porque los procesos de degradación social y exclusión agudizan los problemas de acceso a la justicia³⁷, sino también porque la lógica de las políticas sociales suele incidir en la posibilidad de ejercer derechos, en especial frente al Estado, tanto sociales como civiles y políticos.

Resulta evidente de la experiencia en la Argentina, que la degradación de los derechos laborales y el debilitamiento de las estructuras sindicales, tuvo un impacto directo en el desmantelamiento de redes sociales que favorecían la tutela de los derechos. En algunas provincias el predominio del empleo público inhibe la defensa de derechos frente a la arbitrariedad del propio Estado. Al mismo tiempo, la sujeción de los ingresos familiares a la ayuda social discrecional inhibió a importantes sectores de la población de formular sus reclamos en términos de acciones litigiosas, de modo que las políticas asistenciales basadas en beneficios de reconocimiento discrecional, agudizan las barreras institucionales para el acceso a los tribunales, tal como fue analizado en los diversos capítulos que integran este volumen.

³⁶ La Comisión Interamericana (CIDH, 2007b) analiza el conjunto de estándares fijados por el sistema interamericano que garanticen la protección judicial efectiva y su vinculación con los DESC.

³⁷ Un ejemplo elocuente es el aumento del número de imputados que requieren los servicios de un defensor público en la Provincia de Buenos Aires a partir de la agudización de la crisis social. En la actualidad ocho de cada diez imputados tienen defensor público, cuando seis años atrás el porcentaje era de seis de cada diez. La defensa pública suele ser el sector de la justicia en el que más impactan los cambios de la situación social. Pese a ello, no ha existido capacidad de reacción para pensar políticas de acceso que den cuenta de este cambio en el escenario social y el nuevo caudal de demanda sobre el servicio.

6. Obligaciones comunes y diferentes categorías de derechos: márgenes para la definición de las políticas públicas

El enfoque de derechos, si bien fija un marco conceptual para la formulación y la evaluación de las políticas, no debería conducir a acotar o limitar en exceso el margen de acción de los gobiernos para la formulación de esas políticas. Principalmente por no imponer a los Estados ni a los sujetos obligados una determinada manera de hacer las cosas ni de cercenar la creatividad de los decisores sujetándolos a esquemas rígidos o inflexibles. La idea que prevalece es que cada Estado debe ser dueño de su estrategia y aquí hay un punto de relación entre la idea afianzada en el campo del desarrollo sobre la “propiedad del Estado” y el derecho de autodeterminación.

La realización de los derechos humanos en el marco de las políticas y estrategias de desarrollo puede alcanzarse por caminos diversos. Así, sistemas de libre mercado o con mayor intervención del Estado en la economía pueden realizar o cumplir con los mandatos del derecho internacional de los derechos humanos.

Debe quedar bien en claro que los derechos no imponen necesariamente acciones concretas, sino tipos de obligaciones que si bien fijan una orientación, un camino que debe transitarse, un marco para las definiciones, dejan al Estado o a los sujetos obligados, un espacio importante de discreción para elegir las medidas específicas a partir de las cuales se realizaran esos derechos. Ello es así, tanto para los derechos civiles y políticos cuanto para los derechos económicos, sociales y culturales, pues todos ellos demandan un complejo de obligaciones negativas y positivas.

Este es un punto importante para matizar las críticas a la posibilidad de exigir plenamente los derechos sociales o la idea de las imposiciones exorbitantes a la acción política. Desde esta perspectiva, las diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son diferencias de grado, más que diferencias sustanciales³⁸. Puede reconocerse que la faceta más visible de los derechos económicos, sociales y culturales son

³⁸ Contreras Peláez (1994: 21): “No existen, en resumen, obligaciones ‘negativas’ puras (o, mejor dicho, derechos que comporten exclusivamente obligaciones negativas), pero sí parece posible afirmar una diferencia de grado en lo que se refiere a la relevancia que las prestaciones tienen para uno y otro tipo de derechos”.

las obligaciones de hacer, y es por ello que a veces se los denomina “derechos-prestación”³⁹.

Sin embargo, no resulta difícil descubrir cuando se observa la estructura de estos derechos la existencia concomitante de obligaciones de no hacer: el derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud; el derecho a la educación supone la obligación de no empeorar la educación; el derecho a la preservación del patrimonio cultural implica la obligación de no destruir el patrimonio cultural. Es por ello que muchas de las acciones tendientes a la aplicación judicial de los derechos económicos, sociales y culturales se dirigen a corregir la actividad estatal cuando ésta incumple con obligaciones de no hacer.

Además la concepción teórica, e incluso la regulación jurídica concreta de varios derechos civiles tradicionalmente considerados “derechos-autonomía” o derechos que generan obligaciones negativas por parte del Estado, ha variado de tal modo, que algunos de los derechos clásicamente considerados “civiles y políticos” han adquirido un indudable cariz social. La pérdida de carácter absoluto del derecho de propiedad, sobre la base de consideraciones sociales, es el ejemplo más cabal al respecto, aunque no el único⁴⁰.

En suma, muchos derechos tradicionalmente abarcados por el catálogo de derechos civiles y políticos han sido reinterpretados en clave social, de modo que las distinciones absolutas también pierden sentido en estos casos (Ewald, 1985). En tal sentido, la jurisprudencia de los órganos de protección internacional de derechos humanos, ha establecido la obligación positiva de los Estados de remover los obstáculos sociales que impiden el acceso a la jurisdicción, de tomar medidas apropiadas para evitar que alteraciones ambientales puedan constituir una violación del derecho a la vida privada y familiar, de desarrollar acciones positivas para evitar riesgos previsibles y evitables que puedan afectar el derecho a la vida, lo que comprende en ciertos casos el deber de asegurar, mediante medidas positivas, concretas y debidamente orientadas,

³⁹ Ver Contreras Peláez (1994: 17-20), De Castro (1981: 15-17) y Abramovich y Courtis (2002).

⁴⁰ Ver Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), artículo 21.1: “Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. *La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social*” (el destacado nos pertenece).

el acceso a condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana, en especial cuando se trata de sectores afectados por situaciones estructurales de exclusión social o bajo condiciones de riesgo, cuya atención se torna prioritaria, como por ejemplo pueblos indígenas o niños y niñas que viven en las calles o bajo sistemas de internación manejados discrecionalmente por el Estado, o personas viviendo con vih/sida.

Podría decirse entonces que la adscripción de un derecho al catálogo de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales tiene un valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio, pero que una conceptualización más rigurosa llevaría a admitir un *continuum* de derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caractericen. En tal esquema, habrá algunos derechos que, por ser claramente pasibles de ser caracterizados a través de obligaciones negativas del Estado, queden enmarcados en el horizonte de los derechos civiles y políticos. Tal sería el caso, por ejemplo, de la libertad de conciencia, o la libertad de publicación de ideas sin censura previa. En el otro polo, algunos derechos que resultan caracterizados fundamentalmente a través de obligaciones positivas del Estado, quedarán abarcados en el catálogo de derechos económicos, sociales y culturales. Tal sería el caso, por ejemplo, del derecho a la vivienda⁴¹.

Eide (1995) sostiene que es un error común, fruto de una escasa comprensión de la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales, considerar que sólo el Estado debe satisfacer esos derechos y que por el costo que ello representa su provisión provocará indefectiblemente un desproporcionado crecimiento del aparato estatal. Entiende que es el individuo el sujeto activo de todo desarrollo económico y social tal como lo establece la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo⁴² y que, por lo tanto, en un

⁴¹ Aun en este caso es posible señalar obligaciones negativas. De acuerdo a Van Hoof, el Estado violaría el derecho a la vivienda si admitiera que las viviendas modestas pertenecientes a personas de bajos recursos fueran demolidas y reemplazadas por viviendas de lujo que estuvieran fuera del alcance económico de los habitantes originales, sin ofrecerles acceso a viviendas alternativas en términos razonables (Van Hoof, 1994: 97-110). Con más razón, el Estado debe abstenerse de realizar por sí mismo el desplazamiento en dichas condiciones.

⁴² Artículo 2 de Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 41/128 del 4/12/1986. Para mayor amplitud en el tema, ver Eide (1995: 21-49, en especial ps. 36-38) y Eide (1999).

primer nivel en relación a los derechos económicos, sociales y culturales se encuentra la obligación del Estado de *respetar* la libertad de acción y el uso de los recursos propios de cada individuo o de grupos específicos, en pos de autosatisfacer sus necesidades económicas y sociales. En un segundo nivel existe una obligación estatal de *proteger* esa libertad de acción y uso de los recursos frente a terceros. Esta función de tutela es la más importante que ejerce el Estado en relación con los derechos económicos, sociales y culturales y es similar al rol que cumple como protector de los derechos civiles y políticos. En un tercer nivel, existe una obligación de *asistencia* que puede asumir formas diversas –por ejemplo, el art. 11.2, PIDESC–, y una obligación de *satisfacción* –que puede consistir en la directa provisión de medios para cubrir necesidades básicas como comida o recursos de subsistencia cuando no existan otras posibilidades–.

De tal modo, afirma Eide (1995), el argumento de que garantizar los derechos civiles y políticos a diferencia de los derechos económicos, sociales y culturales, no requiere utilizar recursos públicos, resulta sólo sostenible si enfocamos las obligaciones estatales en relaciones a los derechos económicos, sociales y culturales sólo en el tercer nivel (asistencia y satisfacción) y las vinculadas a los derechos civiles y políticos sólo en el primer nivel (respeto).

En tal sentido, la lógica de derechos no restringe las opciones de políticas públicas que el Estado puede adoptar para realizar sus obligaciones. Es posible reconocer un margen importante de autonomía de los Estados acerca de cuales son las medidas específicas que se puede adoptar para realizar los derechos. Este punto es central para poder compatibilizar el enfoque de derechos con los procesos nacionales de definición de estrategias de desarrollo y reducción de pobreza, y debe ser considerado especialmente al intentar emplear estándares jurídicos en la fiscalización y evaluación de esas políticas.

Cuando las normas del derecho internacional imponen a un Estado obligaciones jurídicas que éste decide hacer cumplir a través de otros actores no estatales, conserva siempre una responsabilidad de la que no puede desligarse. Funciona como un garante de última instancia. Así, por ejemplo, puede considerarse conveniente reducir al máximo las esferas de participación del Estado como proveedor de bienes públicos, salvo a través de redes de contención en situaciones de extrema pobreza y exclusión, para evitar

que la intervención de la burocracia estatal que en un país puede ser corrupta y clientelar:

También puede adoptarse una estrategia de descentralización hacia unidades políticas locales como responsables directas de los servicios. A ello han apuntado, por ejemplo, algunas estrategias de reforma sectorial del Banco Mundial en el plano de la salud o la educación. Aun cuando no podría afirmarse que estas estrategias son contrarias a los mandatos legales, por ejemplo, del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en materia de salud y educación, el Estado nacional debería cumplir algunas obligaciones mínimas, como fijar un claro marco regulatorio de esas prestaciones y procurar que el proceso no derive en desigualdad en el acceso a los servicios. Por lo demás, conservará en todo momento una responsabilidad final por el impacto de las políticas, más allá de que no las ejecute directamente⁴³.

Los instrumentos internacionales fijan estándares orientadores de políticas públicas que van luego a ser la “regla de juicio” sobre cuya base intervienen los mecanismos de supervisión –o el poder judicial en su caso o las propias organizaciones públicas y no gubernamentales que realizan actividades de monitoreo– para controlar si las políticas y medidas adoptadas se ajustan o no a esos estándares, que pueden ser, por ejemplo, los estándares de “razonabilidad”, “adecuación” “progresividad” o “igualdad”, o el análisis de contenidos mínimos que pueden venir dados por las propias normas internacionales que fijan derechos. Por ello el

⁴³ Un tema complejo que no podremos analizar por razones de extensión, es la articulación de responsabilidades entre los Estados federales y los estados provinciales y locales. Los tratados de derechos humanos que se toman como base del enfoque de derechos fijan obligaciones para los Estados federales que no pueden deslindar en la negligencia o incumplimiento de las autoridades locales. De tal modo, tienden a federalizar ciertas cuestiones, al imponer deberes mínimos que el Estado federal debe respetar. Las estrategias de desarrollo procuran, en general, el camino de la descentralización, para garantizar mejores niveles de participación y definición de prioridades. En muchos casos, si bien el Estado federal debe responder, incluso ante instancias internacionales, por la violación de derechos humanos, el sistema constitucional no le brinda herramientas para intervenir de manera preventiva en la forma en que los estados provinciales o locales están ejecutando una política social o una reforma institucional. De modo que puede ser deudor de última instancia, pero sin los medios para evitar preventivamente la violación de derechos.

derecho internacional de los derechos humanos no contiene en sí un determinado diseño de políticas, sino estándares que sirven de marco a las políticas que cada Estado define.

Cabe señalar que recientemente la Organización de los Estados Americanos (OEA) ha aprobado los lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en el marco de cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados que han ratificado el Protocolo de El Salvador⁴⁴. Se trata del marco general, a partir del cual, los Estados deberán informar del grado de avance en el cumplimiento efectivo de los derechos comprendidos en el Protocolo, identificando indicadores (estructurales, de proceso y de resultado) como también promueve que los gobiernos identifiquen señales de progreso cualitativas para la satisfacción de los derechos en cuestión. A su vez, se definen indicadores sobre temas transversales, como igualdad, acceso a la justicia y acceso a la información y participación, CIDH (2008). Este instrumento es de utilidad no solo al momento de evaluar el cumplimiento de derechos sino también para el diseño de políticas públicas conforme a derecho.

Por otra parte, los mecanismos de supervisión y eventualmente los jueces tampoco tienen la tarea de diseñar políticas públicas, sino la de confrontar el diseño de políticas asumidas con los estándares jurídicos aplicables y –en caso de hallar divergencias– reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia. Si los Estados no adoptan ninguna medida entonces los mecanismos de supervisión, entre ellos la justicia, pueden activar la toma de decisiones en aras de cumplimentar con las obligaciones jurídicas. Por lo demás, las políticas incorrectas o que fracasan, no siempre determinan el incumplimiento de derechos, sólo ocurrirá así cuando el Estado no haya cumplido con alguna de las obligaciones asumidas. Por el contrario, *puede haber políticas exitosas en sus objetivos pero que consagren la vulneración de derechos*.

Los derechos fijan marcos para la definición de políticas y, en tal sentido, inciden no sólo en sus contenidos u orientación, sino

⁴⁴ El Protocolo del El Salvador, aprobado en 1999, constituye el protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos y constituye el primer instrumento interamericano que regula específicamente derechos económicos, sociales y culturales para la región.

también en los procesos de elaboración e implementación y como parámetro para su evaluación y fiscalización. Para comprender el alcance de lo anterior, es importante analizar principios fundamentales como el de igualdad y no discriminación, participación política y acceso a la justicia en relación con las estrategias y políticas públicas de desarrollo. El objetivo que persigue este análisis es avanzar en términos conceptuales como estratégicos para impregnar futuros marcos generales aptos para los procesos de formulación de políticas públicas en el ámbito social, cualquier sea la temática específica abordada por esa política, en tanto se trata de conceptos transversales a todas las políticas públicas.

7. El principio de inclusión y los estándares sobre igualdad y no discriminación

El principio de inclusión que suele regir políticas de desarrollo puede resultar enriquecido al vinculárselo con los estándares legales sobre igualdad y no discriminación. En tal sentido el derecho de los derechos humanos puede aportar conceptos más claros en esta materia, que sirvan como parámetro para definir y evaluar políticas públicas. No sólo se requiere del Estado una obligación de no discriminar, sino también en algunos casos la adopción de acciones positivas para garantizar la inclusión de grupos o sectores de la población tradicionalmente discriminados y se presume en cierta medida el carácter discriminatorio de una medida restrictiva o de una política que establece diferencias de trato basadas en cuestiones étnicas o de sexo.

Si bien la mayoría de los países de América Latina han ratificado los principales tratados de derechos humanos que fijan normas sobre igualdad y no discriminación, y tal como señalamos, conviven en el mismo plano que situaciones discriminatorias. Allí cobra gran importancia el valioso aporte resultante de numerosas experiencias favorables en acciones transversales de equidad de género para políticas públicas en otras áreas.

Otro valioso aporte se desprende de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que expresamente manifiesta, en diversos fallos, que no existen políticas neutrales, estableciendo que el artículo 24 de la Convención Americana leído a la luz del deber de garantía de los Estados respecto de los derechos de la Convención, no sólo exige no implementar políticas y medidas discriminato-

rias, sino *proteger frente a prácticas y conductas discriminatorias* que pudieran desplegar agentes públicos o actores no estatales⁴⁵.

Este último punto extiende considerablemente las obligaciones de los Estados en relación con la tutela del principio de igualdad ante la ley, imponiendo un claro rumbo que obliga a formular políticas preventivas, sobre todo frente a prácticas extendidas o situaciones estructurales de discriminación, aún cuando provengan de particulares. En ocasiones los Estados deben considerar la necesidad de implementar medidas como *acciones afirmativas*, las que no sólo se consideran compatibles con el artículo 24 de la Convención, sino en ocasiones serán el tipo de acción de garantía indicado para asegurar el acceso y ejercicio de ciertos derechos por sectores que son víctimas de situaciones de desigualdad estructural o procesos históricos de exclusión.

Además de la aplicación del principio de igualdad para agravar el examen de razonabilidad de las normas y políticas que imponen restricciones en el ejercicio de ciertos derechos, este principio fue considerado más o menos explícitamente para *subrayar también el deber de garantía* de los Estados, en el sentido de enfatizar la obligación de adoptar medidas positivas concretas tendientes a asegurar el ejercicio de ciertos derechos, como la vida, la protección familiar, la integridad física, el derecho de residencia y, en ocasiones, derechos sociales como la salud y la educación, por per-

⁴⁵ Hay un caso destacado, de la inscripción tardía de dos niñas de ascendencia haitiana nacidas en territorio dominicano a quienes las autoridades dominicanas les negaron la inscripción en el registro civil en reproducción de la discriminación histórica sufrida por personas haitianas o con ascendencia haitiana en República Dominicana. Una de las consecuencias de la negativa del registro fue la imposibilidad de una de las niñas de asistir a la escuela básica primaria. La Corte acogió la demanda presentada por la Comisión Interamericana, encontrando que el Estado había obrado de manera discriminatoria (Corte IDH, “Caso de las Niñas Yean y Bosico”, sentencia de 8 de septiembre de 2005). En el fallo se sostuvo: “La Corte considera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. Además, los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente deben adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”, Abramovich (2007).

sonas que integran grupos o colectivos definidos por padecer situaciones de alta vulnerabilidad o situaciones estructurales de desigualdad. Esta última cuestión tiene enorme relevancia con relación a la fijación de lineamientos de políticas públicas de inclusión social y estrategias de desarrollo para América Latina.

Entre los sectores mencionados por el SIDH como sujetos víctimas de procesos históricos de discriminación y exclusión, se encuentran los pueblos indígenas o la población afrodescendiente y las mujeres en relación al ejercicio de ciertos derechos, como la integridad física y la participación política. También se ha enfatizado la obligación de garantía de los Estados ante la existencia de sectores en situaciones de vulnerabilidad originadas en situaciones de desigualdad estructural, como vimos anteriormente, los niños y niñas en situación de riesgo, los inmigrantes indocumentados y, por lo tanto, sin acceso a servicios sociales básicos, en especial los niños indocumentados, la población desplazada de sus territorios, o las personas portadoras de VIH/sida, entre otros. Es decir, “los excluidos y las excluidas” constituyen un número importante y, a la vez, sumamente heterogéneo, que en muchos de los casos, la exclusión no se relaciona necesariamente con la pobreza, razón por la cual, el propio SIDH avanza en *considerar la exclusión más allá del nivel de ingresos o de carencias relativas*.

Este punto es de enorme relevancia, pues indica que el SIDH *no recoge sólo una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural, que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales de equiparación*. Implica, en definitiva, la necesidad de trato diferenciado, cuando debido a las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado, la identidad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio o bien, o el ejercicio de un derecho⁴⁶.

El empleo de la noción de *igualdad material* supone una herramienta de enorme potencialidad para examinar las normas que reconocen derechos, pero también la orientación de las políticas

⁴⁶ Para un análisis de estas nociones, Ferrajoli (2003), Barrére Unzueta, (1997), Fiss (1999).

públicas que pueden servir para garantizarlos o en ocasiones que tienen el potencial de afectarlos. Con respecto a determinadas personas que integran grupos que resulten vulnerables o susceptibles de ser discriminados en sus derechos económicos, sociales y culturales, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha establecido, en diversos instrumentos, que el Estado tiene la obligación de sancionar normas que los protejan contra esa discriminación y adoptar medidas especiales que incluye políticas activas de protección.

Por lo demás, una de las principales obligaciones de los Estados es la determinación de cuales son los grupos que requieren atención prioritaria o especial en un determinado momento histórico en el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales y la incorporación de medidas concretas de protección de esos grupos o sectores en sus planes de acción⁴⁷. De manera que además de la identificación de los sectores tradicionalmente discriminados en el acceso a determinados derechos es necesario que el Estado defina, con carácter previo a la formulación de sus planes o políticas en el área social, cuáles son los sectores que requieren una atención prioritaria al momento de formular sus políticas (por ejemplo, los habitantes de determinada área geográfica del país, o las personas de determinado grupo etario) y fije medidas para compensarlos o afirmar sus derechos, o en muchos casos restituir los derechos vulnerados.

La obligación del Estado de adoptar medidas positivas para resguardar el ejercicio de derechos sociales tiene importantes derivaciones, por ejemplo, en cuanto al tipo de información estadística que el Estado debe producir que, al mismo tiempo, conforma un estándar de los propios derechos sociales. La producción de información, debidamente desagregada a efectos de determinar sectores desaventajados o postergados en el ejercicio de derechos, no sólo constituye un medio para garantizar la efectividad de una política pública, sino una obligación indispensable para que el Estado pueda cumplir con su deber de brindar a estos sectores

⁴⁷ Así lo ha establecido, por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU respecto a varios derechos, en especial sobre el derecho a la vivienda (OG N° 4, punto 13) y a la salud pública (OG N° 14, puntos 43.f y 53).

atención especial y prioritaria⁴⁸. Asimismo constituye un factor clave en dirección a los indicadores incorporados en los Objetivos de Desarrollo del milenio suscriptos en septiembre de 2000 por 189 países del mundo (Naciones Unidas, 2000).

También debe considerarse especialmente, que en base a las formas de organización vigentes en América Latina, el empleo remunerado fue considerado el mecanismo por esencia para alcanzar la inclusión social. En la mayoría de los países, en particular los del cono sur, los derechos sociales surgieron asociados a la categoría de trabajador/a asalariado, y se estructuró todo el sistema en función de esta categoría de derechos. De esta forma, el conjunto de los derechos sociales nace como un derivado de los derechos laborales, al punto que ambos grupos de derechos se consolidaron conjuntamente como norma jurídica, que en muchos casos fueron incorporados directamente en el texto constitucional.

Es precisamente en el ámbito del empleo remunerado donde se constatan la mayor cantidad de situaciones de discriminación y segregación ocupacional, que comprenden brechas salariales entre hombres y mujeres cercanas al 40% en la región, como también trayectorias laborales diferencias por sexo y muy bajos índices de acceso a puestos de decisión para las mujeres. Y si bien se han implementado políticas al respecto, sumadas a acciones positivas, sin embargo la situación dista de ser la deseable. A ello debe sumársele el conjunto de medidas de flexibilización laboral implementadas durante las reformas de los años noventa, las que agravaron las inequidades existentes.

⁴⁸ Como señala el DFID (2000), “en la mayoría de los países en desarrollo la información desagregada relativa a pobreza no suele estar disponible en base a condición social, religión o etnia, o al lugar de residencia. Cuando la información ha sido relevada, los gobiernos deberían buscar hacerla ampliamente accesible. Los países más pobres pueden tener mínima capacidad de relevar información estadística. Esto hace mucho más difícil al gobierno y a los ciudadanos identificar en que medida la imposibilidad de la población de ejercer sus derechos puede estar asociada con procesos de exclusión social e inequidades estructurales. En algunos casos hay información separada sobre hombres y mujeres pero, en el presente, la sistemática recolección de información en los países en desarrollo sobre la base de otras diferencias sociales no es posible. Este déficit de información podría ser parcialmente superado si las instituciones nacionales de estadística desarrollan e implementan procesos de búsqueda de información orientados a indicar el alcance con el cual diferentes sectores de la población están crecientemente gozando de sus derechos...”.

En igual dirección, debe señalarse una tensión presente en las regulaciones laborales, en donde compiten dos valores distintos: por un lado, se acepta la vigencia del principio de igualdad entre los trabajadores y las trabajadoras pero, por otro lado, se reclama la regulación diferencial para ciertos supuestos. Esta tensión cobra especial importancia debido a que el trabajo de las mujeres atraviesa los ciclos reproductivos y las consiguientes responsabilidades familiares combinadas con las productivas. A tal punto se tensa esta relación, que se termina afirmando la diferencia para reclamar la igualdad (Pautassi, Faur y Gherardi, 2004).

En la mayoría de los códigos laborales y regulaciones específicas de América Latina, la dicotomía se resolvió en priorizar la protección de la maternidad y no la igualdad. Nuevamente, a priori, esta opción condice con los compromisos asumidos por los Estados en el marco de las conferencias internacionales (especialmente la CEDAW), los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y planes nacionales de igualdad de oportunidades, al mismo tiempo que significa reconocer las limitaciones que le imponen la naturaleza misma del discurso normativo.

Sin embargo, este reconocimiento normativo de la diferencia para garantizar derechos destinados a brindar efectivas condiciones de igualdad de oportunidades para las mujeres no considera la división sexual del trabajo al interior del hogar, donde los trabajadores varones pocas veces asumen una activa corresponsabilidad en tareas reproductivas, profundizando de esta forma, una división entre lo público y lo privado, sin la suficiente consideración de los antagonismos existentes en uno y otro ámbito, y relegando de esta forma al ámbito privado las particularidades y las diferencias en términos de género. En otros términos, lo protegido y reglamentado para las mujeres se relaciona con su responsabilidad sobre el mundo privado, más que sobre el *continuum* productivo-reproductivo como eje de análisis de relaciones que incluyen a varones y mujeres, o sobre la eliminación de discriminaciones en el mundo de lo público (Pautassi, Faur y Gherardi, 2004).

De allí radica la importancia de discutir el principio jurídico de igualdad en el trato, y sus implicancias en la regulación del trabajo de la mujer, para distinguir los conceptos de discriminación y desigualdad, y ensayar medidas y políticas superadoras que articulen mecanismos redistributivos y de reconocimiento entre sistemas de garantía de derechos económicos, sociales y culturales

–universales y solidarios– junto con sistemas productivos que promuevan y resguarden el acceso a empleos, con garantías formales y acceso a la seguridad social y que no sean discriminatorios.

El principio de igualdad y no discriminación tendrá derivaciones también en cuanto a los criterios con los que deben distribuirse los presupuestos y el gasto social. La discriminación en el acceso a derechos puede provenir, por ejemplo, de la disparidad entre regiones geográficas postergadas. En algunos países de la región, por ejemplo, los procesos de descentralización en materia de educación pública y salud han agudizado la inequidad en el acceso a servicios públicos de calidad equiparable entre los habitantes de diferentes regiones geográficas. Sabel y Simon (2004) ejemplifican el alto valor que ha tenido el litigio público en materia de reforma educativa en Estados Unidos. A partir de ello exponen que el enfoque del *new accountability* (nueva responsabilidad política) está reconocido como una importante y auspiciosa vía de reforma pública escolar, en tanto señala las formas como en varias jurisdicciones, las cortes son participantes cruciales en los procesos de reforma⁴⁹.

En otros términos, tanto en relación con el propio enfoque de derechos, como también a partir de la estrategia del litigio público o de casos colectivos se encuentran abiertas importantes puertas y estrategias para incluir derechos y garantías en el diseño e implementación de las políticas públicas en general y sociales en particular. Allí es importante considerar fundamentalmente el principio de acceso a la justicia y los mecanismos de rendición de cuentas.

⁴⁹ Agregan los autores que en materia de educación para individuos con discapacidades, numerosas normas estatales crean deberes para evitar la discriminación en contra de los estudiantes discapacitados, al tiempo que deben promover acciones que faciliten su inserción y desenvolvimiento. La experiencia reseñada señala que los primeros litigios de reforma estructural parecen haber tomado la orientación de ordenar-y-controlar, comprendiendo reglas altamente elaboradas que delimitaban el régimen administrativo focalizándolo en cuestiones como la oportunidad para procesar las evaluaciones de los estudiantes, el número y calificación del personal, y las prácticas de enrolamiento de estudiantes. Como consecuencia los profesionales empezaron a estar insatisfechos con lo que se caracterizó como la aproximación “input-orientada” tanto en la vigilancia judicial como en la administrativa. Pero, siguiendo el espíritu del enfoque de la *new accountability*, las reformas de 1997 al estatuto federal de educación especial requirió, que los Estados establezcan las metas a alcanzar y las medidas de progreso con evaluaciones estandarizadas.

8. Acceso a la justicia y rendición de cuentas: derechos y principios conexos

Sin duda una de las principales cuestiones para explorar la potencialidad de la relación entre derechos y políticas sociales, está en los mecanismos de rendición de cuentas y de responsabilidad. Ello, pues la lógica de los derechos implica necesariamente, como fuera dicho, mecanismos de exigibilidad, que contribuyen a reforzar los espacios de fiscalización y control de las políticas, los servicios públicos y las acciones de los gobiernos, así como de los demás actores sociales involucrados en las estrategias de desarrollo.

Cuando hablamos de mecanismos de exigibilidad de los derechos no nos referimos exclusivamente a los sistemas de administración de justicia, aún cuando estos tengan un papel importante, sino que incorporamos en el concepto los procedimientos administrativos de revisión de decisiones y de fiscalización y control ciudadano de las políticas, los espacios de reclamo para usuarios y consumidores, las instancias de control político en los Parla-mentos, las instituciones especializadas que resguardan derechos fundamentales, como las defensorías del pueblo, oficinas de protección de consumidores y defensa de la competencia, la posibilidad que los propios destinatarios de políticas y programas sociales puedan asentar reclamos y reclamar judicialmente.

Es claro que la idoneidad de los diversos mecanismos para fiscalizar y exigir el respeto de derechos por las políticas públicas, no obedece tan sólo a una cuestión de diseño institucional, sino que está ligada a la apropiación por parte de las organizaciones sociales y al desarrollo de actores en la sociedad civil con vocación y recursos para utilizarlos. Ejemplos de estas situaciones en la Argentina han sido analizadas a lo largo de este volumen.

Por ende, es importante identificar los ejes orientadores de una agenda de reforma judicial en la región, que al igual que en el campo de las políticas sociales, incluya estándares jurídicos imprescindibles para un rediseño de los sistemas de garantías. Entre los principales aspectos que pueden nutrir la agenda reformista, se encuentran (Abramovich, 2007: 217-252):

1. El derecho de los derechos humanos tiene estándares bastante precisos sobre el derecho a contar con recursos judiciales y de otra índole que resulten idóneos y efectivos para demandar ante la vulneración de los derechos fundamentales. La obligación del Estado no es sólo negativa –de no impedir el acceso a esos recur-

sos– sino fundamentalmente positiva –de organizar el aparato institucional de modo que todos y en especial aquellos que se encuentran en situación de pobreza o exclusión puedan acceder a esos recursos–. Para ello deberá remover los obstáculos sociales o económicos que obturan o limitan la posibilidad de acceso a la justicia, pero además el Estado deberá *organizar un servicio público de asistencia jurídica gratuita* y mecanismos para aliviar gastos y costas de los procesos para hacerlos asequibles, por ejemplo estableciendo sistemas de eximición de gastos. Sería una forma de sostener la oferta del servicio y no solo actuar a demanda de parte. Como señalamos las políticas para asegurar servicios de asistencia jurídica de calidad y accesibles a los sectores con mayores necesidades, deben ser pensadas de manera integral junto al resto de las políticas y servicios sociales. En algunos países esta cuestión se ubica dentro del debate sobre extensión y mejoramiento de los servicios públicos esenciales. Lamentablemente en nuestra región el tema no suele ser parte de la agenda de los ministerios de Justicia, ni tampoco se incluye entre las prioridades de las agencias encargadas de diseñar e implementar políticas sociales.

2. En necesario considerar que el conjunto de políticas sociales no ha estado guiado en su organización y funcionamiento a una lógica de derechos. Ni siquiera el caso de las políticas históricamente más universales como salud y educación. Por el contrario, y en especial luego de las reformas estructurales, las prestaciones se han organizado y brindado mayormente bajo la lógica inversa de beneficios asistenciales, con un alto grado de discrecionalidad en su otorgamiento y/o remoción; por lo que este campo de actuación de las administraciones públicas ha quedado tradicionalmente reservado a la discrecionalidad política más allá de la existencia de algunos controles institucionales. El tema es complejo y difícilmente pueda entenderse de igual manera en todos los países de la región, pero para el caso argentino se han aportado ejemplos evidentes al respecto a lo largo del presente volumen. La ampliación de funciones sociales del Estado –en áreas tales como salud, vivienda, educación, trabajo, seguridad social, consumo o promoción de la participación de grupos sociales desaventajados– no necesariamente se ha traducido, desde el punto de vista técnico, en la configuración concreta de derechos. En muchos casos, el Estado asumió esas funciones a partir de intervenciones discrecionales o de formas de organización de su actividad –como la provisión de servicios públicos o la elaboración de programas o pla-

nes sociales focalizados– cuyo efecto social y económico no se asigna particularmente a sujetos titulares de derechos, sean éstos individuales o colectivos. Lo que sucede en muchos casos es que el Estado ha subordinado a su propia discrecionalidad y al manejo clientelista las prestaciones o intervenciones que las Constituciones o pactos de derechos humanos proyectan como derechos (Ferrajoli, 2003)⁵⁰. Sin embargo, no hay ninguna imposibilidad teórica o práctica de configurar derechos exigibles también en estos campos, de modo de sumar a los mecanismos de control institucional, administrativos o políticos, el control que puedan ejercer sobre los prestadores o funcionarios, las personas que ejercen derechos vinculados a esas prestaciones sociales.

3. El reconocimiento de derechos en las Constituciones y en los tratados está destinado a imponer obligaciones a los poderes públicos, por lo que requiere justamente reclamar esa configuración. Es indudable que una perspectiva de derechos en la formulación de los planes debe conducir a contemplar en su ingeniería institucional los estándares básicos de debido proceso, tales como el plazo razonable, el derecho a una decisión fundada, a la revisión por una instancia independiente, eventualmente judicial, a ser informado de los recursos disponibles, el principio de igualdad de armas, el derecho a contar con abogado en ciertos casos complejos, entre otros.

4. Algunos principios básicos de derechos humanos que integran las denominadas garantías procesales, resultan de aplicación directa a los procedimientos judiciales en los que se determinan derechos sociales: el derecho a ser oído en *un plazo razonable y a la igualdad de armas, entre otras*. La fijación de principios claros en este ámbito serviría para orientar una agenda de reformas judiciales, mejorando sustancialmente las garantías jurisdiccionales de los derechos sociales y su grado de exigibilidad, pero también permitiría examinar la legalidad de reformas procesales que tuvieron

⁵⁰ Una lectura posible del actual intento de desmantelamiento de los Estados de bienestar desde esta perspectiva pondría énfasis no sólo en la reducción de servicios sociales, sino también en la precarización del vínculo jurídico entre el Estado y el destinatario de la política social respectiva. Una clara manifestación de esta precarización es el paso de políticas sociales universales fundadas en el reconocimiento de derechos subjetivos, a programas sociales focalizados y transitorios, fundados en la intervención discrecional del poder público, ver al respecto Lo Vuolo *et al.* (1999: 191-202).

por objeto deliberado obstaculizar el ejercicio de estos derechos, tales como las implementadas en varios países de la región en los procedimientos de la seguridad, con diligencias dilatorias, déficit de recursos, afectación de la cosa juzgada, y trabas en las ejecuciones de decisiones contra los Estados, una cuestión presente en numerosos casos que tramitan ante el SIDH. Es obvio que, por ejemplo, la demora irrazonable de los procesos laborales o previsionales, o las facultades exorbitantes de los Estados en estos últimos procedimientos tienen un impacto negativo directo en su ejercicio efectivo⁵¹.

5. Por último, el reconocimiento de que esas políticas y servicios responden al cumplimiento de derechos económicos, sociales y culturales, conduce a reconocer la necesidad de contar con mecanismos adecuados y efectivos de reclamo de estos derechos de índole individual y colectiva. Este es un tema central a considerar en la agenda de reformas judiciales en la región, para fortalecer el acceso a la jurisdicción y la participación social en la fiscalización de las políticas estatales. Las *acciones de amparo colectivo, las acciones de tutela, mandatos de seguridad y de injuncao brasileños, acciones de clase, acciones declarativas de certeza, acciones de inconstitucionalidad, acción civil pública*, actúan como vías para el control social de las políticas y, al mismo tiempo, sirven para activar procesos de rendición de cuentas y sistemas de freno y contrapeso entre los mismos órganos del Estado. En estas acciones, organizaciones ambientales, de usuarios, pueblos indígenas, organizaciones de mujeres y de derechos humanos, o en ocasiones funcionarios públicos legitimados para representar actores colectivos, como el Ministerio Público o el Defensor del Pueblo, han logrado incidir a través de la actuación de instancias judiciales, de maneras muy diversas, en la orientación de políticas sociales. Este tipo de acciones han impulsado procesos de discusión de diversas políticas públicas. Estas acciones, además, han contribuido a fiscalizar empresas que prestan servicios públicos a fin de tutelar los derechos de los usuarios o empresas y grupos privados que realizan explotaciones económicas con efectos ambientales. También han servido para reclamar información y demandar

⁵¹ Para un análisis más exhaustivo de los principales problemas de debido proceso legal en los procesos vinculados a la determinación de derechos sociales, puede consultarse Abramovich y Courtis (2002: 179-200).

mecanismos de participación en los procesos previos a la formulación de políticas, o al otorgamiento de concesiones de actividades económicas potencialmente nocivas⁵². Es evidente que en un contexto de exclusión aquellos mecanismos que permiten la actuación colectiva favorecen las posibilidades de exigir y demandar derechos y contribuyen en ocasiones a afianzar la organización social y la capacidad de acción de los actores sociales, sobre todo cuando se logra articular este tipo de demandas legales con otras estrategias de exigencia política de derechos, tal como se ha analizado en la experiencias recogidas en este libro.

Es evidente que los derechos sociales tienen una dimensión colectiva y su vulneración suele presentarse como afectación de grupos o colectivos más o menos determinados. Lo mismo puede decirse de aquellas acciones estatales que impactan en sectores sociales excluidos y que suelen presentarse como prácticas generales que configuran situaciones de características estructurales y que demandan remedios de naturaleza colectiva, tal como la afectación de derechos civiles, políticos y sociales de una comunidad indígena o de un grupo de portadores de vih/sida.

Por último, es importante mencionar que cualquier estrategia de fortalecimiento de los sistemas de protección de derechos y la incorporación de estándares jurídicos a nivel nacional, no podría ser desplegada con coherencia por las agencias de cooperación, ni por las instituciones financieras internacionales, sin mejorar a su vez, los mecanismos de rendición de cuentas al interior de esas mismas entidades, dotándoles de mayor transparencia y apertura a la ciudadanía, de modo de hacerlos compatibles con un enfoque de derechos que incluya como sujetos responsables a todos los actores de la estrategia de desarrollo. En tal sentido, el enfoque de derechos demanda también transformaciones sustanciales en el funcionamiento y en la lógica de estas instituciones. Tales mecanismos de responsabilidad si bien responden obviamente a una lógica no judicial, debe cumplir con estándares mínimos sobre accesibilidad, independencia y transparencia⁵³.

⁵² Ver Provoste y Silva (1998), Correa Sutill (2002), Londoño Toro (2003) y Abramovich (2006b).

⁵³ Ver Botto y D. Tussie (2004), Clark, Fox y Treacle (2003), y Fox y Brown (1998).

9. A modo de conclusión: derechos e institucionalidad de la política social

Desde diversos enfoques, los argumentos presentados a lo largo del análisis muestran los límites a los que ha llegado la política social asistencial, tanto como estrategia supuestamente apta para superar la pobreza, como también como mecanismo que permite la inclusión social. Si al análisis le incorporamos los fallos judiciales presentados a lo largo de este volumen, evidenciamos aún más la falta de legitimidad –y en muchos casos su ilegalidad–. En contraste, llama la atención el grado de institucionalidad que estas prácticas han alcanzado, marcando una clara división entre las incumbencias de los sectores sociales y el campo de los derechos humanos, en un recorrido bifronte entre los mandatos incorporados en la Constitución Nacional y las prácticas institucionales. A su vez, la política económica y la fiscal transitan por otros carriles, sin que haya una dinámica de integración y muchos menos de interdependencia funcional.

Si bien hemos podido circunscribir los límites y el carácter asistencial y compensatorio de las políticas sociales aplicadas por casi tres décadas en América Latina, aún quedan por resolver numerosos dilemas intrínsecos a la definición de un modelo de desarrollo acorde con el paradigma de los derechos humanos. De este modo, así como no se puede pensar que algún día se logrará la inclusión y cohesión social a través del derrame de abundancia que promoverá el mercado, tampoco podemos considerar siquiera que en el marco de la fragmentación que existe en los programas sociales aislados, se podrá satisfacer el contenido mínimo de los derechos sociales.

Precisando: cumplimentar las obligaciones positivas que tienen los Estados en materia de derechos económicos sociales y culturales no puede lograrse con una sumatoria de programas sociales aislados, sino que se requiere de una nueva institucionalidad, la que por otra parte, debe pasar del consenso a la acción, o de igual forma, hacer posible la implementación de un andamiaje que haga efectivo los derechos existentes a partir de garantizar políticas sociales de corte universal. En rigor, se trata de revisar los derechos ya establecidos y reconocidos en los instrumentos internacionales, y en la legislación interna de los países y verificar si las políticas estatales cumplen con los estándares mínimos en materia de derechos humanos.

Para ello resulta prioritario cambiar la lógica de las políticas y

fortalecer los mecanismos de control y de fiscalización, a fin de hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones que cada Estado ha asumido voluntariamente de asegurar el contenido mínimo de los derechos económicos, sociales y culturales. De garantizar que todas las personas puedan acceder en condiciones de igualdad a un estándar básico de protección. De no desbaratar los derechos sociales reconocidos mediante políticas y acciones deliberadamente regresivas. Pero allí la primera vía para comenzar a institucionalizar las políticas sociales parte de la decisión política de cambiar la lógica de formulación de ciertas políticas públicas y sus niveles de universalidad, transparencia y fiscalización.

En consecuencia, será fundamental también el papel que puedan jugar los órganos de supervisión internacional de derechos humanos, a partir de la fijación de estándares mínimos, más claros y precisos, en aquellos temas de interés común, como la igualdad, la participación política, el acceso a la información pública y el acceso a la justicia, que puedan servirle a los Estados como marco para la definición, implementación y evaluación de las políticas sociales y que funcionen también como un criterio común para facilitar la fiscalización de esas políticas por la sociedad civil y por las instancias de control institucional, como los sistemas de justicia.

Si al consenso que se ha logrado se le pudiese adicionar como imperativo que no solo se debe poner el foco en las estrategias y políticas de combate a la pobreza, sino que precisamente se debe conjugar una revisión de las normas y principios generales que directa o indirectamente refieren a los estándares de derechos y a principios como el de igualdad, autonomía, no discriminación, en la dirección de promover sociedades más equitativas, incluyendo sin duda la equidad de género como imperativo ético-político; estaremos ante un escenario diferente al actualmente existente en América Latina. ¿Podemos considerar que estaremos ante la salida del dilema de la pobreza y la exclusión?

Las evidencias empíricas dan cuenta en toda América Latina que la igualdad de oportunidades por sí sola no es suficiente y se requieren medidas tendientes a modificar procesos y estructuras que actualmente dificultan el acceso, permanencia y ascenso en el ámbito de trabajo, particularmente en el caso de las mujeres o de otros sectores desaventajados. En el mismo sentido, el diseño de políticas y medidas que busquen la inclusión de las personas apartadas de las relaciones “típicas” de empleo, debe al menos consi-

derar por un lado la presencia de mecanismos discriminatorios y de segregación fundamentados en relaciones de género, raza, calificaciones laborales y buscar formas para implementar acciones positivas para superarlos; y por otro lado, debe promover condiciones efectivas de empleo, tanto para garantizar la protección del empleo (empleos formales con aportes a la seguridad social) como también regulación de las jornadas, mecanismos de cuidado infantil financiados por los sistemas de seguridad social, capacitación y formación laboral, entre otras. En otros términos, no solo se trata de garantizar el empleo, sino de hacerlo accesible a todos los miembros de la sociedad en igualdad de condiciones.

Contrario *sensu* quienes, por razones diversas, no puedan posicionarse en el mercado de empleo remunerado no se los debe clasificar a partir de esta situación –por caso vulnerable– sino establecer esferas diferenciadas, ya sea por vía de garantizar otro tipo de derechos, como derecho al ingreso o acciones positivas, o en el caso de quienes asumen las responsabilidades reproductivas –en su mayoría mujeres– promover su reconocimiento como trabajo socialmente útil.

En todos los casos, lo importante es que cualquier acción pública se dirija a ciudadanos y ciudadanas titulares de derechos y no a víctimas de modelos económicos excluyentes. Es a partir de éste reconocimiento que el enfoque de derechos demanda profundas reformas en el marco de las políticas públicas –particularmente las económicas y sociales– actualmente vigentes. No proponemos una idea de borrón y cuenta nueva, sino precisamente promovemos una revisión de las políticas inconexas y discriminatorias aplicadas en los últimos treinta años en la región; evaluando si son compatibles con el marco de derechos que propone el enfoque aquí desarrollado. Se trata de que la política social pase de la definición a la concreción y garantía efectiva de los derechos sociales. Se trata de dejar definitivamente atrás marcos compensatorios y asistencialismo residual para poder (re)situar a los ciudadanos y las ciudadanas en su ejercicio autónomo de derechos.

Bibliografía

- Abramovich, V. (2006), “Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de políticas sociales”, en Abramovich, V.; Bovino, A. y Courtis, C. (comps.), *La Aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Del Puerto/CELS, Buenos Aires.

- Abramovich, V. (2006a), "Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo", en *Revista de la CEPAL*, N° 88 Santiago de Chile.
- Abramovich, V. (2006b), "El Acceso a la Justicia y Nuevas Formas de Participación en la Esfera Política", en Birgin, H. y Kohen, B. (comps.), "Acceso a la Justicia como garantía de igualdad", Biblos, Buenos Aires.
- Abramovich, V. y Courtis, C. (2002), *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid.
- Alsop, R. y Norton, A. (2004), *Power, Rights and Poverty Reduction*.
- Atkinson, A. B. (1998), "Social Exclusion, Poverty and Unemployment", en Atkinson, A. B. y Hills, J. (eds.), *Exclusion, Employment and Opportunity*, CASEpaper/4, January, CASE/STICERD/ESRC, Londres.
- Banco Interamericano de Desarrollo (2008), *¿Los de afuera? Patrones cambiantes de exclusión en América Latina y el Caribe*, Informe del Progreso Económico y Social en América Latina, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo.
- Barrére Unzueta, M. (1997), *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid.
- Birgin, H. y Kohen, B. (comps.) (2006), *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencia comparada*, Biblos, Buenos Aires.
- Botto, M. y Tussie, D. (2004), "Los derechos humanos en la agenda de los organismos económicos internacionales", en Zalaquet, J. (coord.), *Temas de derechos humanos en debate*, IDL y Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Lima.
- Castel, R. (1997), *La metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, Paidós, Buenos Aires.
- Centro de Estudios Legales y Sociales (2006), "Las políticas para la disminución de la pobreza implementadas en la Argentina entre los años 2002 y 2005. Un análisis de su diseño, implementación y exigibilidad desde la perspectiva de Derechos Humanos", Buenos Aires (mimeo).
- CEPAL (2004), *Panorama Social de América Latina*, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y El Caribe, Naciones Unidas.
- CEPAL (2006), *La protección social de cara al futuro. Acceso, financiamiento y solidaridad*, Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y El Caribe, Naciones Unidas.
- CIDH (2008), *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*. Washington, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en www.cidh.org.
- CIDH (2007a), *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington.
- CIDH (2007b), *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington.

- CIDH, Relatoría para la libertad de expresión (2001), *Acceso a la información pública en las Américas. Aportes de la Relatoría para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*.
- CIDH (2000), *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*.
- Clark, D.; Fox, J. y Treacle, K. (2003), *Demanding Accountability. Civil-Society Claims and the World Bank Inspection Panel*, Rowman & Littlefield Publishers, Oxford.
- Contreras Peláez, F. (1994), *Derechos sociales: teoría e ideología*, Madrid.
- Correa Sutill, J. (2002), "Reformas judiciales en América Latina. ¿Buenas noticias para los pobres?", en Méndez, J.; O'Donnell, G. y Pinheiro, P. S. (comps.) (2002), *La (in)efectividad de la Ley y la Exclusión en América Latina*, Paidós, Buenos Aires-México-Barcelona.
- Daeren, L. (2001), "Enfoque de Género en la política económica y labora", en *Serie Mujer y Desarrollo*, N° 29, CEPAL, Santiago de Chile.
- De Castro, B. (1981), "Los derechos sociales: análisis sistemático", en AA.VV., *Derechos económicos, sociales y culturales*, Murcia, 1981.
- DFID, Department for International Development (2000), *Realising Human Rights for poor people. Strategies for achieving the international development targets*, Londres, en www.dfid.gov.uk/Pubs/files/tsp_human.pdf.
- Eide, A. (1995), "Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights", en Eide, A.; Krause, C. y Rosas, A. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht, Boston-Londres.
- Eide, A. (1989), "Realización de los derechos económicos, sociales y culturales. Estrategia del nivel mínimo", en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, N° 43.
- Ewald, F. (1985), *L'Etat Providence*, París.
- Ferrajoli, L. (2003), "Estado social y Estado de derecho", en Abramovich, Víctor; Añón, María José y Courtis, Christian (comps.), *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamara, México.
- Ferrajoli, L. (1999), "Igualdad y diferencia", en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, ps. 73-96.
- Fiss, O. (1999), "Grupos y la cláusula de igual protección", en Gargarella, R. (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, 1999, ps. 137-167.
- Fox, J. y David Brown (1998), *The Struggle for Accountability. The World Bank, NGOs, and Grassroots Movements*, MIT Press, Cambridge.
- Fraser, N. (2000), "Nuevas reflexiones sobre el reconocimiento", en *New Left Review en Español* 4, Madrid.
- Fraser, N. (1997), *Justice Interruptus: Critical reflections on the "Postsocialist" condition*, Routledge, Londres.
- Gargarella, R. (2005), *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires.
- Garzón Valdes, E. (1988), "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", en *Doxa*, Madrid.
- Gherardi, N. (2006), "Notas sobre acceso a la justicia y servicios jurídicos gratuitos en experiencias comparadas: un espacio de asistencia posible para las mujeres?", en Birgin, H. y Kohen, B. (comps.), *Acceso a*

- la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencia comparada*, Biblos, Buenos Aires.
- Habermas, J. (1994), "Citizenship and National Identity", en Van Steenberghe, B. (ed.), *The Condition of Citizenship*, Sage Publications, Londres, ps. 20-35.
- Hunt, P.; Osmani, S. y Nowak, M. (2004), *Summary of the Draft Guidelines on A Human Rights Approach To Poverty Reduction*, Office of the High Commissioner for Human Rights (mimeo).
- Kabeer, N. (1996), *Realidades trastocadas. Las jerarquías de género en el pensamiento sobre el desarrollo*, Fondo de Cultura Económica.
- Londoño Toro, B. (2003), *Eficacia de las Acciones Constitucionales en Defensa de los Derechos Colectivos*, Colección Textos de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Bogotá.
- Lo Vuolo, R.; Barbeito, A.; Pautassi, L. y Rodríguez Enriquez, C. (1999), *La pobreza de las políticas contra la pobreza*, CIEPP/Miño y Dávila, Buenos Aires.
- Marí, E. (2004), *La teoría de las ficciones*, Eudeba, Buenos Aires.
- Marques Pereira, J. (2006), "Tesis económica y credibilidad de la política anti-cíclica. La distribución del ingreso y los límites al crecimiento económico", en Lo Vuolo, R. (comp.), *La credibilidad social de la política económica en América Latina*, CIEPP/Miño y Dávila, Buenos Aires.
- Méndez, J. y Mariezcurrena, J. (2000), *Human Rights in Latin America and The Caribbean: A Regional Perspective*, Human Development Report, Human Rights and Human Development.
- Montaño, S. (2006), "El buen gobierno desde una perspectiva de género", ponencia presentada en el Seminario internacional Paridad de género y participación política en América Latina y el Caribe, CEPAL Santiago, Chile, 5 y 6 de octubre.
- Naciones Unidas (2000), Resolución Aprobada por la Asamblea General 55/2. Declaración del Milenio, 8ª Sesión Plenaria, 8 de septiembre.
- O'Donnell, G. (2000), "Teoría democrática y política comparada", en *Desarrollo Económico, Revista de Ciencias Sociales*, enero-marzo, vol. 39 ps. 519-568.
- Pautassi, L. (2007), *El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos*, Serie Mujer y Desarrollo, N° 87, CEPAL, Santiago de Chile.
- Pautassi, L. (2006), "Política Social en Argentina: ¿sustancia o procedimiento?", en *Escenarios*, N° 10, Espacio, Buenos Aires.
- Pautassi, L.; Faur, E. y Gherardi, N. (2004), *Legislación laboral en seis países latinoamericanos. Límites y omisiones para una mayor equidad*, Serie Mujer y Desarrollo, N° 56, CEPAL, Santiago de Chile.
- Pautassi, L. (2003), "El derecho a la seguridad social. Una aproximación desde América Latina", en Abramovich, V.; Añón, M. J. y Courtis, C. (comps.), *Derechos Sociales: instrucciones de uso*, Fontamara, México.
- Pinheiro, P. (2002), "La efectividad de la ley y los desfavorecidos en América Latina", en Méndez, J.; O'Donnell, G. y Pinheiro, P. (comps.), *La (in)efectividad de la ley y la exclusión social en América Latina*, Paidós, Buenos Aires.
- Provoste, P. y Silva, P. (1998), "Acciones de interés público por la no dis-

- crimación de género”, en F. González y Viveros, F. (eds.), *Ciudadanía e interés público. Enfoques desde el Derecho, la Ciencia Política y la Sociología*, Cuadernos de Análisis Jurídicos, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago.
- Rico, María Nieves (2000), *El proceso de institucionalización del enfoque de género en el trabajo sustantivo de la CEPAL*, CEPAL (DDR/1), Santiago de Chile.
- Rosenvallon, P. (1995), *La nueva cuestión social. Repensar el Estado providencia*, Manantial, Buenos Aires.
- Saba, R. (2004), “(Des)igualdad estructural”, en Amaya, Jorge (ed.), *Visiones de la Constitución 1853-2004*, UCES, Buenos Aires.
- Sabel, Ch. y Simon, W. (2004), “Destabilization rights: how public law litigation succeeds”, en 117 *Harv. L. Rev.* 1015, February 2004. Extracto de artículo traducido por Joaquin Millón con la supervisión de Mariela Puga.
- Salama, P. (2006), “La pobreza en América Latina. La lucha contra las dos V: volatilidad y vulnerabilidad”, en Lo Vuolo, R. (comp.), *La credibilidad social de la política económica en América Latina*, CIEPP/Miño y Dávila, Buenos Aires.
- Sen, Amartya (1985), *Commodities and Capabilities*, Elsevier Publishers, Amsterdam-Nueva York.
- SENPLADES (2007), *Plan Nacional de Desarrollo 2007-2010*, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, Ecuador.
- The Millennium Development Goals and Human Rights (2003), *Human Rights Perspective on the Millennium Development Goals Conference Report*, November 11, en www.conectasur.org/es/dialogodh/notices.php?cod=585.
- Valencia Lomelí, E. (2008), “Las transferencias monetarias condicionadas como política social en América Latina. Un balance: aportes límites y debates”, en *The Annual Review of Sociology*.
- Van Hoof, G. (1994), “The Legal Nature of Economics, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of Some traditional Views”, en Alston, P. y Tomasevsky, K. (eds.), *Rights to Food*, Utrecht.
- Vobruba, G. (1998), “El dilema de la globalización. Análisis y posibles soluciones”, en Filgueira, C.; Pautassi, L. y Petersen J. (comps.), *Sistemas de protección social en un mundo globalizado*, DSE-PLPS-CIEPP, Buenos Aires.
- Williamson, J. (ed.) (1990), *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?*, Institute for Latin American Economics, Washington, DC.
- World Bank (2007), *Realizing Rights through Social Guarantees*, Social Development Department, Washington.

Sobre los autores y las autoras

Víctor Abramovich

Abogado, Profesor Adjunto regular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Profesor Titular de la Universidad Nacional de Lanus (UNLa). Profesor regular de la Escuela de Derecho (WCL) de la American University, Washington. Magíster en Derecho y Estudios Internacionales de la American University. Miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA (CIDH), Director del Centro de Derechos Humanos y de la Maestría en Derechos Humanos de la UNLa.

José Gabriel Aguilar

Abogado. Integrante del Observatorio del Derecho Social de la Central de Trabajadores de Argentina (CTA). Asesor Jurídico de Asociación Trabajadores del Estado (ATE) Chubut.

Marcos Gabriel Ambruso

Licenciado en Relaciones del Trabajo. Integrante del Observatorio del Derecho Social de la Central de Trabajadores de Argentina (CTA). Docente Universidad Nacional de La Matanza.

Pilar Arcidiácono

Licenciada en Ciencia Política y Magíster en Políticas Sociales (UBA). Candidata a Doctora en Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires (UBA). Becaria doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Investigadora adscripta del Instituto "Ambrosio L Gioja" de la Facultad de Derecho (UBA) y del Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

Luis Ernesto Campos

Abogado (UBA). Integrante del Observatorio del Derecho Social de la Central de Trabajadores de Argentina (CTA). Doctorando en Ciencias Sociales por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Becario doctoral de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) y del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET).

Julia Campos

Socióloga. Especialista en Sociología del Trabajo. Integrante del Observatorio del Derecho Social de la Central de Trabajadores de Argentina (CTA).

Docente UBA. Becaria doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET).

Carolina Fairstein

Abogada, Magíster en Derecho de Interés Público, Universidad de Nueva York. Diploma en Derechos Humanos de las Mujeres, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile. Docente de grado y de Posgrado en Derecho, Universidad de Buenos Aires, Universidad de Palermo y Universidad Nacional de Lanús (UNLa).

Natalia Gherardi

Abogada, Magíster en Derecho, London School of Economics and Political Science, Gran Bretaña. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Maestría de Derechos Humanos y Políticas Públicas de la Universidad Nacional de Lanús (UNLa). Directora Ejecutiva del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA), Buenos Aires.

Guillermo Gianibelli

Abogado. Director del Observatorio del Derecho Social de la Central de Trabajadores de Argentina (CTA). Profesor adjunto regular de la Facultad de Derecho de la UBA. Maestrando en Empleo, Relaciones Laborales y Diálogo Social en Europa, Universidad Castilla-La Mancha (España). Consultor de la Organización Internacional del Trabajo.

Javier Fernando Izaguirre

Abogado. Integrante del Observatorio del Derecho Social y Asesor Jurídico de la Central de Trabajadores de Argentina (CTA), Nacional. Docente UBA. Maestrando en Empleo, Relaciones Laborales y Diálogo Social en Europa, Universidad Castilla-La Mancha (España).

Gabriela Kletzel

Abogada con especialización en Derecho Internacional Público y Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires. Miembro del Área de Litigio y Defensa Legal del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Integrante del equipo docente de la Clínica Jurídica CELS/UBA.

Mabel López Oliva

Abogada (UBA). Especialista en gestión y planificación de políticas sociales (UBA). Magister en políticas sociales (UBA). Actualmente funcionaria de la Asesoría General Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires. Fue directora de la Comisión de Derechos Humanos de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, consultora responsable del área reforma legal de Unicef, oficina de la Argentina. Fue docente auxiliar de la Comisión Derechos del Niño de la UBA.

Gustavo Maurino

Abogado, Profesor de las Universidades de Palermo y San Andrés. Co-director de Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), Buenos Aires.

Horacio Meguira.

Abogado. Director del Departamento Jurídico de la Central de Trabajadores Argentinos (CTA). Profesor adjunto regular de la Facultad de Derecho de la UBA. Consultor de la Organización Internacional del Trabajo.

Ezequiel Nino

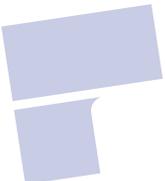
Abogado, Magíster en Derecho de la Universidad de Nueva York. Profesor en la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad de Palermo. Co-Director de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), Buenos Aires.

Laura Pautassi

Abogada, Especialista en Planificación y Gestión de Políticas Sociales, Doctora de la Universidad de Buenos Aires, Área Derecho Social. Docente de Posgrado. Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Investigadora permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. Gioja, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Directora Proyecto UBACYT D-413.

Verónica Quinteros

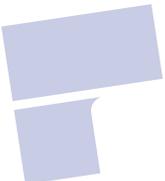
Abogada. Integrante del Observatorio del Derecho Social y Asesora Jurídico de la Central de Trabajadores Argentinos (CTA) Nacional y de organismos de derechos humanos. Docente de la UBA.

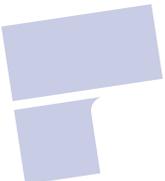
 pdfelement

Abreviaturas

ACIJ	Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia
ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
ACUMAR	Autoridad de la Cuenca Matanza Riachuelo
ALEARA	Sindicato de Trabajadores de Juegos de Azar, Entretenimiento, Esparcimiento, Recreación y Afines
ANSeS	Administración Nacional de la Seguridad Social
APDFA	Asociación del Personal de Dirección de Ferrocarriles Argentinos
APDH	Asamblea Permanente por los Derechos Humanos
ATE	Asociación Trabajadores del Estado
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CCT	Convenio Colectivo de Trabajo
CEDAW	Convención Internacional contra la Discriminación de la Mujer
CELS	Centro de Estudios Legales y Sociales
CEPAL	Comisión Económica para América Latina
CIDH	Comisión Internacional de Derechos Humanos
CN	Constitución Nacional
CNAT	Cámara de Apelación del Trabajo
CNAT	Central de Trabajadores de la Argentina
CONAEYC	Consejo Nacional de Administración, Ejecución y Control
CONICET	Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas
CPCC	Código Procesal Civil y Comercial
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
CTA	Central de Trabajadores Argentinos
DCP	Derechos civiles y políticos
DESC	Derechos económicos, sociales y culturales
DEUCO	Defensa de Usuarios y Consumidores
DGECBA	Dirección general de Empleo de la Ciudad de Buenos Aires
EHU	Ente de Higiene Urbana
ELA	Equipo Latinoamericano de Justicia y Género
FARN	Fundación Ambiente y Recursos Naturales
FLACSO	Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales
FOETRA	Federación de Obreros y Empleados Telefónicos
GCBA	Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires
IFI	Instituciones Financieras Internacionales
IVC	Instituto de la Vivienda

MT	Ministerio de Trabajo
MTEySS	Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social
MTR	Movimiento Teresa Rodríguez
NOS	Nueva Organización Sindical Gastronómica
OEA	Organización de Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
PEC	Programa de Empleo Comunitario
PEN	Poder Ejecutivo Nacional
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PJ	Poder Judicial
PJJHD	Programa de Jefes y Jefas de Hogar Desocupados
PLN	Poder Legislativo Nacional
PMA	Asociación de Productores de Medicamentos
SIDH	Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos
SITLA	Sindicato de Trabajadores de la Lockheed
SOEP	Sindicato de Obreros y Papeleros
SUTAGP	Sindicato Único de Trabajadores de la Administración General de Puertos
SUTIAGA	Sindicato de Trabajadores de la Industria de Agua, Gaseosas y Afines
SUTRAQUIP	Sindicato Único de Trabajadores Químicos y Petroquímicos de Rosario
TAC	<i>Treatment Action Camping</i>
UATRE	Unión Argentina de Trabajadores Rurales y Estibadores
UBA	Universidad de Buenos Aires
UF	Unión Ferroviaria
UNLa	Universidad nacional de Lanús
UOETSyL	Unión de Obreros y Empleados Tintoreros, Sombrereros y Lavaderos
UPJBP	Unión de Personal Jerárquico del banco de la Provincia de Buenos Aires
UTA	Unión Tranviarios Automotor
UTHGRA	Unión de Trabajadores del Turismo, Hoteleros y Gastronómicos de la República Argentina

 pdfelement

 pdfelement