

PONENCIA IV CONGRESO ADACIUDAD 2012

Taller “Acceso a la Jurisdicción”

Título: “Los DESC como Derechos Fundamentales frente a las nociones de acceso a la justicia”.

Autor: Guillermo Fabián Rizzi.

Abstract: La Protección Internacional de los Derechos Humanos: Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como Derechos Fundamentales -Incluye el marco normativo. La estructura de los DESC: Alcances, limitaciones y estrategias en cuanto su exigibilidad. Obligaciones del Estado en materia de los DESC. Acceso a la Justicia- Con especial enfoque en el derecho a la educación en provincia de Buenos Aires: Normativa constitucional e infraconstitucional -Incluye educación inclusiva. Jurisprudencia. Vinculaciones con el derecho a la Salud, Minoridad y Alimentación-.

Fallos emblemáticos de la C.S.J.N.:

Ekmekdjian, Fallos 315:1492, 7/792, sobre libertad de expresión, se reconoce prioridad al Derecho Internacional sobre el derecho interno.

Gioldi, Fallos 318:514, 7/4/95, penal, exigencia de la doble instancia.

Bramajo, Fallos 319:1840, 12/9/96, la "jerarquía constitucional" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecido por voluntad expresa del constituyente, "en las condiciones de su vigencia" (art. 75, inc. 22, párr. 2º) esto es, tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.

Asoc. Benghalensis, Fallos 323:1339, 1/6/00, legitimación amplia, salud.

Hospital Británico, Fallos 324:754, 31/3/01, “rebote” de Benghalensis, reclama inconstitucionalidad de la ley 24.754 por violar el art. 17 de la CN, medicina prepaga, PMO, salud.

Aquino, Fallos 327:3753, 21/9/04, laboral, declara inconstitucional las limitaciones en la Ley de Riesgos del Trabajo, ley 24557.

Verbitsky, Fallos 328:1146, 3/5/05, hábeas corpus colectivo sobre la situación carcelaria en Pcia. de Bs. As. (provoca la creación para el seguimiento de la Subsecretaría de DDHH de la SCBA en materia penal).

Mendoza, Fallos 329:2316, 20/6/06, legitimación, ambiental, manda a tramitar a primera instancia, separa cuestiones patrimoniales.

“Defensor” (Chaco), Fallos 330:4134, 18/9/07, ampliación de legitimación, salud, alimentación.

Halabi, Fallos 332:111, 24/2/09, ley espía, ampliación de legitimación, acción de clase, amicus curiae, clasificaciones.

Thomas, Fallos 333:1023, 15/6/2010, acota legitimación, ley de medios 26522.

Fallos locales con enfoque en educación: A. 69.412, "P. L., J. M. Amparo." REN y RIL 18/08/10 CICALP / AMPARO-DESC-precedente “Infantes” de CSJN -salud-menores-discapacidad- SORIA / Rechaza REN por insuficiencia técnica y concede parcialmente el RIL-Condena al IOMA a la prestación entera- (Ver Minoría de Kogan). Son más de 40 fallos donde se aplica el art. 36 inc. 8º de la Constitución provincial en cuanto a la garantía del derecho a la salud y en el art. 1 de la ley 6982, respecto de la obligación del I.O.M.A. de "realizar todos los fines del Estado en materia médico asistencial".

CAUSA N° 13150 CCALP "ASOCIACION CIVIL MIGUEL BRU Y OTROSC/ MINISTERIO DE DESARROLLO SOC PCIA BS AS Y OTRO/A S/ AMPARO", del 7 de agosto de 2012, acompaña el anterior -progresividad- 70.598, "Leegstra, Rut Cristina contra Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires. Amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley". Del 22 de agosto de 2012. ¿REGRESIVIDAD?

PONENCIA IV CONGRESO ADACIUDAD 2012

TALLER: "Acceso a la Jurisdicción"

Título: "Los DESC como Derechos Fundamentales frente a las nociones de acceso a la justicia".

Autor: Guillermo Fabián Rizzi.

El sistema de DDHH se organiza a través de un organismo universal que es la ONU, a su vez conformado por los sistemas americano, europeo y africano y, si bien la Convención Americana no fue demasiado específica en cuanto a la interdependencia de los derechos civiles y políticos (PIDCP) con los económicos, sociales y culturales (PIDESC) -sólo en el art. 26 hace referencia a los DESC- debemos señalar que lo que subyace es el principio "pro-persona", o sea que una aplicación restrictiva debe ser fundamentada en todos los casos (así lo resuelto en Viena, en 1969).

Para subsanar correctamente esta situación disvaliosa aparecen los Protocolos, llamados así por referirse a Tratados previos principales, en este caso el de San Salvador que reconoce los derechos sindicales, de la educación, etc.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre es anterior a la de DDHH; esta "enlaza" a U.S.A. a través de su participación en la OEA, aunque no puede intervenir la Corte, solo lo hace la Comisión.

Internamente, el Poder judicial, asume que puede generarse responsabilidad internacional de los Estados a partir del famoso fallo Ekmekdjian de 1992, considerando 20, haciéndose cargo de alguna manera del problema de la llamada "dificultad contramayoritaria"¹.

Lo importante a destacar es que nos encontramos en franca evolución - aunque aún en las unidades académicas ello no se ha notado- y superación de las llamadas "generaciones de derechos" en la Conferencia de Viena de 1993, indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos que crea el Alto Comisionado de DDHH. con sede en Ginebra².

¹ Dificultad contramayoritaria: OG 9, considerando 10: judicialidad. No hay en el Pacto un derecho que no tenga alguna dimensión judicial. No es cierto que las cuestiones que implican distribución de recursos deberían ser dejadas para las autoridades políticas y no para el Poder Judicial; más bien lo cierto es que en general los tribunales se ven obligados a resolver un amplio rango de cuestiones que tienen implicaciones presupuestarias, ver en pág. 54, del libro de la doctora Ucin "La tutela de los derechos sociales", ella también ha señalado que frente al poder judicial y en democracia el problema de la naturaleza contramayoritaria se reduce al "colarse en la fila" de Tara Melish, debiéndose a que el Juez corre el riesgo de conceder el derecho sin un análisis contextual, sin tener en cuenta la disponibilidad de recursos escasos, cristalizando así la injusticia de colocar a quien judicializa por encima de los demás que teniendo el mismo derecho, esperan en la cola su turno (pág. 57).

² Instrumentos: observaciones generales de los comités (www.ohchr.org) y observaciones finales, que se presentan cada 5 años. Sistemas de control: convencionales y extraconvencionales, los conjuntos de relatores y grupos de expertos. Recomendamos prestar especial atención a los arts. 2.1 del PIDESC y las O.G. 3 y 9 (esta última establece el derecho al recurso judicial, progresividad, no regresividad, hasta el máximo de los recursos disponibles).

La pregonada universalidad de los DDHH cae ante los Pactos que los dividen en 1966 así, el PIDCP (el pacto de los respetables puntos, ej. No torturará.) y el PIDESC (el pacto de las sospechosas comas, ej., ..., en la medida de sus recursos disponibles), introduce el concepto “coste”, la idea de derechos caros y derechos baratos, de abstención y de acción³.

Para intentar dar razones a las dos tendencias, podemos decir que la oposición de occidente a reconocer derechos económicos provenía de la concepción filosófica del estado liberal de intervención mínima en las libertades públicas y en la libertad económica. La posición del bloque Este no implicaba la negación de esos derechos, pero propugnaba también el reconocimiento de aquellos derechos que derivaban de su concepción de estado interventor, mentor y ejecutor de un plan unitario. Esta posición fue la que defendió los principios de indivisibilidad e interdependencia de los DDHH, sobre todo como forma de forzar el reconocimiento de los derechos sociales que eran negados por Occidente.

Dada la originaria falta de fuerza jurídica vinculante de la Declaración Universal de Derechos Humanos, era necesario avanzar hacia instrumentos más comprometedores, como los Tratados Internacionales. Así fue que al momento de elaborar y aprobar un pacto internacional de derechos humanos, las diferencias aparecieron y llevaron a la aprobación de dos tratados distintos, el mismo día y en la misma sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966 en la ciudad de Nueva York. Ellos son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que entraron en vigor el 3 de enero de 1976. Aquellas diferencias, que fueron luego patentes en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Teherán en 1968, se reflejaron en el texto de estos pactos, en particular, en los fragmentos donde se define su fuerza obligatoria. El artículo 2.1 del Pacto que reconoce los derechos económicos, sociales y culturales establece que cada estado sólo “se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Como se ve, este compromiso jurídico aparece sumamente debilitado por conceptos que tienen arraigo en razones históricas, políticas e internacionales.

Desde la óptica de los derechos económicos, sociales y culturales, a pesar de las profundamente críticas condiciones sociales en que se encuentra gran parte de los habitantes del país no hay “alarma social”, como algunos expresan (A. Teitelbaun), no hay reacción ciudadana por la violación de estos derechos, como aquella que aparece cuando se comete tortura, se atenta contra la libertad de expresión, o se transgreden otros derechos civiles y políticos. Existe, en efecto, una atención nacional e internacional distinta según cada categoría de derechos.

“El pobre es aquel que sólo vive para no morir”⁴: la pobreza para la ONU se debe a la combinación de 3 factores: a) escasez de ingresos, b) falta de desarrollo humano y c) exclusión social, es “una violación de la dignidad humana y una denegación del disfrute del conjunto de los DDHH”⁵.

Cancado Trindade opina que “...la denegación o violación de los DESC, materializada en la pobreza extrema, afecta a los seres humanos en todas las esferas de su vida (inclusive civil y política), revelando así de modo evidente la interrelación o indivisibilidad de sus

³ Charlas brindadas por Esteban Beltrán Verdes en el IDH, La Plata, los días 10 y 11 de mayo de 2012.

⁴ Frente a la futura sanción de un Código Civil y Comercial recordamos “EL NUEVO SUJETO DE DERECHOS” (Eduardo A. Russo, Ágata E. Teti, Gustavo Simona) donde destacan que decía León Bloy -escritor cuya reflexión abunda en las citas borgeanas- que Napoleón había hecho “un famoso código en que se da por supuesta la inexistencia del pobre.”

⁵ Págs. 107 y 108, “El derecho a un nivel de vida adecuado”, LEP, Saggese.

derechos. La pobreza extrema constituye, en última instancia, la negación de todos los DDHH. Cómo hablar de libre expresión sin el derecho a la educación; cómo concebir el de ir y venir (libertad de circulación) sin el derecho a una vivienda; cómo contemplar el derecho de participación en la vida pública sin el derecho a la alimentación; cómo referirse al derecho a la asistencia judicial sin tener presente, al mismo tiempo, el derecho a la salud...⁶ y termina diciendo en la página 132 que considera nefasta la compartimentalización (de las generaciones de derechos, por cuestiones históricas, ideológicas y culturales en general) porque “A la integralidad del ser humano corresponde en definitiva la integralidad de sus derechos”.

Pero volviendo a los DESC los estados expresamente y mediante las fórmulas indicadas de la “progresividad”, la “existencia de recursos disponibles” y la “cooperación internacional”, han conservado de hecho la parte de la soberanía que les permite decidir cómo llevar adelante la gestión de gobierno, sin la intervención y el control estricto de parte de la comunidad internacional. Y dependiendo de la gestión de gobierno que se despliegue, los derechos económicos, sociales y culturales serán efectivos. Sin embargo, y según lo dicho, el estado es soberano en la definición y ejecución de la gestión de gobierno⁷.

Como el problema social no es visto a través del prisma de los derechos humanos, tampoco se utiliza un lenguaje que exprese esos problemas sociales en términos de violaciones a derechos humanos. Esta situación aparece claramente en los medios masivos de comunicación, que son reflejo de alguna manera de la percepción social. Está claro que es en la persona donde convergen de manera indivisible todos los derechos.

Visto de tal modo nos permitirá sumar otras alternativas a la vía jurisdiccional, superando la dicotomía entre justicia y legalidad. Parafraseando a diversos autores⁸ han planteado que la justicia de los DESC se está proyectando como una estrategia interesante, aunque aún enfrenta serias trabas conceptuales y jurídicas; no obstante, y sin dejar de reconocer el efecto multiplicador que en ciertos casos puede provocar a partir de la generación de políticas públicas motivadas en el fallo judicial, la estrategia judicial actúa sobre hechos consumados, sobre violaciones a derechos humanos ya acontecidas, generalmente en casos individuales, y la prevención, como obligación internacional que es de los estados, queda de lado. En estas condiciones, la acción de gobierno dirigida a la realización o efectivización de los DESC viene impuesta por la orden judicial, cuando en realidad el órgano gubernamental es el principal responsable por la realización de esos derechos y el órgano jurisdiccional es el responsable por su tutela.

La aplicación interna del derecho internacional no puede quedar reducida a la acción de la justicia⁹; es el estado, con todos sus componentes, el que está obligado ante la comunidad mundial en la implementación de esas normas internacionales. Por otro lado, la verdadera realización de los DESC requiere de cambios sociales significativos, que exceden las posibilidades y la naturaleza de la jurisdicción, su esencia o su corazón reside en el diseño y la implementación de políticas públicas activas, mientras que las estrategias de realización deben transitar por el carril de las obligaciones de carácter positivas.

Así hoy, jóvenes autores como Bonina y Diana en “La deconstrucción del derecho administrativo argentino”, Ed. Lajouane, año 2009, aclaran que “La función del derecho

⁶ Ver pág. 120 de “El Derecho Internacional de los DDHH en el Siglo XXI”, año 2001.

⁷ La perenne -y lamentable- discusión sobre “Programáticos y operativos” (Programáticos: cuando el precepto no posee de manera técnicamente perfecta el modo, cauce o procedimientos por los cuales los derechos, garantías o deberes pueden ser puestos en acción. Es decir que sólo tienen virtualidad de programa o directiva, siendo el legislador quien debe establecer el resorte necesario para que ella pueda ser puesta en acción y Operativos: cuando se aplican y funcionan, sin necesidad de una reglamentación, ni la actividad posterior de los órganos constitucionales).

⁸ Podría citarse a Abramovich, Courtis, Caparrós, Lorenzetti o Gargarella.

⁹ Así opina también Pablo Cabral en “La Justicia Administrativa como herramienta constitucional de control del sistema político – administrativo”, LL, 2004.

administrativo no es garantizar el statu quo, sino el hacer efectivos los derechos reconocidos por nuestra ley fundamental al ciudadano”¹⁰.

El profesor Salvioli¹¹ al referirse al acceso a la justicia remarca que uno de los errores que cometemos permanentemente los abogados reside en la vinculación directa del término justicia con el Poder Judicial. La Justicia es una valoración y como tal debe ser encarada desde un punto de vista filosófico, si es que lo que buscamos es que “se haga Justicia”.

Términos como “Será Justicia” que observamos en los escritos judiciales son más bien, en palabras de Bonina y Diana, resabios de creencias cuasi religiosas que nada tienen que ver con el Derecho, sino más bien con religión, mitos y tabúes.

Proponemos entonces nuestro derecho a dudar¹², que debe basarse en la discusión sobre mitos como el que jueces y doctrinarios comulgan cuando dicen que el estado podría poco menos que fundirse si los casos referidos, por ejemplo, al acceso a la vivienda, llegaran a los estrados del Poder Judicial, o tabúes como que no pueda discutirse sobre la veracidad del axioma que reza “El acto administrativo goza de presunción de legitimidad...”.

Las herramientas de práctica y estudio de efectivización de los DESC ante la evidente falta de compromiso de los poderes del estado, pueden intentarse a través de creaciones como los litigios estructurales o estratégicos; las audiencias públicas, la participación ciudadana; los amicus curiae; o la creación de las llamadas (y resistidas por amplios sectores doctrinarios) “medidas autosatisfactivas” o cautelares de satisfacción inmediata, como un nuevo medio urgente procesal.

Pero al mismo tiempo no puede perderse de vista que el derecho de tutela judicial y acceso a la justicia es una garantía esencial para el respeto de los derechos humanos y así ha sido consagrada por diversas normas locales e internacionales. Estas normas deben ser consideradas por los jueces al momento de dictar sus sentencias¹³.

¹⁰ Alejandro Nieto, en 1975, escribía que “...lo que caracteriza de veras un sistema normativo no es tanto lo que realmente se aplica como lo es lo que no se aplica: si queremos descubrir el auténtico sentido de nuestro Derecho administrativo, tendremos que analizar la parte del mismo que duerme en los mausoleos del Boletín Oficial, así como las causas de su inaplicación. Dicho con otras palabras: el Derecho administrativo no debe limitarse a estudiar la forma (legal o ilegal) que tiene la Administración de aplicar las normas, sino que debe extender su análisis a la propia inaplicación de tales normas (la llamada inactividad administrativa), que es una de las formas más refinadas de ilegalidad.” (fragmento de “La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo”, RAP N° 76 ene-abr 1975).

¹¹ Vicepresidente del Comité Internacional de los DDHH, 2009-2013.

¹² http://derecho-administrativo-debates.blogspot.com.ar/2011_01_01_archive.html

¹³ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a través de recomendaciones ha señalado: Que de la expresión “se compromete a adoptar medidas” surge una obligación inmediata, de revisar a fondo toda la legislación pertinente, con el objeto de armonizar las leyes nacionales con las obligaciones jurídicas internacionales. El término “por todos los medios apropiados” indica que además de medidas legislativas pueden adoptarse otras de carácter administrativo, judicial, en materia económica y social. La fórmula “para lograr progresivamente” impone a los Estados la obligación de avanzar con la mayor rapidez y eficacia hacia la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. La expresión “hasta el máximo de los recursos de que disponga”, significa que los recursos internos e internacionales, deben utilizarse para dar efectividad a cada uno de los derechos enunciados en el Pacto. Se destaca que un aspecto muy importante para convertir en realidad sociológica esta fórmula normativa, radica en admitir que los recursos disponibles deben ser equitativos y eficaces; la falta de recursos no puede en ningún caso justificar el incumplimiento de las obligaciones que surgen del Pacto. La fórmula “hasta el máximo de los recursos de que disponga” sumada con los criterios constitucionales de distribución, implica una directiva vinculante en relación al gasto público. Los recursos previstos en la ley de presupuesto, deben obligatoriamente tener un mayor rango predatorio, a fin de que se cumplan las obligaciones que emanan del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Los Estados son internacionalmente responsables por todo y cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados incluyendo al órgano judicial (v. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Villagrán Morales y otros, sentencia del 19/11/1999, serie C N° 63, párr. 220 y sigs.).