



PROYECTOS DE INVESTIGACIÓN

SONETO

Si dejo sopesar sobre mi vida
el transcurrir que Newton ha pensado
la masa del afecto, en su medida,
será un cuerpo uniforme, acelerado

Con todas las galaxias en su huida
la gravedad, el plano inacabado
y la distancia, entonces, extendida
negará el encuentro más deseado

Pero en la curvatura de las eras
hipotetizo hallar, aún con mi duda,
las almas mías en enredadera

que al brillo de su lumbre duradera
pondrá fin a la muerte testaruda
dando al amor su forma verdadera

Autora: *Claudia Marcela López*

Arte de la portada: Raúl Pane

Obra: *Ángel Vicente Peñaloza*

Serigrafía sobre papel. 40 x 50 cm.

De la serie "Patriotas", 2018.

Las tutelas procesales diferenciadas en materia ambiental¹

*Pablo Octavio Cabral*²

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 8 Invierno 2018, 621-674

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e209>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5768-4958>

I. Introducción

El derecho a la preservación del medio ambiente está expresamente reconocido en la Constitución nacional, en sus arts. 41 y 43, en los pactos internacionales sobre derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional -art. 75 inc. 22 Constitución nacional- y en numerosas normas sobre defensa ambiental a nivel nacional, provincial y municipal.

La protección de los derechos ambientales –en su dimensión colectiva- requiere una participación activa de la judicatura, la que si bien de alguna manera pudiera afectar el clásico principio procesal de congruencia, en definitiva se traduce en un obrar preventivo o cautelar acorde con la naturaleza de los derechos afectados y a la medida de sus requerimientos. En estos casos resulta necesaria la eficaz intervención de un

¹ Este trabajo se desarrolló en el marco del *Proyecto de Investigación UNLP 11/J158: "Nuevas normas lusprivatistas: Simetrías o asimetrías con el régimen del Patrimonio Ambiental-Cultural, su repercusión en el desarrollo y la gobernanza"* a cargo de la Directora: Prof. Zendri, Liliana. Inicio del proyecto 01/01/2016 y finalización 31/12/2017. Este trabajo fue presentado como ponencia en el III Congreso de Derecho Procesal Constitucional, "Por la eficacia de las garantías", Catamarca, 28/30 de junio de 2017. La investigación es el producto de un desarrollo de trabajos anteriores en los que abordé temáticas similares.

² Docente de Derecho Administrativo II de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP (pablooctaviocabral@yahoo.com.ar).

juez, como lo explica Gozaíni, con un alto grado de *responsabilidad social*.³

Nuestro ordenamiento jurídico, puso en cabeza de la Administración Pública Nacional y provinciales el cumplimiento de las obligaciones de no dañar el ambiente y recomponerlo y le asignó al Poder Judicial la tarea de protección de estos derechos de incidencia colectiva cuando resultan vulnerados. En este marco es trascendente analizar la especial protección de los derechos ambientales en la ley de medidas cautelares 26.854.

Encontrándose el Estado como primer obligado de garantizar la efectividad de los derechos sociales y ambientales de los integrantes de la sociedad, surge la competencia judicial de la justicia contencioso administrativa, la que debe actualizar sus procedimientos y estructuras a una nueva realidad que impacta directamente sobre su constitución tradicional.

Por ello, frente a la tradicional justicia contencioso administrativa liberal clásica, se debe construir una visión social y transformadora del rol de los jueces en nuestra sociedad, que también se articule con una concepción participativa de una democracia en la que los derechos fundamentales son garantizados por el Estado en forma igualitaria.⁴

El poder judicial comenzó a intervenir activamente en las decisiones públicas a través del control de constitucionalidad de las leyes (en nuestro país en forma difusa, es decir tal declaración puede ser emitida por cualquier juez) y mediante el control de legalidad del accionar de las administraciones

³ Ampliar en GOZAINI, O. A, *La Función Social del Juez*, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José de Costa Rica, 2012. Ver también del mismo autor, "*Funciones del juez en los procesos constitucionales*", www.juridicas.unam.mx.

⁴ Ampliar en CABRAL, P O. "La Justicia Administrativa como herramienta para la efectivización de los derechos sociales reconocidos constitucionalmente en la Provincia de Buenos Aires", *Revista de la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo (ABDA)* AÑO 1, N° ½, Enero/Agosto 2007; y "El poder judicial como herramienta institucional de participación ciudadana en el marco de la teoría de la democracia deliberativa", *Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* en el mes de septiembre de 2008 (año 2, N° 2).

públicas (especialmente mediante el control efectuado por la justicia contencioso administrativa). También las reformas de las Constituciones estatales generalizaron el control de la administración mediante la creación de un nuevo fuero descentralizado con especialidad administrativa. Así desde hace unos años tanto en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como en la provincia del mismo nombre, funcionan los juzgados en lo contencioso administrativo que desarrollan una actividad de control de las respectivas administraciones públicas.

Esta combinación entre reconocimiento de derechos sociales y ambientales con activismo judicial en el control de las acciones del gobierno (denominada por algunos medios judicialización de la política), tanto en su esfera legislativa como administrativa, generó un espacio institucional de discusión racional de las decisiones públicas del gobierno.

En ese marco histórico e institucional analizaré la incorporación a los procesos judiciales administrativos de técnicas de protección diferenciadas como herramientas legales y procedimentales que garanticen la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales –incluyendo el derecho a un ambiente sano–, que fueron internalizados en la última reforma constitucional en nuestro ordenamiento jurídico nacional.⁵ Aún hoy, en la mayoría de las jurisdicciones provinciales la posibilidad de efectivizar derechos humanos fundamentales se encuentra seriamente limitada – y la mayoría de las veces directamente imposibilitada– por la estructuración de una justicia contencioso administrativa vetusta que desconoce las garantías constitucionales de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, en violación de tratados internacionales de protección de Derechos Humanos incorporados a nuestro derecho interno en la reforma constitucional de 1994.

En un histórico contexto hostil del derecho administrativo respecto de las tutelas procesales diferenciadas, encuentro que

⁵ GUTIÉRREZ COLANTUONO, P. A. (2009), *Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

la ley 26.854 –nuevo régimen de cautelares contra el Estado Nacional- es válido ejemplo de estas herramientas y constituye una norma procesal de avanzada que recepta la moderna doctrina⁶ y jurisprudencia de la materia, en total cumplimiento de la Constitución Nacional y la normativa internacional de Derechos Humanos. Nuestro sistema judicial no reconoce aún plenamente la operatividad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, negando en muchos casos la posibilidad de exigir en tribunales las obligaciones prestacionales del Estado en materia social o ambiental. Esta situación comenzó a modificarse paulatinamente, gracias en parte a la última reforma constitucional, a la incorporación de normativa internacional protectora de derechos humanos a nuestro ordenamiento interno, a los señeros avances de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación y su seguimiento por tribunales inferiores, a la creación de los fueros contencioso administrativos descentralizados y con jueces especializados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la Provincia de Buenos Aires, a los trabajos de la doctrina y –por último- a la relevancia que nuestra sociedad le ha otorgado al cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos, voluntad popular reflejada en las políticas públicas del Estado Nacional en la última década que pusieron a la Argentina a la vanguardia en la materia.⁷

⁶ BERIZONCE, R. O., (2009) *Tutelas procesales diferenciadas*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2009; UCIN, M. C., (2011) *La tutela de los derechos sociales*, Librería Editora Platense, La Plata, 2011; NOGUEIRA, J. M. y SCHAPIRO, H., (2012), *Acceso a la Justicia y grupos vulnerables. A propósito de las Reglas de Brasilia*, Librería Editora Platense, La Plata, 2012; MORELLO, A. (1994), *El proceso justo. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos*, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 1994; FERRAJOLI, L., (2003) “El Garantismo y la filosofía del Derecho”, *Revista Editorial de la Universidad Externado de Colombia*, N° 15.

⁷ Para una opinión crítica de este proceso histórico, ver LUQUI, R. E., (2011) “Socialización de la Justicia”, *Revista La Ley*, 16 de diciembre de 2011: “La socialización de la justicia es un fenómeno que parte de una idea equivocada de la función que tiene el Poder Judicial en nuestro sistema jurídico político, pues pretende atribuirles a los jueces la misión de controlar la legalidad objetiva y asegurar el ejercicio regular y eficiente de las funciones de la Administración. Más aún, se ha sostenido que los jueces tienen la misión de hacer efectivas las políticas públicas...”, p.3.

La ley de cautelares contra el Estado Nacional, aquí en estudio, es la primer norma procesal de relevancia que reconoce expresamente la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en nuestro país. Además de la trascendencia jurídica y cultural de tal reconocimiento en relación con la exigibilidad de tales derechos, esta norma protege en forma diferenciada a sectores socialmente vulnerables en su derecho a una vida digna, y en especial garantiza los derechos económicos sociales y culturales de los sectores populares de la sociedad (salud, derechos alimentarios, ambientales, laborales, etc.), como hasta ahora ninguna norma procesal lo había hecho, cumpliendo con el principio internacional en materia de derechos económicos sociales y culturales que dispone que los Estados deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables, concediéndoles una atención especial y diferenciada.⁸

La nueva norma procesal recoge los principios de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tuitiva de los sectores excluidos –ambos reinterpretedados por la Corte Suprema de Justicia a la luz de la Constitución Nacional y de la normativa internacional de los Derechos Humanos– constituyendo una novedosa política pública de tutela procesal diferenciada llevada a cabo por el Poder Legislativo de la Nación.

Lo dicho hasta aquí no me lleva a desconocer que algunos aspectos de la ley han sido objeto de críticas y observaciones por parte de la doctrina⁹ e instituciones académicas¹⁰, así como

⁸ Ver Observaciones generales N° 3 y N° 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁹ GOZAINI, O. A., (2013) “Medidas Cautelares contra el Estado”, *La Ley*, Edición del 06/05/13. También respecto del proyecto de modificación ampliar en RATTI MEDAÑA, F. S., (2013) “Los proyectos de Ley de Modificación del Régimen de Medidas Cautelares contra la Administración; reflexiones críticas”, *DJ*, 17/02/2013, p.95.

¹⁰ *Declaración del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires* a raíz de los proyectos sobre Reforma Judicial ingresados en el Senado de la Nación (www.derecho.uba.ar): *Declaración del Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Jurídica y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata* (www.jursoc.unlp.edu.ar); *Informe del*

de otros sectores de opinión de nuestra sociedad¹¹, compartiendo algunos aspectos de tales objeciones, pero –al mismo tiempo- no dejando de destacar que en muchos casos se trata de las clásicas prerrogativas procesales -integrantes del régimen exorbitante del derecho privado- presentes en todos los sistemas procedimentales de la justicia contencioso administrativa provinciales y federal. Así, hoy en día, las estructuras judiciales en las que se juzga a los Estados en la Argentina desconocen las garantías constitucionales de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, en violación de tratados internacionales de protección de Derechos Humanos incorporados a nuestro ordenamiento interno en la reforma constitucional de 1994. Es por ello que una crítica descontextualizada que ponga la lupa sólo en una parte del complejo sistema de justicia encargado de controlar a los Estados, sin reparar un minuto en su estructura general, en sus normas constitutivas, en sus procedimientos judiciales, en sus prácticas cotidianas, en su funcionamiento defectuoso, puede convertirse en el árbol que no nos deje ver el bosque.

En este sentido, debo reconocer que el trascendente paso dado mediante la sanción de la ley 26.854 en el camino hacia la efectivización de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, será insuficiente si no se proyecta y materializa una reforma integral de la justicia administrativa argentina -federal y locales- que proteja en forma diferenciada a los grupos

Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP (www.derechoshumanos.unlp.edu.ar); entre otros.

¹¹ Entre las opiniones de Organizaciones no Gubernamentales dedicadas a la justicia y los derechos humanos se destacan; Opinión del *Centro de Estudios Legales y Sociales* (CELS, www.cels.org.ar); opinión de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC, www.adc.org.ar). Además, las siguientes organizaciones no gubernamentales; Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ); Asociación por los Derechos Civiles (ADC); Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas; CIPPEC (Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento); Consumidores Libres; Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN); Fundación Directorio Legislativo; Fundación para el Desarrollo de Políticas Sustentables (FUNDEPS); Fundación para la Educación, la Ciencia y la Cultura (FECIC); Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia (FORES); Unidos por la Justicia; Poder Ciudadano, en un documento conjunto expusieron su opinión contraria a la reforma judicial.

vulnerables, garantizándoles una prioritaria tutela procesal de sus derechos fundamentales, destacando entre ellos, el derecho a un ambiente sano.

II. Las medidas cautelares en el derecho procesal administrativo

Las medidas cautelares reflejan una actividad de tipo preventiva dentro del proceso que, enmarcado en esa objetiva posibilidad de frustración, riesgo o estado de peligro, a partir de la base de un razonable orden de probabilidades acerca de la existencia del derecho que invoca al peticionante, según las circunstancias, y exigiendo el otorgamiento de garantías suficientes para el caso de que la petición no reciba finalmente auspicio, anticipa los efectos de la decisión de fondo ordenando la conservación o mantenimiento del estado de cosas existente o, a veces, la innovación del mismo según sea la naturaleza de los hechos sometidos a juzgamiento.¹²

Los requisitos clásicamente establecidos para la procedencia de medidas cautelares contra el Estado son: 1) Verosimilitud del derecho; 2) Peligro en la demora, 3) No afectación del interés público y 4) contracautela. Los requisitos de verosimilitud del derecho invocado y del peligro que se cause un daño grave e irreparable, se hallan de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigente en la gravedad e inminencia del daño y, viceversa, cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable, el rigor acerca del *fumus* se debe atenuar.

El requisito característico del derecho procesal administrativo para la procedencia de una medida cautelar contra el Estado es la no afectación de un interés público, criterio expuesto por

¹² DE LAZZARI, E., (1995), *Medidas Cautelares*, Librería Editora Platense, La Plata, 1995. Ampliar en CAMPS, C. E., (2012) *Tratado de las medidas cautelares*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012. Ver RIZZI, G. "Protección Cautelar en el Derecho Contencioso Administrativo", en la obra de Camps, Carlos Enrique (director), *Tratado de las Medidas Cautelares*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 1545 y sgtes.

nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver la causa “Astilleros Alianza vs. Nación Argentina”.¹³

Las medidas cautelares se caracterizan por su accesoriedad, provisoriedad y transitoriedad, y –como lo explica Gozáini con precisión: “A partir de la instrumentalidad se derivan las notas características de las medidas cautelares: sumariedad del conocimiento y cosa juzgada formal; provisionalidad de las disposiciones sobre la materia como de las medidas que se dictan en consecuencia; mutabilidad o variabilidad de las precautorias dispuestas; discrecionalidad para resolver el tipo de medidas cautelares; preventividad como fundamento y razón de procedencia; y responsabilidad emergente por los daños potenciales que pueda ocasionar la traba, dentro del cual se encuentra, la caducidad de las medidas”¹⁴.

III. Un ejemplo de política pública de tutela procesal diferenciada en la Ley 26.854

a) El régimen exorbitante del derecho privado y el Derecho Procesal Administrativo

A fin de contextualizar en el tipo de proceso judicial que se enmarca la nueva regulación de las medidas cautelares contra el Estado Nacional, debo desarrollar brevemente el estado actual del derecho procesal administrativo en la Argentina, y en especial detenerme en los sistemas de justicia administrativa vigentes en las jurisdicciones provinciales.

El derecho procesal administrativo es el conjunto de normas y principios que reglamentan los juicios en que el Estado es parte o en los que una de las partes ejerce una función

¹³ CSJN, *Fallos* 314:1202; “De ahí, pues, que a los requisitos exigibles para la admisión de toda medida cautelar, cuando se trate de semejante a la ordenada en autos deba agregarse la acreditación del peligro irreparable en la demora y, además, la ineludible consideración del interés público”.

¹⁴ GOZAINI, O. A., (2013) “Medidas Cautelares contra el Estado”, *La Ley*, Edición del 06/05/13, p.3.

administrativa por delegación estatal¹⁵, siendo uno de los clásicos ámbitos en el que las prerrogativas estatales se hacen presente.¹⁶ Un ejemplo de ello lo constituyen los requisitos especiales de habilitación de la instancia judicial en materia administrativa que obligan a los ciudadanos en determinados casos a reclamar en forma previa ante la propia administración pública, agotando la instancia administrativa, presentando la demanda en un breve plazo de caducidad, o cumpliendo con el pago previo exigido por el principio *solve et repete*. En el ámbito cautelar la tradicional prerrogativa procesal se manifiesta en la incorporación del requisito de no afectación del interés público para la procedencia de tales medidas contra el Estado¹⁷. Finalmente, respecto de las sentencias contra el Estado, en muchos casos tienen efecto declarativo, son de difícil ejecución y no existen procesos especiales de cumplimiento en casos complejos de afectación de derechos colectivos o bienes de la comunidad. A esto deben adicionarse dos principios respecto de la actuación administrativa que dificultan su escrutinio judicial, la presunción de legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos, prevista legalmente en la esfera nacional y en muchas regulaciones provinciales. Este arsenal de medidas, principios y limitaciones de la revisión judicial de la actividad estatal se encuentra presente –en mayor o menor medida– desde su nacimiento en todas las legislaciones procesales administrativas en los ámbitos federal, de las provincias argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

¹⁵ La atribución material de competencia de la justicia administrativa puede variar según se adopte en el ordenamiento jurídico un criterio subjetivo, material o mixto.

¹⁶ GONZALEZ PEREZ, J., (1985) *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*, Editorial Temis, Bogotá, 1985.

¹⁷ PADROS, R. S., (2004) *La Tutela Cautelar en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004. Al respecto dijo: “Como sucedió con la interpretación acerca de la naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa, la materia cautelar ha estado por tradición sujeta a una visión particularmente restrictiva sobre la posibilidad de disponerse medidas provisionales que modifiquen los efectos propios de los actos administrativos y, dentro de esta categoría, sólo respecto de aquellos actos ejecutorios con capacidad para provocar una transformación en la situación jurídica del demandante.”, p. 125.

En el ámbito federal no existe un código procesal administrativo, quedando el trámite judicial reglado, en cuanto a los requisitos de habilitación de instancia en la ley nacional de procedimientos administrativos (Ley 19.549)¹⁸ y respecto del proceso en sí, en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación¹⁹.

Los procesos contencioso administrativos en los que tramitan los juicios contra los Estados provinciales y sus municipios pueden ser clasificados según el modelo de justicia administrativa que construyen. Un primer grupo histórico encabezado por el Código Contencioso Administrativo “Varela” de la provincia de Buenos Aires²⁰ de 1905²¹ (hoy derogado) y seguido por las provincias de:

- Salta²²,

¹⁸ CASSAGNE, J. C. (2009), *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Comentada y anotada*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2009; COMADIRA, J. R., (2003) *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003.

¹⁹ Ver REJTMAN FARAH, M., (2000) *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2000.

²⁰ Ley 12.008 (modif. por ley 13.101), Código Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1998. Ampliar en ISABELLA, D. P. (director), (2010) *Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires. La Justicia Administrativa*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010; BOTASSI, C. (coordinador), (2000) *El nuevo proceso contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires*, Librería Editoria Platense, Buenos Aires, 2000; DANA MONTAÑO, S. M., (1955) *Código de procedimientos de lo Contencioso- Administrativo para la provincia de Buenos Aires. Comentario y Jurisprudencia*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1955; CAIELLA, P. y PITTATORE, P., “Alcances del nuevo proceso contencioso administrativo bonaerense. Hacia la justiciabilidad plena de la actuación administrativa”, en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 91 y sgtes.

²¹ DANA MONTAÑO, S. M., (1955) *Código de procedimientos de lo Contencioso- Administrativo para la provincia de Buenos Aires. Comentario y Jurisprudencia*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1955; LINARES, J. F., “Lo contencioso administrativo en la Prov. de Buenos Aires (La deformación jurisprudencial de un código)”, *La Ley*- 96, 852.

²² Ley 793, Código de Procedimiento en lo Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1908. Ampliar en PADROS, R. S., “El Contencioso Administrativo en la Provincia de Salta”, en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 301 y sgtes.

- Mendoza²³,
- Catamarca²⁴,
- Córdoba²⁵,
- Corrientes²⁶,
- Chaco²⁷,
- Entre Ríos²⁸,
- La Rioja²⁹,

²³ Ley 3918, Código Procesal Administrativo, sancionada y promulgada en 1973. Ampliar en PEREZ HUALDE, A, "El proceso administrativo en Mendoza. Constitución provincial, Código Procesal Administrativo y jurisprudencia", en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 249 y sgtes.

²⁴ Ley 2403, Código Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1971. Ampliar en PERACCA, A G y PERNASETTI, L. H, "El sistema contencioso administrativo en la Provincia de Catamarca", en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 783 y sgtes.

²⁵ Ley 7182, Código Procesal Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1984. Ampliar en VELEZ FUNES, I. M. (director), "Derecho Procesal Administrativo", Alveroni Ediciones, Córdoba, 2003. Ver también SESIN, D J, "El contencioso de Córdoba y la Habilitación de Instancia", en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 175 y sgtes. Ver también VILLAFANE, L, "Código de Procedimiento Contencioso Administrativo de la Provincia de Córdoba. Ley 7182. Notas y Comentarios. Jurisprudencia. Modelos de Escritos.", Editorial Lerner, Córdoba, 2006.

²⁶ Ley 4106, Proceso Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1986. Ampliar en SOTELO DE ANDREAU, M. G, "El sistema procesal administrativo en la Provincia de Corrientes", en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 507 y sgtes.

²⁷ Ley 848, Código Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1967. Ampliar en LEGUIZAMON, G, "Lo contencioso administrativo en la Provincia del Chaco", en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 667 y sgtes.

²⁸ Decreto Ley 7061, Código Procesal Administrativo, sancionada y promulgada en 1983. Ampliar en GONZALEZ ELIAS, H, "El contencioso administrativo en la Provincia de Entre Ríos", en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 451 y sgtes.

²⁹ Ley 1005, Código Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1946. Ampliar en CASULLO, M. C, "El control contencioso administrativo en la Provincia de La Rioja", en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 743 y sgtes.

- La Pampa³⁰,
- San Juan³¹,
- Neuquén³²,
- Formosa³³,
- Santiago del Estero³⁴
- y Jujuy³⁵

integran el modelo de la vieja justicia contencioso administrativa revisora de los actos formales de la administración. El antiguo

³⁰ Ley 952, Código Procesal Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1979. Ampliar en SAPPÀ, J. y VANINI, J., “El contencioso administrativo en la Provincia de La Pampa”, en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 857 y sgtes.

³¹ La falta de ley especial hace que se aplique a los juicios contra el Estado el Código Procesal Civil (arts. 766, 767, 768 y 769) y por la Ley 3784, Procedimientos Administrativos, sancionada y promulgada en 1973. Ampliar en CUADROS, O. A., “Control Judicial de la actividad administrativa del Estado en la Provincia de San Juan”, en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 423 y sgtes.

³² Decreto Ley 1305/1981, Código Procesal Administrativo, emitido en 1981. Si bien la competencia es del Tribunal Superior de Justicia de la provincia (Art. 1), por la reforma de la Constitución de la Provincia de Neuquén, la competencia fue trasladada a un nuevo fuero especializado y descentralizado, que aún no se ha constituido. Finalmente por disposición del Tribunal (Acuerdo 4312) la competencia contencioso administrativa la ejerce la Sala Procesal Administrativa. Ampliar en GUTIERREZ CUOLANTUONO, P., “El caso administrativo en el escenario constitucional neuquino”, en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 961 y sgtes.

³³ Decreto Ley 584/1978, Código Procesal Administrativo, emitido en 1978. Ampliar en MARTINEZ, S. A., “El proceso administrativo o contencioso administrativo de la Provincia de Formosa”, en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 703 y sgtes.

³⁴ Ley 2291, Procedimiento Administrativo, sancionada y promulgada en 1951. Ampliar en ABALOS GOROSTIAGA, R. F., “El contencioso administrativo en el ámbito de la Provincia de Santiago del Estero analizado a través de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia”, en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 743 y sgtes.

³⁵ Ley 1888, Código Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1948. Ampliar en INSAUSTI, H. O., “El proceso contencioso administrativo en la Provincia de Jujuy”, en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 623 y sgtes.

régimen de justicia administrativa –aún vigente en las provincias mencionadas- se caracteriza por estar regulado constitucionalmente, ser de competencia del máximo tribunal provincial que resuelve en única instancia y juicio pleno, encontrar limitada la legitimación a los derechos subjetivos de carácter administrativo, excluir la revisión tanto de la actividad pública discrecional como de las cuestiones políticas, controlar únicamente la actuación administrativa formal impidiendo la judicialización de omisiones estatales, establecer un criterio de acceso estrecho a la jurisdicción (habilitación de instancia; agotamiento de la vía administrativa previa, plazos de caducidad y pago previo), impedir que se ventilen en el proceso cuestiones que no hayan sido previamente planteadas en sede administrativa, disponer únicamente como medida cautelar la suspensión del acto administrativo, y otorgar una mejor posición procesal respecto de los diversos trámites del juicio a la Administración Pública.

Resultando el requisito de habilitación de instancia, el mayor obstáculo para el ingreso a la jurisdicción administrativa, quisiera desarrollar brevemente algunos de los argumentos que sostienen su inconstitucionalidad. En tanto examen inicial del cumplimiento de las condiciones de admisibilidad de la acción (agotamiento de la vía administrativa, plazo de caducidad y pago previo), como vimos aún presente hasta en los sistemas procesales más avanzados, plantea una limitación esencial a la garantía de acceso a la justicia y obstaculiza la efectivización de derechos humanos fundamentales. Así, para Miguel López Olvera, “La habilitación de la vía judicial y el agotamiento de la vía administrativa funcionan en la actualidad con base en esquemas antiguos, que condicionan previamente el acceso a la justicia, lo cual es sin duda alguna una irrazonable restricción a la garantía constitucional, supranacional e internacional de acceso inmediato y expedito a una instancia judicial pronta y cumplida”³⁶. A similar conclusión arribó Andrés Gil Domínguez

³⁶ LOPEZ OLVERA, M A, (2008) *La instancia administrativa. Problemas actuales de la justicia administrativa. Principios y fuentes del proceso administrativo. Órgano y procedimientos judiciales*, Ediar Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 2008.

al afirmar que “En el marco de un Estado constitucional de derecho, no existe ningún argumento que sustente la obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa, la existencia de un plazo de caducidad fatal de la acción contenciosa y de la consecuente habilitación de instancia de oficio”³⁷

Otro grupo de legislaciones que puede identificarse es el de las regulaciones procesales administrativas de las provincias de Misiones³⁸, Santa Cruz³⁹, Santa Fe⁴⁰, San Luis⁴¹, Tucumán⁴² y Tierra del Fuego⁴³, ya que si bien fueron establecidos mediante

³⁷ GIL DOMINGUEZ, A., (2007) *Tutela judicial efectiva y agotamiento de la vía administrativa. Derecho constitucional administrativo*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 88.

³⁸ Ley I-95, Código Procesal Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1993. Ampliar en BECERRA, J C y ACOSTA, F A., “proceso contencioso administrativo de la Provincia de Misiones”, en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 599 y sgtes.

³⁹ Ley 2600, Código de Procedimiento en lo Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 2001. Ampliar en SALAZAR, C y otros “Contencioso Administrativo de la Provincia de Santa Cruz”, en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 1025 y sgtes.

⁴⁰ Ley 11.330, Código Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1995. Ampliar en LISA, F J y WEDER, R L., (2000) *El Proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de Santa Fe. Ley 11.330. Doctrina jurisprudencial.*, Editorial Juris, Rosario, 2000. Ver también WEDER, R y LISA, F., “El proceso contencioso administrativo en la Provincia de Santa Fe”, en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 119 y sgtes.

⁴¹ El proceso administrativo está previsto en el Título IV –Causas Contencioso Administrativas- del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de San Luis, Ley VI-0150-2004, sancionada y promulgada en 2004. Ampliar en ALLENDE, E. S y DOMINGUEZ, J A, “Procedimiento contencioso administrativo en la Provincia de San Luis”, en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 275 y sgtes.

⁴² Ley 6205, Código Procesal Administrativo, sancionada y promulgada en 1991. Ampliar en GOANE, R M, “El proceso contencioso administrativo en el ordenamiento jurídico positivo, constitucional y legal en la Provincia de Tucumán”, en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 351 y sgtes.

⁴³ Ley 133, Código Contencioso Administrativo, sancionada y promulgada en 1994. Ampliar en FRANCAVILLA, R, “Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur”, en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 1053 y sgtes.

leyes sancionadas en la década de los noventa, en algunos casos aún posteriores a la reforma constitucional de la nación -1994-, mantienen la mayoría de las características esenciales y distintivas de la antigua justicia administrativa. En forma separada se pueden ubicar las provincias de Chubut⁴⁴ y Río Negro⁴⁵, que –al igual que la nación- no cuentan con un código procesal administrativo que regule en forma especial dicho proceso judicial.

Por último es de destacar el nacimiento de una nueva justicia administrativa, cuyos ejemplos los encontramos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁴⁶ y en la provincia de Buenos Aires⁴⁷, donde se dispuso la creación de un fuero descentralizados, con jueces especializados en la materia, con dos instancias (primera instancia de juzgados individuales y la segunda instancia integrada con Cámaras de Apelaciones), se abandona el modelo

⁴⁴ La falta de ley especial hace que se aplique a los juicios contra el Estado el Código Procesal Civil y Comercial y la ley de organización del Poder Judicial de la Provincia. Ampliar en PANIZZI, A, "Apuntes sobre los litigios contencioso administrativos en la provincia del Chubut", en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 981 y sgtes.

⁴⁵ Río Negro no cuenta con código procesal administrativo, estableciendo los requisitos de habilitación en la ley de procedimientos administrativos 2938. La competencia contencioso administrativa es ejercida transitoriamente por las Cámaras de Apelaciones en los Civil, Comercial y de Minería. Ampliar en SODERO NIEVAS, V. y PEREYRA, J C, "El derecho administrativo en la Provincia de Río Negro", en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo II, p. 893 y sgtes.

⁴⁶ Ley 189, Código Contencioso Administrativo y Tributario, sancionada y promulgada en 1999. Ampliar en BALBIN, C. "Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires. Comentado y Concordado", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003; SAID, J, "Régimen contencioso administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 47 y sgtes.

⁴⁷ BOTASSI, C. (coordinador), (2000) *El nuevo proceso contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires*, Librería Editoria Platense, Buenos Aires, 2000; CAIELLA, P. y PITTATORE, P, "Alcances del nuevo proceso contencioso administrativo bonaerense. Hacia la justiciabilidad plena de la actuación administrativa", en la obra dirigida por GARCIA PULLES, *El Contencioso Administrativo en la Argentina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo I, p. 91 y sgtes; VILLAFÁÑE, H, "Estado actual del fuero contencioso administrativo en la provincia de Buenos Aires", *JA SDA*, 3 de noviembre de 2004, pág.7.

de justicia revisora de la actuación formal de la administración, se establece un amplio abanico de pretensiones procesales, entre las que se destaca la posibilidad de accionar ante una omisión estatal en materia social –pretensión prestacional⁴⁸-, se incorpora una gran variedad de herramientas cautelares, y, aunque no se eliminan, se flexibilizan algunos requisitos de la habilitación de instancia.

Desde la doctrina más conservadora –acorde con la tradicional justicia contencioso administrativa aún presente en la mayoría de las jurisdicciones locales- se sostiene que la socialización de la justicia es un fenómeno que erróneamente le atribuye funciones al poder judicial que altera el principio de división de poderes, por ejemplo al permitirle controlar y hacer efectivas políticas públicas, transformando nuestro sistema liberal en un sistema paternalista. Así, por ejemplo Roberto Luqui, al efectuar una dura crítica a las transformaciones que traen aparejada la socialización de la justicia, afirma “Esta tendencia socializante se manifiesta por varias acciones concurrentes. La primera es el reconocimiento de nuevos derechos e intereses, que vendría a configurar el núcleo de la cuestión. Las restantes, que podríamos considerar instrumentales, consisten en ampliar la legitimación activa, aumentar las facultades de los jueces, simplificar los procesos y extender el efecto de las sentencias”.⁴⁹

Todas estas prerrogativas -que conforman el llamado régimen exorbitante del derecho privado⁵⁰-, que se hallan presentes desde su propio origen en los sistemas judiciales de revisión de la actividad administrativa, dificultan la efectivización de derechos

⁴⁸ Ampliar en CABRAL, P O, “La pretensión prestacional en el proceso contencioso Administrativo Bonaerense”, en la obra de BASTONS, J L, *Derecho Público para Administrativistas*, Librería Editora Platense, La Plata, 2008; y en “La pretensión prestacional frente a la inactividad material de la Administración” y “Puesta en funcionamiento del fuero contencioso administrativo y entrada en vigencia de su nuevo código procesal”, en la obra de ISABELLA, D, (2010) *Código Contencioso Administrativo Comentado*, Editorial RAP, Buenos Aires, 2010.

⁴⁹ LUQUI, R E, “Socialización de la Justicia”, *La Ley*, 16 de diciembre de 2011, p.3.

⁵⁰ CASSAGNE, J. C, (1989) *Derecho Administrativo*, Lexis Nexis- Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002.

humanos fundamentales y niegan la garantía del acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.⁵¹

En ninguna de las normas procesales vigentes en las distintas jurisdicciones se efectúa una atenuación o flexibilización de los requisitos de admisibilidad de la acción o de medidas cautelares o de los efectos de la sentencia, respecto de los grupos sociales desaventajados económicamente o de aquellos que pretendan hacer valer derechos fundamentales vinculados a su situación social. Es decir, las leyes procesales administrativas hoy en vigencia y aplicación en todos los ámbitos de nuestro país no efectúan tutela procesal diferenciada alguna.

b) La necesidad de una justicia administrativa con responsabilidad social⁵²

El Judicial es un poder complejo- integrado por varios órganos- compuesto, porque algunos Tribunales son colegiados, y jerárquico, pues la Constitución califica de “suprema” a la Corte. La función jurisdiccional es una tarea propia del Estado, ejercida por el Poder Judicial, independientemente de los restantes órganos de poder, en especial del presidente de la Nación e indelegable en los particulares. La creación de tribunales inferiores a la Corte suprema de carácter permanente constituye una obligación estatal en cabeza del Poder Legislativo para asegurar la garantía del juez natural.

El sistema jurídico argentino es tributario de dos tradiciones normativas:

⁵¹ SAGGESE, F. (2009) *El derecho a un nivel de vida adecuado*, Librería Editora Platense, La Plata, 2009: “En efecto: las acciones judiciales tipificadas por nuestro Derecho han sido pensadas y diseñadas para la protección de los derechos clásicos (civiles y políticos); lo cual además repercute negativamente en la procura de la protección para los derechos sociales, así como en problemas vinculados con la incidencia colectiva en la legitimación activa; la restricción probatoria en los procesos tradicionales; las medidas a disponerse en casos de omisiones estatales; y la dificultad de ejecución de las condenas contra el Estado”, p. 167.

⁵² GOZAINI, O. A., *La Función Social del Juez*, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José de Costa Rica, 2012. Ver también del mismo autor, “*Funciones del juez en los procesos constitucionales*”, www.juridicas.unam.mx.

1) Derecho Continental Codificado: El juez es percibido como la boca que pronuncia las palabras de la ley y debe, en consecuencia, resolver conflictos de interés aplicando y, sobre todo, interpretando las normas vigentes con particular deferencia a los motivos y voluntad del legislador. Esta tradición es particularmente fuerte en las llamadas materias de derecho común y codificado. Se considera al juez como un administrador, quien dispensa, entre las partes en controversia, la justicia ya contenida en las normas dictadas por el legislador en quién reside la soberanía popular.

2) Derecho Norteamericano: Se manifiesta en el diseño del poder que emerge de la Constitución Nacional –escrita, rígida y suprema- y en el cual el Judicial es designado y estructurado como uno de los poderes del Estado. El juez recrea el derecho por vía interpretativa, y se nutre de los precedentes. Además, y sobre todo cuando se trata de los magistrados de la Corte Suprema, expresa la última voz en materia de interpretación de la Constitución, ejerciendo el control de constitucionalidad. Sin duda, en este caso, el papel del juez es político en un doble sentido. En principio, porque al resolver conflictos de interés va desarrollando el derecho y a través de él, desplegando las relaciones sociales. En segundo término, porque al controlar la constitucionalidad del ordenamiento jurídico, toca a sus hacedores en lo que éstos expresan como decisión política general.⁵³

Como se sabe los jueces, en nuestro país, -aún luego de la reforma del Consejo de la Magistratura- no son elegidos democráticamente, no los elige el pueblo soberano, sino que su nombramiento se produce mediante un procedimiento en el que intervienen el poder político (legislativo y ejecutivo) y, luego de la creación de los consejos de la magistratura, algunos grupos de interés (académicos, abogados, magistrados).

Roberto Gargarella dice que “En la mayoría de las democracias modernas aceptamos como un irremovible dato de la realidad que los jueces revisen lo actuado por el Poder

⁵³ GELLI, M A, (2002) *Constitución Argentina comentada*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2006.

Legislativo o Poder Ejecutivo y que, en caso de encontrar sus decisiones constitucionalmente cuestionables, las invaliden. Sin embargo, la decisión de dejar dicho extraordinario poder en manos de los jueces no resulta obvia o naturalmente aceptable. Menos aún en un sistema republicano democrático, en el que queremos que las decisiones que se tomen reflejen, del modo más adecuado posible, la voluntad mayoritaria.”⁵⁴

El poder judicial, siguiendo el modelo constitucional norteamericano, realiza un control difuso sobre la actividad legislativa, mediante la declaración, por parte de cualquier juez, de inconstitucionalidad de las leyes dictadas por el parlamento. Además, la justicia contencioso administrativa, existente a nivel federal como provincial, realiza un control de legalidad sobre la discrecionalidad de las decisiones tomadas por los poderes ejecutivos nacionales, provinciales y municipales.

Así se objeto en el marco del debate sobre los alcances del control judicial de la administración que los jueces deben respetar el papel constitucional que al poder ejecutivo le reserva el sistema político. Al describir este argumento, el catedrático español García de Enterría explica que: “Ese respeto es tanto más exigible en cuanto que, en el Estado democrático y social de Derecho en que estamos, quienes ejercitan esas funciones ostentan una legitimación popular, han sido colocados en sus puestos por el voto y con la confianza del pueblo para que gestionen sus intereses, lo que hacen en su nombre”.⁵⁵ Si bien este autor se manifiesta en contra del gobierno de los jueces, su postura auspicia que el poder judicial revise la legalidad del actuar discrecional de la administración y garantice una tutela judicial efectiva a los derechos e intereses fundamentales de los ciudadanos.

Si bien es cierto que el poder judicial tiene un origen contramayoritario o no democrático, lo que me interesa destacar

⁵⁴ GARGARELLA, R. (2004) *Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras*, Claves para todos, editorial Capital Intelectual, Bs As, 2004.

⁵⁵ GARCIA DE ENTERRIA, E. (1998) *Democracia, jueces y control de la administración*, Editorial Civitas, Madrid, 1998, pág. 34.

es que en su seno se deciden políticas públicas institucionales mediante procedimientos deliberativos que constituyen verdaderas prácticas democráticas.

Este tipo de control judicial de la actividad legislativa y administrativa permite que el juez analice las decisiones tomadas por dichos poderes en ejercicio de las llamadas potestades discrecionales, a la luz de los argumentos expuestos por el particular que impugna la decisión y por el gobernante que la sostiene y que han sido ordenadamente discutidos en el proceso judicial desarrollado en sus estrados.

Los procedimientos judiciales se encuentran previamente regulados por ley, a través de los llamados códigos procesales, y permiten un dialogo entre las posturas de las partes arribando a una decisión que debe inclinarse por el mejor argumento, sin importar si tal decisión tiene el respaldo de las mayorías. Además existe la colaboración de técnicos (peritos), terceros (testigos y *amicus curiae*) y en algunos casos relevantes se pueden realizar audiencias públicas, dónde se escucha a todos los interesados.

Recientemente, con la nueva integración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el rol del Poder Judicial respecto de las otrora denominadas *cuestiones políticas no justiciables*, ha sido replanteado interviniendo el máximo tribunal en decisiones públicas de trascendencia cuya competencia le corresponde a los poderes políticos.

El Poder Judicial, en especial la justicia contencioso administrativa, a pesar de no tener una legitimidad democrática de origen, posibilita prácticas concretas de toma de decisiones mediante procedimientos propios de la democracia deliberativa. El componente democrático de esta intervención está dado por la posibilidad que tiene cualquier ciudadano, sin importar su poder político o económico (siempre que funcionen bien los órganos estatales de asesoramiento y representación jurídica gratuita), de abrir la discusión en el ámbito judicial, acceder a la justicia, y exponer sus argumentos en contra o a favor de

una determinada decisión pública institucional. El componente deliberativo se encuentra, tanto en la estructura del propio proceso judicial, como en la realización de audiencias públicas donde no sólo participan las partes sino dónde también intervienen terceros, interesados y *amicus curiae*.

Refiere Habermas que la teoría discursiva, a diferencia de la concepción liberal y la republicana, entiende que los procedimientos y presupuestos comunicativos de la formación democrática de la opinión y de la voluntad funcionan como la más importantes exclusas para la racionalización discursiva de las decisiones de un gobierno y de una administración sujetos al derecho y a la ley.⁵⁶

A diferencia de las prácticas deliberativas que se desarrollan en el Poder Legislativo (En tanto órgano central del sistema representativo) en el procedimiento judicial las partes de la relación procesal se encuentran identificadas, los ciudadanos recuperan la palabra, hablan por sí mismos, libremente exponen sus argumentos, cuentan sus necesidades y exigen sus derechos, frente a la administración, en un pie de igualdad formal garantizado por el principio de *igualdad de armas*. Aquí no importa el peso político del accionante sino sus razones, no interesa si el reclamo proviene de un sector minoritario y excluido de la sociedad (presos, enfermos, minorías sexuales, desocupados, cartoneros, etc) lo que importa son sus argumentos, en fin, sus derechos fundamentales⁵⁷.

En nuestro sistema representativo es difícil que estos grupos minoritarios encuentren la respuesta de aquellos candidatos a quienes votaron en la última elección y que, según reza nuestra constitución, los representan y gobiernan. La acción judicial es una estrategia más para que estas personas puedan decir

⁵⁶ HABERMAS, J. (1999) *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Editorial Paidós, Barcelona, 1999, pág. 244.

⁵⁷ Dejo aclarado que si bien esto teóricamente es así, el correcto funcionamiento del poder judicial se encuentra directamente vinculado con la forma de elección de los jueces y con su real independencia del poder político que lo nombra.

presente e intervenir en la arena pública con una voz propia, recuperando así su identidad política y rompiendo el conjuro mágico de la representación.

Pienso que aquel ciudadano que percibe que el Estado no está actuando correctamente, ya sea porque el accionar de la administración lesiona sus derechos o porque la omisión de ésta genera un incumplimiento de su obligación prestacional, y canaliza su disconformidad a través de la interposición de una acción judicial, está participando, de una forma racional y activamente, en la gestión de la cosa pública.

Es por intermedio del poder judicial, independiente de los poderes formales y reales o fácticos, que el ciudadano obtiene alguna respuesta a su problema, inquietud o necesidad. Aún en el caso de no prosperar su demanda, el ciudadano obtiene una explicación argumentada y con fundamentos del rechazo a su pretensión, recreándose con cada acción judicial un modelo de acción comunicativa racional entre el particular y el Estado. El juez que, a partir de dicha acción interpuesta por un particular, solicita un informe a la administración, le ordena que cumpla con las obligaciones por ella asumidas, anula un acto viciado en sus elementos, condena a indemnizar a un ciudadano, manda a prestar un servicio o le impone el cumplimiento de un plazo legal, está dando una respuesta positiva a la demanda del ciudadano y está ayudando al Estado a administrar mejor.

Es entonces, a partir de esta necesaria contextualización histórica y normativa, que realizaremos un estudio crítico de la Ley 26.854, sin omitir el estado actual de las diversas regulaciones procesales administrativas a las que se suma esta nueva norma procesal.

c) La tutela procesal diferenciada en la nueva ley de cautelares

La idea de las tutelas procesales diferenciadas y su articulación mediante específicas técnicas orgánico- funcionales o procesales, parte del presupuesto de la inexistencia de la

neutralidad del proceso respecto del derecho material que se pretende tutelar en juicio. A partir de allí el tratamiento formal privilegiado responde a la necesidad de una protección y trato preferencial de ciertos derechos fundamentales reconocidos y garantizados constitucionalmente.⁵⁸

Roberto Berizonce enseña que *“mediante la utilización de las técnicas orgánico-funcionales y procesales se persigue como objetivo central asegurar en concreto la tutela de los derechos de linaje preferencial, fundamentalmente en el escrutinio de la Constitución. Se enfatizan a tales fines, entre otros, los postulados de accesibilidad para todos al sistema judicial, sin trabas ni cortapisas, simplificación de los trámites, aceleración de los tiempos del reconocimiento del derecho en lapso razonable, búsqueda y prevalencia de la verdad objetiva (“primacía de la realidad”), consagración en fin del Derecho material, cuyo reconocimiento y efectividad no puede frustrarse por razones puramente formales (instrumentalidad y condena del excesivo rigor formal)”*⁵⁹.

A diferencia de lo hasta ahora legislado en la materia, la nueva ley procesal regulatoria del régimen de medidas cautelares contra el Estado, en el ámbito federal, efectúa una división esencial que provoca un tratamiento diferenciado del proceso judicial según se trate de un derecho fundamental o de un interés patrimonial o meramente económico (art. 2º, inc. 2, y concordantes de la Ley 26.854).

Luigi Ferrajoli, al desarrollar su teoría del derecho, desgrana las diferencias estructurales entre derechos fundamentales – en tanto universales (de los derechos de libertad al derecho a la vida, de los derechos civiles a los derechos

⁵⁸ Ampliar en UCIN, M. C., (2011) *La tutela de los derechos sociales. El proceso colectivo como alternativa procesal*, Librería Editora Platense, La Plata, 2011; NOGUEIRA, J M y SCHAPIRO, H, (2012) *Acceso a la Justicia y grupos vulnerables. A propósito de las Reglas de Brasilia*, Librería Editora Platense, La Plata, 2012.

⁵⁹ BERIZONCE, R O, (2009), *Tutelas procesales diferenciadas*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, p. 29 y sgtes.

políticos y sociales)- y derechos patrimoniales –en cuanto singulares (del derecho de propiedad a los otros derechos reales y a los derechos de crédito)-, que en mi opinión, justifican por sí el tratamiento procesal diferenciado, basado en una visión jurídico-política más igualitaria de la sociedad. Comienza por establecer que “Los derechos fundamentales son los derechos de los que todos son titulares en cuanto personas naturales, o en cuanto ciudadanos, o bien, si se trata de derechos –potestad, en cuanto capaces de obrar o en cuanto ciudadanos capaces de obrar”⁶⁰, caracterizándolos como derechos subjetivos –intereses jurídicamente protegidos en forma de expectativas positivas o negativas-, universales –pertenecientes a todos en condiciones de igualdad- e indisponibles y que “se afirman una y otra vez como leyes del más débil, en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia”.⁶¹ Agrega que estos derechos “pertenecen sólo a las personas naturales y no también a las artificiales: estas últimas si acaso no son más que un instrumento para su tutela, como sujetos no autónomos sino heterónomos, no constituyentes sino siempre constituidos”. Así, en virtud de tales caracteres, los derechos fundamentales se corresponden con deberes absolutos (*erga omnes*), pudiendo ser dirigidos a todos –como la prohibición de matar, garantía del derecho a la vida- o a determinados sujetos públicos –como la obligación de la asistencia sanitaria, garantía del derecho a la salud-, y en tanto conferidos en el interés de todos, postulan para su garantía funciones de carácter público.

A partir de esta configuración teórica, Ferrajoli distingue los derechos fundamentales de los derechos patrimoniales de la siguiente forma: “La diferencia entre estas dos clases de derechos es ciertamente todavía más radical, residiendo en el hecho de que los derechos patrimoniales, al tener por objeto bienes o prestaciones concretamente determinados, son por un

⁶⁰ FERRAJOLI, L, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 686.

⁶¹ FERRAJOLI, L, “Principia iuris...”, *ob. cit.*, p. 776.

lado singulares en lugar de universales, y por otro lado disponibles en lugar de indisponibles...el rasgo estructural de los derechos patrimoniales es la disponibilidad, a su vez conectada a la singularidad: estos últimos, contrariamente a los derechos fundamentales, no están establecidos inmediatamente a favor de sus titulares por normas téticas, sino predispuestos por normas hipotéticas como efectos de los actos de adquisición o disposición por ellas previstos...Las dos clases de derechos se hallan por ello en relación de contrariedad: los derechos fundamentales no son jamás patrimoniales y viceversa.”⁶² Los derechos patrimoniales parten de la exclusión de aquellos que no son sus titulares, a diferencia de los derechos fundamentales que se caracterizan por ser inclusivos y formar parte de la base de igualdad jurídica.

La relación de esta clasificación con la igualdad radica en la necesidad que desde el ordenamiento jurídico positivo se intervenga mediante políticas públicas garantizando el conjunto de situaciones de las que todos somos titulares y que no son producidas por el ejercicio de los derechos civiles de autonomía, ello porque “mientras que los derechos fundamentales y

⁶² FERRAJOLI, L, “Principia iuris...”, ob. cit., p. 718. Agrega luego: “Se manifiesta de este modo un ulterior perfil de la igualdad en los derechos fundamentales y de la desigualdad en los patrimoniales. Los derechos fundamentales son iguales no sólo en el sentido de que pertenecen a todos, sino también en el sentido de que les pertenecen invariable y normativamente en igual forma y medida. Los derechos patrimoniales son en cambio desiguales en el doble sentido de que son contingentes y mudables a causa de las vicisitudes a las que están sometidos, tanto en los titulares como en los contenidos. Éstos se acumulan y se extinguen, aquéllos permanecen siempre iguales a sí mismos. Todos somos igualmente libres de manifestar nuestro pensamiento o igualmente inmunes frente a las detenciones arbitrarias. Pero cada uno de nosotros es propietario o acreedor de cosas distintas y en diferente medida. Se puede ser y llegar a ser más o menos rico, mientras que no se puede ser ni devenir más o menos libre. Los derechos patrimoniales, al tener por objetos cosas o prestaciones patrimoniales, se adquieren, se cambian y se venden. Los derechos fundamentales, al contrario, no se cambian ni se acumulan. Unos son alterables en su cantidad y calidad y acaso es posible que se extingan por su ejercicio; los otros permanecen invariables, cualquiera que sea su ejercicio. Se consume, se vende, se permuta o se da en arriendo una cosa que se posee. No se consumen en cambio, y tampoco pueden venderse, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, o los derechos civiles y políticos, a menos que se transformen en derechos patrimoniales”, p. 722.

sus frágiles garantías están en la base de la igualdad jurídica, los derechos patrimoniales –para los que además el derecho positivo, aunque sólo sea por su milenaria tradición, ha elaborado técnicas de garantía bastante más eficaces- están en la base de la desigualdad jurídica.”⁶³

Es decir, frente a la existencia de diferencias sociales y económicas entre distintos grupos de personas dentro de una sociedad (diferencias como hechos) el ordenamiento jurídico puede reaccionar con indiferencia (las diferencias no son tuteladas ni reprimidas, ni protegidas ni violadas, simplemente ignoradas) mediante un contenido mínimo de la esfera pública y por el libre y desregulado juego de los poderes privados; también puede otorgar una jerarquía diferente a las distintas identidades sociales; o –por último- las diferencias pueden ser homologadas jurídicamente, es decir negadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad (las diferencias son reprimidas o violentadas como desviaciones, en el cuadro de una neutralización uniformadora). Frente a dichas respuestas insuficientes ante la configuración jurídica de las diferencias Ferrajoli opone un modelo de igual valoración jurídica de las diferencias, basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales y en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad.

Afirma este autor que: “Lo opuesto a la igualdad no es la diferencia, sino la desigualdad, sea jurídica o antijurídica. Son desigualdades jurídicas (contrarias a la igualdad) las desigualdades económicas y sociales generadas por los derechos patrimoniales y por las demás situaciones singulares de las que cada uno es titular de modo distinto a los otros; son desigualdades antijurídicas (contradictorias con la igualdad) las generadas por la violación del principio de igualdad, o sea, por las discriminaciones de las diferencias. Las primeras son reducidas, si no eliminadas, por la efectividad de los derechos sociales, que imponen niveles mínimos de la que llamamos igualdad sustancial: la cual no

⁶³ FERRAJOLI, L, *Principia iuris...*, ob. cit., p. 718.

es ya *contradicha* sino *no actuada*, si de hecho son ignoradas las necesidades vitales que tales derechos imponen satisfacer. Las segundas son impedidas por la efectividad de los derechos individuales, que imponen aquella que llamamos igualdad formal; la cual a su vez es, no ya *contradicha*, sino *violada*, cuando de hecho resultan discriminadas las diferencias que tales derechos obligan a tutelar.”⁶⁴

En breve síntesis de lo hasta aquí dicho, la respuesta que el Estado debe dar frente a la existencia de personas que sufren carencias económicas y sociales derivadas de una determinada forma de distribución de recursos y bienes, es garantizar mediante acciones positivas y tutelas procesales diferenciadas el ejercicio y efectividad de sus derechos fundamentales.

Dicho esto, la protección diferenciada tiene suficiente fundamento normativo en el nuevo sistema integrado de protección de los derechos humanos nacido de la última reforma de la Carta Magna federal. Por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al interpretar el PIDESC ha dicho que “Los Estados Parte deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial. Las políticas y la legislación, en consecuencia, no deben ser destinadas a beneficiar a los grupos sociales ya aventajados a expensas de los demás” (Observación General N° 4, párr. 11).

Por otra parte, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, establece como uno de sus objetivos la elaboración, aprobación, implementación y fortalecimiento de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, otorgándoles un trato adecuado a sus circunstancias singulares. Para alcanzar dicho objetivo, recomienda “priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea

⁶⁴ FERRAJOLI, L, *Principia iuris...*, ob. cit., p. 752.

por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas” (Sección 1º, párr. 2).⁶⁵

El origen de esta diferenciación legal puede encontrarse, entre otras fuentes, en los criterios jurisprudenciales de nuestro máximo tribunal federal⁶⁶. Especialmente en lo resuelto por la Corte Suprema de la Nación en la causa “*Grupo Clarín S. A. y otros s/ medidas cautelares*” de fecha 5 de octubre de 2010⁶⁷, en la que diferenció las distintas necesidades de protección cautelar cuando se trata de proteger un derecho fundamental de cuando se garantiza un derecho de contenido patrimonial. Así lo hizo al afirmar que “*La protección de los derechos fundamentales está inescindiblemente unida a la tutela oportuna, la cual requiere de procedimientos cautelares o urgentes, y de medidas conservativas o innovativas.*”, agregando que “*esta regla requiere ser ponderada en los casos en que se trata de cuestiones de naturaleza patrimonial, en las que no está en cuestión la solvencia porque el Estado es demandado.*”. Según la Corte la protección de derechos fundamentales se debe diferenciar de cuando se trata de daños reparables, como pueden ser los intereses puramente patrimoniales en demandas contra el Estado.

La Corte entendió que los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial y que tal contralor debe efectuarse a la luz de los principios de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tutiva de los sectores excluidos, debiendo tales

⁶⁵ Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad han sido aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que ha tenido lugar en Brasilia los días 4 a 6 de marzo de 2008.

⁶⁶ En el proyecto de elevación del proyecto de ley se lee: “*Con arreglo a estas pautas, el proyecto de ley que se pone a vuestra consideración tiende a concretar, en una norma jurídica, la más reciente doctrina asumida por el Alto Tribunal en relación con las medidas cautelares frente a las autoridades públicas del Estado Nacional.*”

⁶⁷ CSJN, G. 456.XLVI.

derechos ser respetados por quienes deciden políticas públicas.⁶⁸ En cumplimiento de esta obligación constitucional de respetar los derechos fundamentales de los sectores excluidos protegiéndolos en forma especial y diferenciada, es que nuestra legislatura sancionó la nueva ley de medidas cautelares contra el Estado. Esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio del Estado. La tutela diferencial, como lo ha sostenido la Corte, no sólo debe materializarse al momento de decidir una política pública, sino también al momento de disponer una garantía judicial, como la que aquí se analiza.

El máximo Tribunal federal, al reconocer pretorianamente la “acción de clase” en el precedente “Halabi” como una nueva herramienta procesal para garantizar derechos fundamentales, entendió que el acceso a la justicia debe asegurarse en forma diferenciada cuando “exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados”, especificando que el novedoso carril procesal será procedente “en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos”.⁶⁹

Sin perjuicio del mantenimiento de los requisitos tradicionales que regulan la materia desde antaño y cuya constitucionalidad no ha sido declarada por ningún órgano judicial a pesar de existir robustos argumentos para hacerlo, como se anticipó, la pretensión cautelar contra el Estado Nacional resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias

⁶⁸ CSJN, Causa Q. 64. XLVI; “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo.”, res de fecha 24-08-2012.

⁶⁹ CSJN, Causa H. 2070.XLII, “Halabi, Ernesto c/ PEN s/Amparo”, sentencia de fecha 24-02-2009.

tales como el derecho a una vida digna, a la salud, al ambiente, derechos de carácter alimentario o en lo que se afecten a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. Ello es así porque la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección procesal diferenciada.

IV. La protección cautelar de los derechos fundamentales de la ley 26.854⁷⁰

El nuevo régimen procesal dispone una especial protección judicial en aquellos casos en que se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. Además establece que también tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental.

El Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, sostuvo que “También debe evaluarse el alcance de los derechos expresamente tutelados, “a la salud, a un derecho de naturaleza alimentaria”, e incluso el de “un derecho de naturaleza ambiental”, y la omisión de otros tales como la integridad física, psíquica y emocional, la libertad personal, la libertad sindical, el acceso a la información pública, o la educación, entre otros.”⁷¹

La interpretación que los magistrados efectúen al aplicar la ley 26.854 deberá considerar que los derechos humanos se caracterizan por su interdependencia e indivisibilidad⁷² y esto

⁷⁰ Un análisis detallado de la norma se puede leer en; GOZAINI, O A, “Medidas Cautelares contra el Estado”, *La Ley*, Edición del 06/05/13. También respecto del proyecto de modificación ampliar en RATTI MEDAÑA, F S, “Los proyectos de Ley de Modificación del Régimen de Medidas Cautelares contra la Administración; reflexiones críticas”, *DJ*, 17/02/2013, p.95.

⁷¹ Ver Informe del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP (www.derechoshumanos.unlp.edu.ar).

⁷² GROS ESPIELL, H, (1986) *Estudios sobre Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1986: “Los derechos del hombre constituyen

implica que la protección específica dispuesta en la norma debe extenderse a situaciones en las que estén en juego o puedan verse afectados otros derechos fundamentales, ya sean civiles y políticos o económicos, sociales y culturales. Los jueces deben aplicar la legislación interna de forma que se respeten las obligaciones jurídicas internacionales del Estado, posibilitando la plena protección de los derechos humanos. Así, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al referirse a la forma en que estos derechos deben judicializarse, expresó que “La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales de proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad.” (Observación General N° 9, párr. 10).

Además es exigible a los integrantes del Poder Judicial que efectúen una interpretación progresiva, con aplicación concreta al caso del principio *pro persona*, entendido como un criterio rector según el cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico, y recurrir a la norma o interpretación más restrictiva cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.⁷³

un complejo integral, interdependiente e indivisible, que pese a la subsistencia todavía hoy de hondas discrepancias en cuanto a su respectiva naturaleza y esencia jurídica, comprende necesariamente los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales”

⁷³ Ver, SALVIOLI, F., “Transparencia y Políticas Públicas: Dimensiones contemporáneas de los derechos humanos”, en Protección Internacional de Derechos Humanos y Estado de Derecho. Studia in honores Nelson Mandela, Joaquín González Ibáñez (dir), Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2009. Ampliar en PINTO, M., “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en “La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales”, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 1997.

En materia de derechos sociales, el comité específico ha dicho que “dentro de los límites del ejercicio adecuado de sus funciones de examen judicial, los tribunales deben tener en cuenta los derechos reconocidos en el Pacto cuando sea necesario para garantizar el que el comportamiento del Estado está en consonancia con las obligaciones dimanantes del Pacto. La omisión de los tribunales de esta responsabilidad es incompatible con el principio del imperio del derecho, que siempre ha de suponerse que incluye el respeto de las obligaciones internacionales en derechos humanos.” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 9, párr. 14).

Así, tal como lo explica el informe del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la UNLP⁷⁴, es necesario determinar algún parámetro válido de medición para identificar a los “sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso” que la ley protege especialmente. No caben dudas que esa será una tarea de la interpretación judicial, pero no obstante ello, podemos aquí replicar algunos conceptos de utilidad para dicha labor.

Adquiere relevancia en esta tarea hermenéutica determinar el sujeto de la tutela procesal diferenciada, identificando a tales efectos a los grupos vulnerables, entendiendo que lo integran aquellos que, ya sea por razones o condiciones económicas, sociales, culturales o legales, en general, hegemónicas o dominantes, y de carácter discriminatorio se ven especialmente desplazados del goce efectivo de sus derechos.⁷⁵

Esta técnica procesal de diferenciación positiva parte de la idea de beneficiar a través del derecho a las personas y grupos

⁷⁴ Informe del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP (www.derechoshumanos.unlp.edu.ar): “Dicha norma merece un estudio profundo en perspectiva de derechos humanos, siendo, sólo a título de ejemplo, inicialmente preocupante la limitación de su ámbito de aplicación, como así también la ambigüedad con las que se expresan los supuestos protegidos en el artículo 2. Así, se habla de “sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso” sin determinar parámetros válidos de medición...”

⁷⁵ WLASIC, J C, (2011) *Manual Crítico de Derechos Humanos*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2011.

vulnerables, mediante medidas especiales que atiendan a sus necesidades propias, para ello resulta determinante incorporar “como un elemento significativo, de imprescindible consideración, la situación de la persona en su identificación con los colectivos vulnerables, hilvanándose desde allí su condición desaventajada en su interacción con la Justicia”.⁷⁶

Como ya vimos, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, establecen como uno de sus objetivos “priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas” (Sección 1º, párr. 2), agregando el concepto de personas en situación de vulnerabilidad, a fin de establecer los beneficiarios de las medidas. En su Sección 2º dice el documento que “Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad”.⁷⁷

También surge de nuestro ordenamiento nacional integrado con normas protectorias de los derechos humanos proveniente de la órbita nacional como internacional, que existen grupos o sujetos de especial protección por parte del Estado como la mujer; los niños, niñas y adolescentes; las personas con

⁷⁶ NOGUEIRA, J M y SCHAPIRO, H, (2012) *Acceso a la Justicia y grupos vulnerables. A propósito de las Reglas de Brasilia*, Librería Editora Platense, La Plata, 2012, p.60.

⁷⁷ Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad han sido aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que ha tenido lugar en Brasilia los días 4 a 6 de marzo de 2008.

discapacidad⁷⁸; los adultos mayores; los pueblos indígenas; los trabajadores; las personas migrantes y las personas detenidas o privadas de la libertad. Dicho esto, volvamos al texto de la ley en estudio y veamos sus alcances.

a) La vida digna según la Convención Americana de Derechos Humanos

La nueva categoría de casos tutelados en forma diferenciada se destaca aquellos en que se encuentre comprometida la vida

⁷⁸ En el sistema universal, entró en vigor en el año 2008 la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Convención y su protocolo facultativo fueron ratificados por la Argentina el 2 de septiembre de 2008, mediante el dictado de la ley 26.378 -sancionada el 21-05-08 y promulgada el 6-06-08.). A nivel regional la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, estableció por su parte, que toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Así, los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias para ese propósito como: ejecutar programas específicos destinados a proporcionar a los minusválidos los recursos y el ambiente necesario para alcanzar ese objetivo, incluidos programas laborales adecuados a sus posibilidades y que deberán ser libremente aceptados por ellos o por sus representantes legales, en su caso; proporcionar formación especial a los familiares de los minusválidos a fin de ayudarlos a resolver los problemas de convivencia y convertirlos en agentes activos del desarrollo físico, mental y emocional de éstos; incluir de manera prioritaria en sus planes de desarrollo urbano la consideración de soluciones a los requerimientos específicos generados por las necesidades de este grupo; y estimular la formación de organizaciones sociales en las que los minusválidos puedan desarrollar una vida plena. En el año 1999 se adoptó la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (ratificada por Argentina el 10 de enero de 2001 mediante el dictado de la ley 25.280 -sancionada el 6-07-00 y promulgada el 31-07-00-) la cual indica en su Preámbulo que los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas, y que estos derechos, incluido el de no verse sometidos a discriminación fundamentada en la discapacidad, dimanen de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano. Por otra parte consagró un catálogo de obligaciones que los Estados deben cumplir con el objetivo de alcanzar la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad. Por último se aprobó en la Asamblea General de la OEA la Declaración del Decenio de las Américas por los Derechos y la Dignidad de las personas con discapacidad -2006/2016-.

digna conforme la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos interpretativa de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece que es una cuestión fundamental para toda persona, poder desarrollar su vida de manera tal que no vea vulnerada su dignidad más elemental.

El Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP destacó que “se alude al caso en el que “se encuentre comprometida la vida digna conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos” sin que el referido instrumentos recepte de ese modo al derecho señalado. Aún cuando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado un valioso desarrollo del llamado “proyecto de vida”, la construcción jurídica no es pacífica en la producción del tribunal, ya que en casos que han sido fácticamente similares no siempre ha referido al “proyecto de vida” o a la “vida digna” en sus abordajes al interpretar y aplicar el artículo 4 del Pacto de San José de Costa Rica”⁷⁹. Si bien la crítica es correcta en cuanto a la imprecisa técnica legislativa de remisión, no existen dudas interpretativas respecto a que la norma hace referencia a la jurisprudencia del Tribunal regional que interpreta la Convención Americana de Derechos Humanos, pues de lo contrario se caería en el absurdo de entender que los legisladores hicieron una remisión al vacío. Por otra parte –en cuanto a los alcances que la Corte le ha dado al concepto “vida digna”- la interpretación judicial de las decisiones de dicho órgano interamericano debe realizarse de una forma progresiva, con aplicación concreta al caso del principio *pro persona*, entendido como un criterio rector según el cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico, y recurrir a la norma o interpretación más restrictiva cuando se trata de

⁷⁹ Ver Informe del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP (www.derechoshumanos.unlp.edu.ar).

establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.⁸⁰

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de los “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*, 1999), estableció su criterio jurisprudencial sobre la amplia dimensión o alcance del derecho fundamental a la vida, abarcando también las condiciones de una vida digna. Dijo el Tribunal que: “El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.”

Además de la fuente regional el concepto debe complementarse con lo establecido en los siguientes tratados de derechos humanos: art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. I de la Declaración Americana de Derechos Humanos; art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, en adelante PSJCR); art. 6 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (en adelante DCP); art. 6 de la Convención de Derechos del Niño; art. 11 del PIDESC y el art. 27.1 de la Convención de los Derechos del Niño, que hacen referencia a

⁸⁰ Ver, SALVIOLI, F., “Transparencia y Políticas Públicas: Dimensiones contemporáneas de los derechos humanos”, en *Protección Internacional de Derechos Humanos y Estado de Derecho*. Studia in honores Nelson Mandela, Joaquín González Ibáñez (dir), Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2009. Ampliar en PINTO, M., “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en “La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales”, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 1997.

un “*nivel de vida adecuado*”, con fundamento en lo vertido en el voto concurrente conjunto de los jueces Antônio A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “*Villagrán Morales y otros*” cuando dicen los mencionados jueces que “*La privación arbitraria de la vida no se limita, pues, al ilícito del homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho a vivir con dignidad*”.

Partiendo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la referida normativa internacional -incorporada por nuestra constitución al ordenamiento nacional- se puede entender por derecho a un nivel de vida adecuado aquel que asegura a la persona y su familia un servicio eficiente de salud, de acceso a la alimentación, al agua y vestido necesario, a un medio ambiente apto para el desarrollo, de disfrute de una vivienda adecuada, de un servicio de seguridad social para casos de desempleo, enfermedad, viudez y otras situaciones de pérdida de medios de subsistencia por circunstancias independientes de la voluntad de las personas, comprendiendo, en general, el derecho a que el Estado brinde y garantice todas las prestaciones sociales necesarias para concretar una vida digna.⁸¹

Finalmente, como explica Krikorian, “así como hay una sola dignidad humana, los derechos humanos que permiten hacerla realidad son también indivisibles”⁸², de lo que se desprende que la enunciación realizada en el artículo 2º, inciso 2 de la nueva ley de medidas cautelares no reviste carácter taxativo ni es un número cerrado de situaciones, por el contrario, la lectura que debe hacerse del mismo se impone generosa, progresiva y abarcadora de otros derechos no enumerados como a la educación, a la vivienda, a un ambiente sano, a la cultura, al agua, a la seguridad social, etc., que –como vimos- llenan de contenido al concepto de vida digna.

⁸¹ Ver SAGGESE, F. (2009) *El derecho a un nivel de vida adecuado*, Librería Editora Platense, La Plata, 2009.

⁸² KRIKORIAN, M. (2013), *Derechos Humanos, políticas públicas y rol del FMI. Tensiones, errores no asumidos y replanteos*, Librería Editora Platense, La Plata, 2013, p.35.

b) El derecho a la salud

La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. Christian Courtis y Víctor Abramovich enuncian los dos aspectos que integran el contenido del derecho a la salud, en el que uno implica obligaciones tendientes a evitar que la salud sea dañada, sea por la conducta de terceros -tanto del Estado como de otros particulares-, o por otros factores controlables y otro incorpora también obligaciones tendientes a asegurar la asistencia médica -derecho a la atención o asistencia sanitaria- una vez producida la afectación a la salud.⁸³

Numerosos instrumentos de derecho internacional reconocen el derecho del ser humano a la salud. En el párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se afirma que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene el artículo más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud. En virtud del párrafo 1 del artículo 12 del Pacto, los Estados Partes reconocen “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas “medidas que deberán adoptar los Estados Partes... a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho”. Además, el derecho a la salud se reconoce, en particular, en el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965;

⁸³ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C, “El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible”, *La Ley* 2001-D, 22.

en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; así como en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Varios instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada (art. 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (art. 16), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art. 10), también reconocen el derecho a la salud. Análogamente, el derecho a la salud ha sido proclamado por la Comisión de Derechos Humanos, así como también en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales.

La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos.

Así la CSJN ha recordado que la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y protegido por la Ley Fundamental (Fallos: 310:112; 312:1953, entre otros) y que, en tanto eje y centro de todo el sistema jurídico, es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los demás tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479; 324:3569), puntualizando con especial énfasis tras la reforma constitucional del año 1994 que “la preservación de la salud integra el derecho a la vida, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla mediante la realización de acciones positivas (cfr. arts. 42 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional y Fallos: 321:1684; 323:1339 y 3229, entre otros)”⁸⁴

⁸⁴ CSJN, I. 248. XLI. RECURSO DE HECHO causa “I., C. F. c/ provincia de Buenos Aires s/amparo”, res. del 30/09/2008.

La Corte reconoció el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como al deber de los Estados parte de procurar su satisfacción, señalando que entre la medidas a ser adoptadas para garantizar ese derecho se halla la de desarrollar un plan de acción para reducir la mortalidad infantil, lograr el sano desarrollo de los niños y facilitarles ayuda y servicios médicos en caso de enfermedad (art. 12, PIDESC), y a la asunción del Estado de su obligación “hasta el máximo de los recursos posibles” de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en ese tratado (art. 2º.1, PIDESC).⁸⁵

c) Los derechos de naturaleza alimentaria

La protección a los derechos de naturaleza alimentaria tiene raíz constitucional, por lo que adquiere particular relevancia el análisis de los tratados internacionales que dan sustento al derecho alimentario conjuntamente con las normas fundales, como las disposiciones contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y de manera especial, en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Así, la previsión legal respecto de los derechos de naturaleza alimentaria se encuentra en línea con los principios y garantías constitucionales vinculadas al Derecho del Trabajo, como la justicia social y el resguardo de la dignidad del trabajador en un marco de progresivo desarrollo social (arts. 14 bis

⁸⁵ CSJN, caso Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c. Ministerio de Salud y Acción Social -Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho, 24/10/2000. CSJN y CNContenciosoadm.Federal, sala I, caso “Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social -Estado Nacional s/ amparo ley 16.986, fallos de 1/6/2000 y 5/3/1998 -LA LEY, 1999-F, 749 (42.063-S)-, respectivamente; CCiv. y Com., Bahía Blanca, sala II, caso “C. y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Provincia de Buenos Aires, 2/9/1997; CNContenciosoadm.Federal, sala IV, caso “Viceconte, Mariela c. Estado nacional -Ministerio de Salud y Acción Social s/ amparo ley 16.986”, 2/6/1998 -LA LEY, 1998-F, 305-; CNCiv., Neuquén, sala II, caso “Menores Comunidad Paynemil s/acción de amparo”, 19/5/1997.

y 75 incs. 19 y 22, C.N.; 14 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 32.2 del Pacto de San José de Costa Rica).

El derecho a una alimentación adecuada está reconocido en diversos instrumentos de derecho internacional. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales trata el derecho a una alimentación adecuada más extensamente que cualquier otro instrumento internacional. En el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto, los Estados Partes 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”, y en el párrafo 2 del artículo 11 reconocen que posiblemente deberán adoptarse medidas más inmediatas y urgentes para garantizar “el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre” y la malnutrición. El derecho a una alimentación adecuada es de importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos. Ese derecho se aplica a todas las personas; por ello la frase del párrafo 1 del artículo 11 “para sí y su familia” no entraña ninguna limitación en cuanto a la aplicabilidad de este derecho a los individuos o a los hogares dirigidos por una mujer.

Por otra parte la Observación General N° 12 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, referida al derecho a una alimentación adecuada (Art. 11 PIDESC) dispone que toda persona o grupo que sea víctima de una violación del derecho a una alimentación adecuada debe tener acceso a recursos judiciales adecuados o a otros recursos apropiados en los planos nacional e internacional. Todas las víctimas de estas violaciones tienen derecho a una reparación adecuada que puede adoptar la forma de restitución, indemnización, compensación o garantías de no repetición. Los defensores nacionales del pueblo y las comisiones de derechos humanos deben ocuparse de las violaciones del derecho a la alimentación.

Nuestra CSJN, ordenó cautelarmente en la causa “Esquivel”⁸⁶ que el Estado de la Provincia de Buenos Aires y el Municipio de Quilmes provean alimentos necesarios para la familia accionante, con seis niños con severos cuadros de desnutrición, a fin de asegurar una dieta que cubriese las necesidades nutricionales básicas. A similar solución llegó el Tribunal en las causas “Rodríguez, Karina”⁸⁷ y “Quiñone, Alberto”⁸⁸. También en el caso “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otra”⁸⁹ la Corte ordenó al Estado Nacional y a la provincia del Chaco suministrar agua potable y alimentos para ciertas comunidades indígenas que se encontraban en condiciones de extrema vulnerabilidad social.

d) Los derechos ambientales

El derecho a la preservación del medio ambiente está expresamente reconocido en la Constitución nacional, en sus arts. 41 y 43, en los pactos internacionales sobre derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional -art. 75 inc. 22 Constitución nacional- y en numerosas normas sobre defensa ambiental a nivel nacional, provincial y municipal.⁹⁰

El “derecho ambiental”, es un derecho a la vida, pues sirve para proteger la integridad física de la persona y es inherente también a la libertad y a la igualdad, por cuanto protege asimismo su integridad moral. Así el derecho al ambiente halla ingreso en el ordenamiento jurídico como un derecho de la personalidad, atento inclusive que otros de ellos hoy indiscutidos (como la integridad física y la salud), se sustentan en el equilibrio ecológico propicio e indispensable para el bienestar psico-físico del hombre. Máxime en virtud que la categoría de los derechos

⁸⁶ CSJN, Fallos 329:548, sentencia del 07-03-2006.

⁸⁷ CSJN, Fallos 329:553, sentencia del 07-03-2006.

⁸⁸ CSJN, Fallos 329:2759, sentencia del 11-07-2006.

⁸⁹ CSJN, Fallos 330:4134, sentencia del 18-09-2007.

⁹⁰ FALBO, A J y HUTCHINSON, T, (2011) *Derecho Administrativo Ambiental en la Provincia de Buenos Aires*, Librería Editora Platense, La Plata, 2011.

personalísimos no configura un elenco cerrado y debe recibir en su seno nuevos intereses surgentes de las transformaciones sociales. El tratamiento de los temas de derecho ambiental requiere una participación activa de la judicatura, la que si bien de alguna manera pudiera afectar el clásico principio de congruencia, en definitiva se traduce en un obrar preventivo acorde con la naturaleza de los derechos afectados y a la medida de sus requerimientos.

La cláusula incorporada por la reforma de 1994 en el art. 41 de la Constitución nacional implica el reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como que la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configura una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditada en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente reformador de enumerar y jerarquizar con rango supremo un derecho preexistente.

La normativa ambiental aplicable, debe interpretarse en consonancia con las reglas y fines que, con sentido eminentemente protector, instituye el régimen constitucional al consagrar derechos, atribuciones y deberes fundamentales, en la cláusula del artículo 41 de la Constitución Nacional. Tales enunciados normativos determinan que todos los habitantes tienen derecho a gozar de un medio ambiente sano y equilibrado, recayendo, primordialmente sobre los poderes públicos -incluyendo obviamente el municipal- el deber de conservarlo y protegerlo.⁹¹

V. La efectivización de los Desc en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Al ingresar a esta cuestión, quisiera dejar establecido que por una cuestión didáctica el análisis de la nueva ley frente a la

⁹¹ Ampliar en BOTASSI, C A, (1997) *Derecho Administrativo Ambiental*, Librería Editora Platenense, La Plata, 1997; MORELLO, A y CAFFERATTA, N A, (2004) *Visión Procesal de Cuestiones Ambientales*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2004.

protección internacional de los derechos humanos se dividirá en dos puntos; el primero dedicado la protección judicial efectiva, prevista como una garantía vinculada a los derechos civiles y políticos, y el segundo a fin de abordar la judicialización de los derechos económicos sociales. Esto no implica desconocer la interconexión de todos los derechos humanos y la superficialidad de la división de los mismos en las clásicas categorías temporales.

a) La Tutela Judicial Efectiva

Dentro del concepto genérico de “tutela judicial efectiva” se incluye una serie de garantías que se desarrollan en distintas etapas de la protección jurisdiccional de las personas y que se extienden a todos los tipos de procesos judiciales y administrativos. Como veremos, la nueva ley se enmarca en la normativa internacional que garantiza el acceso irrestricto a la justicia debiendo recordarse que la tutela cautelar no es un proceso independiente que convierte en autónomo al derecho protegido por la pretensión de fondo. Como lo explica Gozaíni, se trata de una garantía específica atada al concepto global del debido proceso e incorporada al principio de tutela judicial efectiva. Al respecto, sostuvo el referido profesor que: “en nuestra Constitución no existe un derecho especial para conseguir la tutela cautelar, en todo caso, la garantía que el proceso ofrece como tal, debe conseguir reaseguros de su eficacia, siendo éste el que reclama una colaboración y no el derecho del que peticiona... A lo sumo, la singularidad que tiene la tutela cautelar es el poder de la jurisdicción para otorgar la medida que considere más idónea y efectiva, siendo la elección discrecionalidad de las facultades, más no una tutela diferente que efectúe con independencia del proceso donde interviene”.⁹²

El derecho a la tutela judicial efectiva ha sido producto de una larga evolución normativa, jurisprudencial y doctrinaria

⁹² GOZAINI, O. A., “Medidas Cautelares contra el Estado”, *La Ley*, Edición del 06/05/13, p.2.

que comenzó creando garantías específicas dentro del proceso criminal y que culminó aglutinando en un concepto más amplio y general todos los derechos y garantías que le permiten gozar al ciudadano de un servicio de justicia efectivo.

El art. 24 inc. 7 in fine del decreto ley 1285/1958, luego de establecer que la Corte decidirá las cuestiones de competencia y los conflictos entre jueces y tribunales que no tengan un superior común, dice que: “Decidirá asimismo sobre el juez competente cuando su intervención sea indispensable para evitar una efectiva privación de justicia”. A partir de esta norma la Corte Suprema de Justicia de la Nación configuró jurisprudencialmente el concepto de “efectiva privación de justicia” que habilita su intervención a fin de restablecer la vigencia de la garantía constitucional de la defensa en juicio⁹³. Ha dicho al respecto que “la privación de justicia no sólo se configura cuando las personas se encuentran ante la imposibilidad de recurrir a un tribunal competente o cuando la decisión judicial se aplaza en forma irrazonable o indefinida, sino también cuando no se dan las condiciones necesarias para que los jueces puedan ejercer su imperio jurisdiccional con eficacia real y concreta que, por naturaleza, exige el orden jurídico, de manera que éste alcance su efectiva vigencia en el resultado positivo de las decisiones que la Constitución Nacional ha encomendado al Poder Judicial. Ello con tanta mayor razón cuando están en juego derechos fundamentales de las personas que merecen garantías inviolables por ser tales e integrar, además, el valioso acervo del bien común”⁹⁴.

La obligación estatal de facilitar el acceso a la justicia dispuesto constitucionalmente, según interpretó la CSJN, “es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia de sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular. Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio

⁹³ Ampliar en AMADEO, J L., (1998) *Privación de justicia. Según la jurisprudencia de la Corte*, 1998, Ed. Ad-Hoc.

⁹⁴ Corte Sup., Fallos 305:504

legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías”.⁹⁵

Augusto Morello ha dicho que “el significado literal de debido proceso de ley, es, el de un proceso justo. Esto significa que ninguna persona puede ser privada de su vida, libertad o propiedad, sin una oportunidad de ser oída en defensa de sus derechos”⁹⁶.

A nivel internacional el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva ha sido proclamado en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 10), en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 14), en el Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (art. 6) y en el Pacto de San José de Costa Rica de Derechos Humanos (art. 8 y 25)⁹⁷.

En nuestro país, la incorporación de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH.) a nuestra Constitución Nacional, a través de su art. 75 inc. 22, trajo como consecuencia la ampliación de las garantías y la creación del concepto de tutela judicial efectiva⁹⁸.

En el ámbito de las Naciones Unidas el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece las garantías judiciales en su artículo 14⁹⁹. En dicho ámbito el Comité de Derechos

⁹⁵ CSJN, H. 270.XLII, causa “Halabi, Ernesto c/PEN –Ley 25.873- dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.686”, res. del 24-02-2009.

⁹⁶ MORELLO, A M., (1994) *El proceso justo. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los Derechos*, 1994, Ed. Platense/Abeledo-Perrot, p. 230

⁹⁷ HETERS, J C., (1993) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 1993, Ed. Ediar.

⁹⁸ COLAUTTI, C E., “El Pacto de San José de Costa Rica”, 1989, Ed. Lerner; TRAVIESO, J A., “Derechos Humanos y Derecho Internacional”, 1996, Ed. Heliasta; GORDILLO, Agustín, *Derechos Humanos*, Fundación de Derecho Administrativo, 1997

⁹⁹ Art. 14: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal

Humanos emitió la Observación General N° 13, reemplazada luego por la Observación General N° 32, que en su inciso 8 dispuso que “El derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia garantiza, en términos generales, además de los principios mencionados en la segunda oración del párrafo 1 del artículo 14, los principios de igualdad de acceso e igualdad de medios procesales, y asegura que las partes en los procedimientos en cuestión sean tratadas sin discriminación alguna.”

El art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰⁰ obliga jurídicamente a los Estados parte a garantizar el servicio judicial efectivo para la protección de los derechos fundamentales. Este derecho a la protección judicial debe ser complementado con la enumeración de garantías y derechos específicos dispuestos en el art. 8 CADH.¹⁰¹

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante el informe 105/1999¹⁰², interpretó los arts. 8 y 25 CADH., al afirmar que “de ambas disposiciones se desprende la garantía que tiene toda persona de que se respeten las reglas básicas del procedimiento no sólo en cuanto al acceso a la jurisdicción, sino también en cuanto al cumplimiento efectivo de lo decidido. En este sentido, esta Comisión ha señalado que la protección judicial que reconoce la Convención comprende el derecho a procedimientos justos, imparciales y rápidos, que brinden la posibilidad pero nunca la garantía de un resultado favorable”.

En el mismo informe la Comisión realizó una amplia interpretación del principio de la tutela judicial efectiva, llevando sus efectos más allá del acceso a los tribunales, al decir que: “El principio de la tutela judicial efectiva puede traducirse en la

competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil ...”

¹⁰⁰ Art. 25: “1) Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido ...”

¹⁰¹ Art. 8: “1) Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías ...”.

¹⁰² Publicado en LL 2000-F-594 con comentario de BOTASSI C. “*Habilitación de la instancia contencioso administrativa y derechos humanos*”, p. 1 y ss.

garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aun cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto. Este principio implica lógicamente un conjunto de garantías elementales en la tramitación de los procesos judiciales”.

b) La judicialización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁰³

Tanto a nivel federal, como en el ámbito provincial bonaerense y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la revisión judicial de las políticas públicas y la consiguiente efectivización de los derechos económicos, sociales y culturales es competencia de la justicia contencioso administrativa. A partir de las reformas constitucionales de la década de 1990 fueron creados

¹⁰³ ABRAMOVICH, V y COURTIS, C: “*Los derechos sociales como derechos exigibles*”, Editorial Trotta, Madrid, 2002. ABRAMOVICH, V y COURTIS, C: *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.; ALEX, R: *Teoría del discurso y los derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, Serie Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 1, Bogotá, 1995; ARANGO, R: *El concepto de Derechos Sociales Fundamentales*, Legis Editores S.A, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2005; BALDASARRE, A: *Los Derechos Sociales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001; BARROS, I; VAZQUEZ, N y BERLAK, M: *Guía para la elaboración y diseño de proyectos*, Dirección Nacional de Asuntos Comunitarios, Buenos Aires, 1999; BOBBIO, N. *Igualdad y Libertad*, Editorial Paidós, Barcelona, 1993; AÑON ROIG, M J: *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontamara, México, 2001; BAUMAN, Z: *La globalización. Consecuencias humanas*, Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A., Buenos Aires, 2006; ABRAMOVICH, V; AÑON, M J; COURTIS, C: *Derechos Sociales: Instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003; CELS. LITIGIO ESTRATEGICO Y DERECHOS HUMANOS; *La lucha por el derecho*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2008; CONTRERAS PELAEZ, F: *Derechos sociales: Teoría e ideología*, Tecnos, Madrid, 1994; HELLER, H. *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992; FERRAJOLI, L. *El Garantismo y la filosofía del Derecho*, Editorial de la Universidad Externado de Colombia, N° 15; GARGARELLA, R. *La Justicia frente al Gobierno*, Ariel, Barcelona 1996, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Ad- Hoc, Buenos Aires, 2005; GARGARELLA, R. y OVEJERO, F. (Comp): *Razones para el Socialismo*, Paidós Estado y Sociedad, Barcelona, 2001; GRIMM, D.: *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006; GIL DOMINGUEZ, A. *Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos*, Ediar, Buenos Aires, 2005; DEL LLANO, C. *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Anthropos, Barcelona, 2005; ABRAMOVICH, V., BOVINO, A. y COURTIS, C. (Comp), *La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2007.

en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la jurisdicción bonaerense nuevos fueros descentralizados con competencia material de derecho público. La puesta en funcionamiento de estos nuevos tribunales permitió el desarrollo de una jurisprudencia de efectivo control de las políticas sociales de los estados y la garantía de los derechos sociales en dicho ámbito judicial que pudo desarrollarse a partir de la aplicación de normas internacionales de protección de derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Este tratado internacional protector de los derechos sociales no contiene ningún equivalente directo del apartado b) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que obliga a los Estados Partes, entre otras cosas, a desarrollar “las posibilidades de recurso judicial”. No obstante, según interpretó el Comité de DESC esta cuestión en su Observación General N° 9¹⁰⁴; “los Estados Partes que pretenden justificar el hecho de no ofrecer ningún recurso jurídico interno frente a las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales tendrán que demostrar o bien que esos recursos no son “medios apropiados” según los términos del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o bien que, a la vista de los demás medios utilizados, son innecesarios. Esto será difícil demostrarlo, y el Comité entiende que, en muchos casos, los demás medios utilizados puedan resultar ineficaces si no se refuerzan o complementan con recursos judiciales.”

Al distinguir en los niveles de protección cautelar según el derecho que se halle en juego, no hace otra cosa que priorizar la protección de las personas más desaventajadas en el goce de sus derechos fundamentales, cumpliendo con la directriz dispuesta por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, que establece que respecto

¹⁰⁴ FAIRSTEIN, C y ROSSI, J., “Comentario a la Observación General N° 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en *Revista Argentina de Derechos Humanos*, p.327-349, Ed. Ad Hoc, N° 0, 2001.

de estos derechos “*Los Estados Partes deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial*” y agregando que “*Las políticas y la legislación, en consecuencia, no deben ser destinadas a beneficiar a los grupos sociales ya aventajados a expensas de los demás.*”(OG N° 3, párrafo 11).

La Observación general N° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también dispone que; “5. Entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables. El Comité observa, por ejemplo, que el disfrute de los derechos reconocidos, sin discriminación, se fomentará a menudo de manera apropiada, en parte mediante la provisión de recursos judiciales y otros recursos efectivos. De hecho, los Estados Partes que son asimismo Partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos están ya obligados (en virtud de los artículos 2 (párrs. 1 y 3), 3 y 26 de este Pacto) a garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades (inclusive el derecho a la igualdad y a la no discriminación) reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados, “podrá interponer un recurso efectivo” (apartado a) del párrafo 3 del artículo 2). Además, existen en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales varias otras disposiciones, entre ellas las de los artículos 3, 7 (inciso i) del apartado a)), 8, 10 (párr. 3), 13 (apartado a) del párrafo 2 y párrafos 3 y 4) y 15 (párr. 3), que cabría considerar de aplicación inmediata por parte de los órganos judiciales y de otra índole en numerosos sistemas legales nacionales. Parecería difícilmente sostenible sugerir que las disposiciones indicadas son intrínsecamente no auto-ejecutables.”

Por su parte la Observación General N°9 del mismo Comité establece que “El segundo principio está reflejado en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según el cual “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante

los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no contiene ningún equivalente directo del apartado b) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que obliga a los Estados Partes, entre otras cosas, a desarrollar “las posibilidades de recurso judicial”. No obstante, los Estados Partes que pretendan justificar el hecho de no ofrecer ningún recurso jurídico interno frente a las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales tendrán que demostrar o bien que esos recursos no son “medios apropiados” según los términos del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o bien que, a la vista de los demás medios utilizados, son innecesarios. Esto será difícil demostrarlo, y el Comité entiende que, en muchos casos, los demás medios utilizados puedan resultar ineficaces si no se refuerzan o complementan con recursos judiciales.”

El Comité también indicó en su Observación General N° 9 lo siguiente: “En lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinentes del Pacto. El Comité ya ha aclarado que considera que muchas de las disposiciones del Pacto pueden aplicarse inmediatamente. Así, en la Observación general N° 3 (1990) se citaban, a título de ejemplo, los siguientes artículos del Pacto: el artículo 3, el inciso i) del apartado a) del artículo 7, el artículo 8, el párrafo 3 del artículo 10, el apartado a) del párrafo 2 del artículo 13, los párrafos 3 y 4 del artículo 13 y el párrafo 3 del artículo 15. A este respecto, es importante distinguir entre justiciabilidad (que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales) y las normas de aplicación inmediata (que permiten

su aplicación por los tribunales sin más disquisiciones). Aunque sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay ningún derecho reconocido en el Pacto que no se pueda considerar que posea en la gran mayoría de los sistemas algunas dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad. A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad.” En este marco normativo, la ley en análisis se muestra como una herramienta eficaz en el ámbito interno para garantizar la efectivización de los derechos sociales y ambientales a través de la intervención oportuna del Poder Judicial.

VI. Conclusión

Las tutelas procesales diferenciadas tienden a asegurar los valores, principios y derechos constitucionales, y requieren de “un nuevo modelo de justicia operante para la tutela de los derechos sociales en general, y más genéricamente de aquellos que en las convenciones internacionales conforman los ampliados derechos económicos, sociales y culturales (DESC), categoría comprensiva de los derechos derivados del trabajo y la seguridad social, la educación, la salud, la alimentación, la cultura, el consumo, el medio ambiente y otras prerrogativas

de la interpretación”¹⁰⁵. Así, en este marco de verdaderos “procesos de solidaridad” para la efectividad de los derechos sociales fundamentales¹⁰⁶ consagrados en nuestro ordenamiento jurídico, la ley 26.854 articula normativamente un proceso cautelar indispensable para asegurar su efectiva operatividad.

Nuestro sistema judicial, y en especial la justicia administrativa, desde su origen se estructuró procesalmente como una construcción legal discriminatoria que dificultó e imposibilitó aún hasta hoy, el acceso a la tutela judicial efectiva por cuestiones económicas, sociales y culturales, debiendo entonces el Estado adoptar medidas concretas para revertir esta antigua tradición de desprotección de los más necesitados. Puede resultar difícil luchar con éxito contra la discriminación en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “si se carece de una base legislativa sólida para las medidas necesarias” (Comité Desc; Observación general N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes -párrafo 1 del artículo 2 del Pacto-).

Por ello considero imperioso, en esta etapa histórica gestacional de un nuevo paradigma en la distribución social de derechos, construir teóricamente un sistemas de ideas en el que la unidad de la actividad del Estado -bajo un nuevo régimen común de derecho público- sea una herramienta eficaz para garantizar la efectividad de los derechos sociales y ambientales reconocidos por las constituciones y los tratados internacionales de derechos humanos, requiriéndose para ello una intervención planificada del Estado en el sistema económico y social de nuestra Nación.

Es así que es imprescindible lograr mediante una efectivización de los llamados derechos sociales y ambientales una estructura económica que garantice una disminución de las desigualdades económico-sociales y la inclusión de sectores de la población excluidos y marginados. Para ello, la función del

¹⁰⁵ BERIZONCE, R. O. (2009) *Tutelas procesales diferenciadas*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, p. 10 y sgtes.

¹⁰⁶ Ampliar esta conceptualización en ARANGO, R. (2005) *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis Editores S.A., Bogotá, 2005.

Estado, la construcción de políticas públicas adecuadas, la transformación de los servicios públicos y la edificación de una ciudadanía social y participativa son problemas que deben ser abordados desde el derecho administrativo con una visión políticamente igualitaria. Además el sistema institucional requiere el acompañamiento de un poder judicial que concrete la revisión de políticas públicas sociales de forma tal de garantizar estos derechos fundamentales a la ciudadanía más desaventajada.

Así, esta ley avanza en la materia al reconocer expresamente la justiciabilidad de los derechos ambientales y protege en forma diferenciada a sectores socialmente vulnerables en su derecho a una vida digna, y en especial garantiza los derechos económicos sociales y culturales de los sectores populares de la sociedad (salud, derechos alimentarios, ambientales, laborales, etc.), cumpliendo con el principio internacional en materia de derechos económicos sociales y culturales que dispone que los Estados deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables, concediéndoles una atención especial y diferenciada. Esta tarea debe ser acompañada por una justicia con un alto grado de responsabilidad social.

VII. Ponencias

1. La ley 26.854 establece una tutela procesal diferenciada respecto del derecho a un ambiente sano.
2. La justicia administrativa debe actualizar su estructura, procedimientos y conformación a fin de cumplimentar su función con responsabilidad social.
3. Es necesario profundizar mecanismos de protección procesal de los grupos socialmente vulnerables para efectivizar sus derechos sociales y ambientales.