

Apuntes acerca del litigio estructural y los derechos sociales

Dr. Leonardo Massimino

I. Planteo.

- Sabemos que el reconocimiento con jerarquía constitucional de los derechos sociales, económicos y culturales (art. 75 inc. 22 CN), las mayores demandas en materia social (vivienda, alimentos, medicina, sanidad, etc.) y sobre todo las crecientes dificultades en materia económica, **son factores que repercuten en el nacimiento del llamado “litigio estructural” o también denominado “litigación compleja” o “reforma estructural”.**
- A través de esta figura el magistrado coadyuva en el diseño e implementación de políticas públicas y dispone de medidas positivas para satisfacerlos.
- Este fenómeno, además de reavivar el debate sobre el rol contramayoritario de los jueces, genera una reformulación del proceso, rompe sus moldes tradicionales y plantea múltiples interrogantes en torno a la utilidad de la sentencia dictada.

¿Cómo se compatibiliza las medidas tomadas por los jueces con la clásica división de poderes?

¿Cuáles son los problemas y las ventajas que presentan este tipo de litigación?

- En la presente exposición me referiré brevemente a un marco teórico posible de vinculación entre el “**litigio estructural**” y los “**derechos sociales, económicos y culturales**”, que voy a llamar “**derechos sociales**” a secas para contraponerlo a los “derechos civiles y políticos”.
- Debo aclarar que, si bien me referiré a la litigación y estos derechos en el ámbito judicial, también es posible – y necesario- extrapolar sus consecuencias en el seno del procedimiento administrativo, respecto del cual me referiré brevemente al final.

II. Los derechos sociales: el problema de su exigibilidad

- La reforma de 1994 otorgó jerarquía constitucional a numerosos Tratados de Derechos Humanos a través de la letra del artículo 75 inciso 22.
- El **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es la piedra de toque** para el reconocimiento de esta clase de derechos. Así

dispone en su artículo 2 inciso 1 que *"Cada uno de los Estados Partes se compromete a adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, incluyendo medidas legislativas, para la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos"*.

Sin entrar en las teorías sobre los derechos humanos, lo cierto que la expresión "hasta el máximo de los recursos disponibles" y la expresa mención a las "medidas legislativas" **pone de relieve las dos dimensiones de exigibilidad de estos derechos:**

- **1) Como dice Ferrajoli**, para todos los derechos fundamentales (liberales y sociales) la existencia de un proceso y una estructura garantista que los vuelva exigibles
 - **2) y**, además, su necesaria conexión con previsiones económicas que los sustenten, es decir, con las posibilidades materiales en consideración del sistema económico en el que se desarrollan.
- La principal diferencia entre los derechos políticos y los derechos sociales es que, en los primeros el Estado ya cuenta con estructuras para garantizar el derecho a la propiedad **-posee la estructura** de la justicia civil y penal, agencias policiales, registro de la propiedad inmueble, registros de automotor, etc- **pero no cuenta en cambio como una estructura similar para garantizar**, por ejemplo, el derecho a la vivienda.
 - Frente a tal circunstancia, es necesario un mecanismo externo que asegure la realidad práctica de estos derechos, esto es el ámbito del control judicial.

III. Principales características del litigio estructural

- La estructura y el funcionamiento del litigio estructural quiebra los moldes tradicionales del proceso.
 - 1) La primera particularidad a resaltar del litigio estructural es que constituye un ámbito de negociación entre todas las partes. El litigio tradicional tiene una arquitectura bipartita. En cambio, el litigio estructural, al existir multiplicidad de partes, es un proceso de toma de decisiones complejo.
 - Un claro ejemplo de esta multiplicidad de partes lo podemos encontrar en el precedente de la Corte Suprema **"Mendoza Beatriz Silvia y Otros c/ Estado Nacional y otros s/Daños y Perjuicios"** (Fallo 239:2316 y fallo 331:1622). En él, la demanda fue iniciada por un grupo de 17 (diecisiete) vecinos, ejerciendo derechos propios y algunos de ellos en representación de sus hijos menores contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Gobierno de la

Nación y el de la Provincia de Buenos Aires. También se demandó a 44 (cuarenta y cuatro) empresas que, según se sostenía, ocasionaban la contaminación en la cuenca Matanza-Riachuelo. Luego, se presentaron espontáneamente diversas organizaciones protectoras del ambiente y se admitió la intervención del Defensor del Pueblo.

- Este fenómeno, representa el aumento de la cuota democrática dentro de la esfera judicial (o escuchar a los interesados para emitir una sentencia útil?).
- La celebración de “audiencias públicas” o “mesas de diálogo” para oír distintas voces resulta una nota tipificante de este tipo de casos
- **Como expresa Gargarella, “la convocatoria a los múltiples actores involucrados, en este tipo de problemas (carcelarios, ambientales) no se resuelven con un “sí” o con un “no” en la sentencia, sino con un largo proceso de toma de decisiones”**

• En la causa “**Edenor**” la aplicación de un ajuste de tarifas retroactivo, la justicia ratificó – a diferencia de primera instancia- la aplicación de un ajuste de tarifas cuestionado por el DPN. El argumento es justamente la celebración de la audiencia pública.

• si lo que se pretende es anular una decisión regulatoria, la decisión judicial no puede ser emitida útilmente sin citar a todos los interesados, lo que obliga a su intervención en la causa DPN sala V Cámara Federal.

- 2) La segunda característica más saliente del litigio estructural se refiere al carácter continuado de la intervención judicial en la ejecución de sentencia. Dependiendo del objeto del proceso y de la reforma emprendida sobre las burocracias estatales, el periodo podrá ir desde meses o años (limpiar el Riachuelo llevaría 20 años).
- La fijación de objetivos, el cumplimiento gradual, el control ejercido por el magistrado durante el proceso de ejecución de sentencia **resultan ser los factores que justifican la intervención prolongada de la justicia como órgano de supervisión ya que, a diferencia del proceso tradicional, no actúa retrospectivamente, sino que lo hace fijando conductas hacia futuro.**
- Ejemplos sentencias de la Argentina y CIDU en materia de ejecución de sentencias.
 - Ejemplo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- Otro ejemplo es el caso **“Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires”** (Trib. Crim. Nro 3 de Mar del Plata, 4/6/2002). En el mencionado precedente, un juez de Mar del Plata intimó al gobierno provincial a: *“(a) dar cumplimiento al mandato de descentralizar dos hospitales públicos locales en el plazo de 180 días que debían comenzar a contar a partir de las 24 horas de la notificación de la decisión judicial, (b) notificar a los funcionarios designados por el Poder Ejecutivo a fin de implementar la descentralización, (c) prever para el próximo ejercicio fiscal las partidas presupuestarias correspondientes en el rubro de entidades descentralizadas (d) proveer en forma constante e inmediata los insumos hospitalarios, medicamentos, cargos médicos y de auxiliares necesarios para el normal funcionamiento de los hospitales, y (e) asignar a la caja chica de los hospitales una suma constante de \$20.000 para la compra de insumos y medicamentos.”*
- 3) Estas causas reflejan una reformulación del rol del juez – que se traduce en un mayor activismo y se refleja principalmente, en dos aspectos:

- (i) la flexibilización del principio procesal de congruencia.

Pues la magnitud y cantidad de decisiones que se deben tomar; la trascendencia de los derechos involucrados y la imperiosa necesidad de dar una solución colectiva al problema hacen que los límites de la actuación judicial se amplíen, abandonando la búsqueda de **la tradicional verdad formal e intentando dar un paso hacia la verdad material.**

- (ii) el magistrado adopta un papel mas activo como director del proceso, abandonando el típico sistema dispositivo.

Un claro ejemplo de la flexibilización del principio dispositivo es el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente **“Mendoza Beatriz Silvia y Otros c/ Estado Nacional y otros s/Daños y Perjuicios” (Fallo 329:2316)**, de las facultades ordenatorias e instructorias previstas en el artículo 32 de la Ley N° 25.675 en donde se dispone, en su parte pertinente, que *“[E]l juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. Asimismo, en su Sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá*

extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes.”

La tendencia jurisprudencial de la CSJN a partir de los precedentes **“Verbistky” y “Mendoza”**, ha comenzado a receptar la necesidad de diseñar un remedio judicial que tienda a dar una solución colectiva a los problemas socioeconómicos a través de la cual el juez emprende una reforma de las burocracias estatales.

- En **“Verbistky Horacio s/Habeas Corpus”** (Fallo 328:1146), la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar a la acción de habeas corpus correctivo y colectivo promovida por el actor, a raíz de las condiciones de detención de las personas en comisarias y establecimientos penales superpoblados en establecimientos penales.
- En **“Viceconte M. c/Estado Nacional”** del 2/6/98, la Sala IV de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, ordeno al Estado Nacional a cumplir **“estrictamente y sin demoras”** un cronograma que estaba presentado en la causa, para la fabricación de la vacuna contra el mal de los rastrojos.
- Por ejemplo, **“Asociación Benghalensis y otros contra Estado Nacional”** (C.S.J.N. 1/6/2000 Fallos 323:1323) la mayoría de la Corte confirmó las ordenes al Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación de “dar acabado cumplimiento a su obligación de asistencia, tratamiento y, en especial, al suministro de medicamentos –en forma regular, oportuna y continua- a los enfermos de SIDA que se encuentra registrados en los hospitales y efectores sanitarios del país”.
- De la misma forma en el precedente **“Campodónico de Beviacqua, Ana contra Estado Nacional”** (C.S.J.N. 24/10/2000, JA 2001-I-464) el Máximo Tribunal de la Nación ordenó la prestación del tratamiento de la enfermedad de Kostman a través del Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas, que había sido suspendido por el MSASN. Podemos seguir mencionado otros casos como **“Defensoría de Menores N°3”** (Cam. Civil de Neuquén, Sala I, 10/3/1998, Expte. 77/ca 1998) en donde se confirmó la orden del Gobierno Provincial de crear o cubrir permanentemente tres cargos de enfermería mediante la contratación de personal para una unidad de cuidados intensivos del hospital de la zona.

- En materia de vivienda el reciente fallo de la Corte **“Q.C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo”** establece que *“el esfuerzo estatal realizado para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales que las normas constitucionales garantizan a la señora S. Y. Q. C. y su hijo no es suficiente o adecuado, ya que ni siquiera atiende a las mínimas necesidades que la situación del grupo familiar demandante requiere. Si bien puede admitirse que no hay una única manera de responder el derecho de vivienda, lo cierto es que las alternativas implementadas por la ciudad no dan una respuesta acabada, definitiva y acorde a las extremas circunstancias que debe afrontar el recurrente.”*(Considerando N° 13)

IV. Los desafíos de esta forma de litigio estructural

Las cuestiones que se suscitan en torno al litigio estructural y los derechos sociales en el ámbito del proceso judicial genera un nuevo abanico de interrogantes.

- 1) Se advierte que la principal dificultad (y resistencia) que genera este tipo de procesos radica en el hecho de que **inciden sobre la ejecución de políticas públicas e inciden en el principio de división de poderes.**

Sin embargo, es un **hecho comprobable empíricamente que los ciudadanos concurren al ámbito judicial** para exigir el resguardo de sus derechos sociales. La **no respuesta eficaz** quede dar lugar a responsabilidad del Estado en los ámbitos internacionales.

A la hora de desentrañar los límites de la actividad judicial, resultan sumamente ilustrativas las palabras de Balbín, quien sostiene que *“[l]os jueces no pueden diseñar las políticas públicas por el postulado de la división de poderes [...] El poder político –es decir el legislador y el ejecutivo- es quien debe planificar y ejecutar las políticas públicas por mandato constitucional y en razón de su legitimidad de carácter democrático. [...] De todos modos, el juez si puede y debe establecer los lineamientos básicos de las políticas públicas en términos de objetivos –reconocimiento y respeto de los derechos- pero no de su contenido”*

- 2) Otro desafío es que el juez debe redoblar su pericia en el decisorio, pues se trata de medidas judiciales que generan un importante efecto económico, razón por la cual un análisis de esta índole resulta fundamental a los fines de garantizar la utilidad de la sentencia dictada. Efectos económicos.

Además, la capacidad técnica o científica del magistrado no es la misma que poseen los órganos políticos quienes cuentan con expertos en las más diversas áreas de decisión. El Poder Judicial se encuentra compuesto solo por abogados, motivo por el cual la necesidad de contar con un asesoramiento técnico calificado resulta menester a fin de evitar que la decisión adoptada por el juez no sea peor que la inacción demostrada por la administración.

- 3) Cuestión de los costos. Bobbio: “No se trata de establecer derechos que nadie niega, sino de establecer los mecanismos para que aquéllos sean efectivos”.
- 4) **En relación a estos temas, tengamos presente ciertas innovaciones en el proceso constitucional ante la CSJN** que se vislumban en los últimos años: las **acciones de clase** (causa Halabi), la **administración judicial de grandes conflictos** (causa Mendoza), la institución de los **Amigos de Tribunal** para ciertas causas, la **creación de la oficina de Análisis Económico**, la expansión de las **acciones declarativas de certeza**, los **requisitos para el RE de la Acordada 4/2007** y otros temas en formación como el “**per saltum**”, el **paso del certiorari negativo al certiorari positivo**, etc.

IV. El litigio estructural en sede administrativa.

- Recordemos que la actividad regulatoria del estado en materia social y económica es por esencia es conflicto de intereses, lo cual se puede resolver por actos generales o particulares.
- En el derecho administrativo de EEUU **se discute sobre la fungibilidad de las técnicas regulatorias.** es decir, la autoridad administrativa pueda resolver un asunto por acto general o por acto particular.
- Concretamente, en EU se plantea si el procedimiento *rulemaking* (normas generales) y *adjudication* (casos particulares) es intercambiable, **discusión que no es académica son diferentes en cuanto a los recaudos formales para la formación de la decisión regulatoria y los alcances del control judicial en cada caso.**

La jurisprudencia ha establecido que el abordaje de situaciones que afectan la generalidad (usuarios, medicamentos y que exigen solución en masa, etc.) el tema debe ser reglamentado y deben emplearse los procedimientos formales para este tipo de procesos.

V. Conclusiones

- El litigio estructural es una respuesta a una necesidad colectiva en materia de derechos sociales.
- El fenómeno que exhibe tantos interrogantes y como desafíos quizás nos requiera como tarea científica – antes que negarlo - optimizarlo como respuesta institucional a las necesidades reales de la gente.

MUCHAS GRACIAS

Bibliografía consultada:

- Solá, Juan Vicente, La Corte Suprema y el nuevo proceso constitucional, La Ley 18/06/2013, 18/06/2013, 1 - LA LEY2013-C, 1217
- Falcón, Juan Pablo, Congreso de Derecho Público para estudiantes y jóvenes graduados, “DEMOCRACIA Y DERECHOS”, “El litigio estructural como forma de activismo judicial. Un camino hacia la protección de los derechos económicos, sociales y culturales”.
- Bianchi, Alberto B, Crónica de una inconstitucionalidad manifiesta, LA LEY 26/06/2013, 26/06/2013, 4, Corte Suprema de Justicia de la Nación ~ 2013-06-18 ~ Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de derecho) c. Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar s/ acción de amparo
- Gelli, María Angélica, Las inconstitucionalidades de la ley del Consejo de la Magistratura. Una sentencia crucial, LA LEY 26/06/2013, 26/06/2013, 4, Gelli, María Angélica, Corte Suprema de Justicia de la Nación ~ 2013-06-18 ~ Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de derecho) c. Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar s/ acción de amparo.