
Igualdad y derechos sociales: su efectivización a través del litigio. Una primera aproximación

Liliana Ronconi*

Resumen

Mucho se ha discutido sobre la operatividad o no de los derechos sociales, discusión que considero zanjada en la actualidad. Sin embargo, la problemática de los derechos sociales y de su efectivo cumplimiento sigue vigente. En este trabajo, pretendo plantear que la idea de derechos sociales puede vincularse con distintas concepciones de igualdad: igualdad como no discriminación o igualdad como no sometimiento. Esta última implica que no alcanza sólo con reconocer tales derechos sino que, además, debe garantizarse su goce efectivo, teniendo en cuenta la particular situación de ciertos grupos. Sin embargo, en muchos casos las políticas mediante las cuales tienden a hacerse efectivos tales derechos, no existen o son insuficientes. Así, las situaciones de “no goce” o “gocce insuficiente” de los derechos sociales son reclamadas ante el Poder Judicial, quien al momento de resolver el caso, como un caso de desigualdad individual o estructural, puede reducir o ampliar el goce efectivo de los derechos por parte del grupo afectado.

Palabras clave: derechos sociales – igualdad – tribunales de justicia – litigio individual – litigio estructural.

Fecha de recepción: 24 de junio de 2015 | **Fecha de aprobación:** 24 de agosto de 2015

* CONICET, lronconi@gmail.com. Becaria de doctorado CONICET. Investigadora adscripta al Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “L. A. Gioja”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Agradezco a Celeste Novelli, Gustavo Beade y Laura Clérico la lectura previa de este texto, sus comentarios y sugerencias. También a Roberto Saba por las charlas previas a este trabajo.

Abstract

A lot has been said about whether or not social rights are operative; a discussion that, in my view, has already been settled. However, the issue of social rights and their effective compliance is still pending. In this paper, I will posit that the notion of social rights can be linked to different conceptions of equality: equality as non-discrimination or equality as non-submission. According to the latter, merely recognizing these rights does not suffice; their full enjoyment must be ensured while taking into account the particular situations facing certain groups. However, in many cases, the public policies aimed at rendering these rights effective are non-existent or insufficient. Thus, situations in which rights are “not enjoyed” or “insufficiently enjoyed” are taken before the Judiciary who, when deciding cases such as individual or structural inequality, can broaden or restrict the effective enjoyment of these rights by the groups concerned.

Key words: social rights – equality – courts – individual litigation – structural litigation.

Introducción

Mucho se ha escrito en la doctrina respecto del alcance de los derechos sociales.¹ Para un sector, los derechos sociales son programáticos, meros mandatos dirigidos al legislador. En este sentido, los derechos sociales serían derechos incompletos, de desarrollo progresivo, y por lo tanto, no podrían ser invocados frente a la justicia. Como descripción de este carácter programático se señalan, por un lado, la generalidad de los enunciados que instituyen derechos sociales y, por lo tanto, la necesidad de su reglamentación;² y, por otro lado, se habla de la vinculación de estos derechos con los recursos presupuestarios que son manejados exclusivamente por los poderes políticos, pero no por el Poder Judicial.³

Para otro sector de la doctrina, los derechos económicos, sociales y culturales –en adelante, “DESC”– son derechos que deben realizarse en la mayor medida posible y los particulares deben poseer a su alcance adecuadas herramientas para su protección –por ejemplo, la vía judicial–. Así, el Estado no sólo tiene la obligación de no interferir en el ejercicio de los derechos individuales, sino que también tiene el deber de realizar acciones para que el ejercicio de ciertos derechos no se torne ilusorio. Ante la ausencia o insuficiencia de tales acciones, los ciudadanos podrán recurrir al Poder Judicial en procura de la defensa de sus derechos.

En este trabajo, seguiré la postura que defiende el carácter de verdaderos derechos de los derechos sociales y me propongo establecer un vínculo entre ellos y las distintas concepciones de igualdad. Esto me permitirá sostener la hipótesis de que la operatividad de los DESC no es tal si los casos que involucran cuestiones de desigualdad estructural –en tanto se encuentra afectado un grupo en condiciones de vulnerabilidad–, se continúan resolviendo como casos puntuales o se ordenan remedios puntuales.

El trabajo se estructurará de la siguiente manera: en primer lugar, se realizará una conceptualización de las diferentes concepciones de igualdad (1). Luego se profundizará en las problemáticas que plantea la concepción de igualdad como no

155

¹ Al respecto, véase Abramovich, Víctor, Courtis, Christian, “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, en: Gargarella, Roberto (comp.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008; Atria, Fernando, “¿Existen derechos sociales?”, y Gargarella, Roberto “Derecho y disociación. Un comentario a ‘¿Existen derechos sociales?’ de Fernando Atria”, en: *Discusiones*, Núm. 4, Año 2004 (7); Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3a ed., 2007; entre otros.

² Sobre el derecho a la salud en particular, véase Ronconi, Liliana “Derecho a la salud: un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos” en *Revista Salud Colectiva* vol. 8, Nº 2, Lanús, mayo/agosto, 2012.

³ Para un análisis de esta postura, y sus críticas, véase. Arango, Rodolfo “La prohibición de retroceso en Colombia”, en: Courtis, Christian (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008.

sometimiento, en particular cuando se trata de la resolución de casos judiciales (2). Esto nos permitirá evaluar la forma en que se plantean y son resueltos los reclamos judiciales de derechos sociales, poniendo especial interés en las medidas que pueden (deben) adoptar los tribunales de justicia ante tales supuestos (3). Por último, arribaremos a algunas conclusiones (4).

II. ¿Qué entendemos por igualdad?

Actualmente, es posible identificar distintas concepciones sobre las implicancias y alcances del principio de igualdad. Superado el entendimiento de la igualdad como mero principio de igualdad formal,⁴ se comienza a interpretar la igualdad (1) como no-discriminación, criterio que se refuerza con la presunción de inconstitucionalidad cuando se utilizan categorías sospechosas para clasificar en desmedro de determinados colectivos. Asimismo, un avance sobre esta concepción es la interpretación de la igualdad (2) como no sometimiento, que toma en cuenta la situación real en la que se encuentran ciertos grupos, imponiendo la necesidad de realizar acciones positivas. Veamos con más detalle.

1. Igualdad como no discriminación

Esta concepción de la igualdad no se conforma con que los “iguales” sean tratados como “iguales” sino que cuestiona la “razonabilidad” de la distinción. De esta manera, exige que nos preguntemos si es válida cualquier tipo de distinción realizada por el legislador. Comienzan entonces a exigirse razones a favor (o en contra) del criterio utilizado por el legislador para clasificar. Para esta concepción de igualdad, sólo serán válidas aquellas clasificaciones que sean “objetivas y razonables”.

Las distinciones no están prohibidas siempre que exista un fin razonable que las justifique. Exige, entonces, indagar sobre la “razonabilidad” de la distinción.⁵

⁴ La concepción de igualdad formal implica que se trate igual a quienes están en igualdad de circunstancias. Así, se conforma con la igualdad entre quienes caen dentro de la clasificación que realiza la norma y desigualdad respecto de quienes se encuentren afuera de esa clasificación. De esta manera, se examina la norma hacia adentro, al momento de su aplicación, para ver si excluye a alguien que debe estar dentro. Implica la fórmula “separados pero iguales” elaborada por la Corte Suprema de EE. UU. en el famoso caso *Plessy contra Ferguson*. Bajo esta fórmula se realiza una distinción basada en la raza: los blancos por un lado, las personas de color por otro, siempre que en cada grupo el trato sea idéntico, esto es: todos los blancos sean tratados igual y los negros también, cada uno dentro de su grupo. Esta fórmula no alcanza entonces al legislador, sino sólo a quienes aplican la norma. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Bernal Pulido, Carlos, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2a ed., 2007.

⁵ Un ejemplo de una circunstancia razonable sería la exigencia de haber completado la instrucción secundaria para quien quisiera cursar estudios universitarios o terciarios, ya que

Esto quiere decir "...que exista una relación de 'funcionalidad' o 'instrumentalidad' entre el fin buscado por la norma, y el criterio o categoría escogido para justificar el trato diferente..."⁶

Es posible identificar distintos "test" o "modelos" de razonabilidad.⁷ Sin embargo, existen categorías o clases que implican distinciones que *prima facie* son inconstitucionales por ser discriminatorias: las "categorías sospechosas". Forman parte de dichas categorías, las distinciones basadas en el sexo, la nacionalidad, la raza, la orientación sexual, entre otras.⁸ Es así que, verificada la existencia de una categoría sospechosa, el análisis de constitucionalidad debe ser muy estricto y deberá ser el Estado quien justifique la constitucionalidad de dicha diferenciación (inversión de la carga justificatoria). Es decir, que rige sobre dicha distinción una presunción de inconstitucionalidad, y es el Estado quien debe demostrar por qué está justificada. Así, las consecuencias de que una norma se base en una categoría sospechosa para establecer una distinción son: a) cae la presunción de constitucionalidad de la norma; b) es el Estado quien debe probar que la distinción es estrictamente necesaria para alcanzar un fin imperioso; y, c) se aplica un análisis estricto de razonabilidad.⁹

Esta concepción de igualdad puede vincularse, entonces, con un determinado entendimiento de los derechos sociales: no existe discriminación si todos los tenemos garantizados en la norma que los reconoce y/o regula, es decir, si no existe una discriminación irrazonable fundada en un criterio que carece de justificación. En el caso de Argentina, por ejemplo, podemos decir que todos tenemos garantizado el acceso a la educación universitaria, ya que existe la universidad pública y gratuita.

157

es "razonable" que se exija cierto nivel educativo para poder progresar en el nivel superior de educación. Distinto sería el caso de que se exigiera además, ser blanco o ser varón, porque esas condiciones no son relevantes para poder emprender un estudio universitario.

⁶ Saba, Roberto, "(Des)Igualdad Estructural", en: Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2a ed. ampliada, 2012, pp. 137-172.

⁷ Clérico, Ma. Laura y Aldao, Martín, "Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento", en: *Revista de Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, Facultad de Derecho/ Universidad de Talca, julio 2011, pp. 157-198.

⁸ En lo que refiere al tema educación, un importante caso resuelto por la Corte norteamericana es "Brown v. Board of Education", 347 U.S. 483 (1954), referido a las escuelas separadas para blancos y negros. Al respecto, véase Siegel, Reva, "Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles Over Brown", en: *Harvard Law Review* (117), 2004.

⁹ Garay, Alberto, "Derechos civiles de los extranjeros y presunción de inconstitucionalidad de las normas", en: *La Ley*, (1989-B); Bianchi, Enrique y Gullco, Hernán, "La cláusula de igualdad: hacia un escrutinio más exigente", en: *Jurisprudencia Argentina* I-2001-1241; Treacy, Guillermo, "La utilización de categorías sospechosas como técnica para controlar la discriminación hacia los extranjeros", en: *Jurisprudencia Argentina*, IV-2006. Al respecto, ver el análisis del caso Reyes Aguilera que se realiza a continuación.

Algo similar sucede con el derecho a la salud, ya que se garantiza un sistema de salud público donde todos podemos recurrir.

Un claro caso en este sentido, resuelto por la CSJN, es “Reyes Aguilera”.¹⁰ Daniela Reyes Aguilera, una niña de 12 años de edad, de nacionalidad boliviana, con dos años de residencia permanente en el país y cuatro de residencia de hecho, padecía una discapacidad que le impedía la movilidad de sus miembros, comunicarse verbalmente, y alimentarse por cuenta propia. Solicita una pensión por discapacidad que le es negada en virtud del artículo 1.e del decreto 432/1997, pues establece que para acceder a la pensión por discapacidad se requiere, en el caso de ser ciudadano extranjero, contar con una residencia legal no menor a veinte (20) años. En la demanda judicial se cuestiona la constitucionalidad del mencionado artículo. El caso puede ser resuelto alegando la falta de razonabilidad del plazo de 20 años en el caso de los extranjeros para acceder a la pensión.¹¹ Sin embargo, la situación de la niña no se da sólo por ser extranjera sin los 20 años de residencia, sino que se trata de una situación particular. Ella forma parte de un grupo históricamente desaventajado: además de ser extranjera, es una mujer, menor, discapacitada y pobre.¹²

158 De esta manera, la crítica que se le realiza a la concepción de igualdad como no discriminación es que dicho criterio de análisis omite las diferencias fácticas entre las personas o grupos que, en muchos casos, resultan de vital importancia. En especial cuando se trata de grupos que han sido históricamente excluidos del goce de ciertos derechos. Así, la igualdad es ciega -porque no toma en cuenta el contexto en el que se desenvuelve la persona-, y presupone que todos tenemos las mismas posibilidades, lo cual no se puede afirmar respecto de determinados grupos que han sido excluidos del reconocimiento o goce de ciertos derechos.

El concepto de *igualdad como no discriminación* es incompleto o insuficiente, porque no toma en cuenta la situación de estos grupos desaventajados o sojuzgados. Más aún, podemos sostener que estos grupos, en muchos casos, no son excluidos por la ley ni tampoco se excluyen voluntariamente del goce de ciertos derechos -ej. educación, salud-, sino que, en lo cotidiano, ellos no pueden gozar de sus derechos. Padecen una desigualdad fáctica. En el ejemplo mencionado sobre la educación universitaria en Argentina, es claro que no es suficiente la garantía de que

¹⁰ “Reyes Aguilera, Daniela c. Estado Nacional”, CSJN, 04/09/2007. Para un análisis de este fallo, véase Gargarella, Roberto, “Cómo no debería pensarse el derecho a la igualdad. Un análisis de las opiniones disidentes en el fallo Reyes Aguilera”, en: *Jurisprudencia Argentina*, 2007-IV-731.

¹¹ Como sucede con los votos de los jueces Petracchi y Argibay.

¹² Algunas de estas características no son particulares respecto de la situación de la menor Reyes Aguilera sino que, en Argentina, la padecen muchos de los migrantes. Se habla en estos casos de discriminación intersectorial. Al respecto, véase Góngora Mera, Manuel, “Derecho a la salud y discriminación interseccional: Una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas”, en: Clérico, Laura, Ronconi, Liliana, Aldao, Martín (coords.), *Tratado de Derecho a la Salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

exista la universidad pública y gratuita para que todos puedan acceder a este nivel educativo. Existen ciertos grupos que quedarán excluidos: por ejemplo, las mujeres -quienes históricamente no accedían a esos estudios-, aquellos y aquellas que no recibieron una educación de calidad suficiente en los años anteriores, aquellos y aquellas que carecen de recursos suficientes para hacer frente a los costos que implica “ir a la universidad” –ej. de transporte, de material de estudio, el tiempo que implica dejar de trabajar, etc.-.¹³ De esta manera, se plantea la necesidad de ampliar la concepción de igualdad y trabajar a la igualdad como *principio de no sometimiento o igualdad estructural*.¹⁴

2. La igualdad como no sometimiento o igualdad estructural

Lo característico de esta concepción de igualdad es que toma en cuenta la situación del grupo. Así, no se trata de hacer justicia a la situación individual de una persona sino que lo que se toma en cuenta es la pertenencia de esa persona a un grupo determinado que padece una situación de sometimiento o subordinación por parte de otro/s grupo/s.

De esta circunstancia toma nota la Corte de EE. UU en el caso Brown¹⁵ cuando reconoce que la separación de escuelas de niños blancos y niños de color genera en estos últimos un sentimiento de inferioridad respecto de su estatus en la sociedad de un modo que difícilmente pueda repararse. Pero la concepción de igualdad como no sometimiento va más allá, indicando que el Estado debe hacer algo respecto de esos grupos que se encuentran en situación de desventaja. No sólo no debe discriminar sino que debe eliminar aquellas barreras que impidan disfrutar de los derechos en condiciones de igualdad real.¹⁶ Esta concepción de la igualdad indica, entonces, que no sólo no debemos agravar sino que debemos mejorar el estatus del grupo.¹⁷

159

¹³ Algo similar sucede con el sistema de salud. Hay grupos que quedan fuera. Al respecto, véase Clérico, Laura, Ronconi, Liliana, Aldao, Martín (coords.), *Tratado de Derecho a la Salud*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

¹⁴ Saba, *supra* nota 6.

¹⁵ “Brown v. Board of Education of Topeka”, 347 U.S. 483 (1954). En el caso, menores de raza negra reclamaban que la admisión en las escuelas públicas de esa comunidad no se realizara bajo el criterio segregacionista. Estos alumnos habían sido rechazados en escuelas de alumnos para raza blanca, en virtud de normas que permitían esa segregación. Los demandantes alegaban que sus escuelas no eran iguales y esto violaba la igualdad ante la ley. La Corte se pregunta si la segregación de los niños fundada en la raza (pese a que quizá existan las mismas condiciones escolares) priva a los niños del grupo minoritario de la igualdad de oportunidades en materia educativa. Un análisis de este fallo, véase, Siegel, *supra* nota 8.

¹⁶ La Corte de EE.UU. en el caso Brown II (*Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 294 (1955)) reconoce que no alcanza sólo con eliminar aquellas normas o incluso prácticas para lograr que desaparezcan las escuelas segregacionistas.

¹⁷ Fiss, Owen, “Grupos y cláusula de igual protección”, en: Gargarella, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 147.

La *igualdad como no sometimiento* implica la necesidad de realizar “acciones positivas” en favor de determinados grupos, a fin de neutralizar o modificar situaciones de desigualdad. Se trata, entonces, de

...una noción de igualdad sustantiva, que demanda del Estado un rol activo para generar equilibrios sociales, la protección de ciertos grupos que padecen procesos históricos o estructurales de discriminación. Esta última noción presupone un Estado que abandone su [aparente] neutralidad y que cuente con herramientas de *diagnóstico* de la situación social para saber qué grupos o sectores *deben recibir* en un momento histórico determinado *medidas urgentes* y especiales de protección...¹⁸

La desigualdad estructural involucra comportamientos complejos y sutiles.¹⁹ Por esto, mediante las acciones positivas se procura colocar a aquellos grupos que

¹⁸ *Amicus Curiae* ante la CSJN. Caso Ley de Medios, presentado por la Universidad Nacional de Lanús, 2013. Disponible en: http://www.unla.edu.ar/documentos/centros/derechos_humanos/amicus_unla.pdf, último acceso:

¹⁹ Como hemos afirmado, existen ciertos grupos que “...no reciben el debido trato que se merecen...” (Gargarella, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 12). Estos grupos padecen una gran injusticia social que no proviene solamente de la diferencia de ingresos y de la mala distribución de recursos (injusticia socioeconómica), sino que se fundamenta en principios de identidad, esto es, de una falta o de un erróneo reconocimiento de derechos a ciertos grupos (injusticia simbólica). Véase, Fraser, Nancy, “La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación”, en: Fraser, Nancy y Honneth, Axel, *¿Redistribución o reconocimiento?*, Madrid, Ediciones Morata, 2006; y, Fraser, Nancy, *Iustitia Interrupta: Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*, Santa Fé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997. Así, las demandas de igualdad giran alrededor de reclamos vinculados con la situación de grave pobreza en la que se encuentran inmersas muchas personas como también por la falta de acceso a ciertos derechos que sí son disfrutados por otros ciudadanos. La injusticia simbólica puede darse tanto desde el plano jurídico (por ejemplo, lo que sucedía en Argentina antes de la ley de matrimonio igualitario respecto de las parejas del mismo sexo) como desde los hechos. Es decir, que en el caso el derecho existe, pero no es reconocido en la práctica (como por ejemplo puede suceder hoy en día con los hijos de parejas del mismo sexo). Para lograr la igualdad, en muchos casos se requieren acciones de redistribución de bienes económicos y sociales, pero en muchos otros esta política se torna insuficiente o es totalmente inadecuada para romper con la situación de desigualdad estructural que padecen estos grupos o individuos ya que sufren una falta de reconocimiento. En otros (muchos) casos, redistribución y reconocimiento van de la mano y deben completarse a la hora de alcanzar el mandato de igualdad real de oportunidades ya que “...las desventajas económicas impiden la participación igualitaria en la construcción de la cultura, en las esferas públicas y en la vida diaria...”. En este sentido, Fraser considera que existen ciertas diferenciaciones sociales bidimensionales como la de género, que no remite ni a una clase ni a un status determinado. Por eso, comprender y reparar la injusticia de género requiere atender tanto a la distribución como al reconocimiento (Fraser y Honneth, *Íbid.*, p. 28 y ss.).

han sido sojuzgados en situación de igualdad real de oportunidades respecto del goce efectivo de los derechos. En estos casos, se requerirán acciones reparadoras o transformadoras²⁰ a fin de erradicar esa desigualdad.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando esas acciones no se realizan o son insuficientes? Al ser los derechos sociales verdaderos derechos que pueden reclamarse judicialmente, los afectados pueden recurrir a la justicia como forma de ver satisfecho sus derechos. Pero, ¿debe ser el Poder Judicial el encargado de adoptar medidas al respecto? ¿Cuáles son los límites que tiene? Esto nos lleva al siguiente punto.

III. Los problemas de la desigualdad estructural

La concepción de igualdad como no sometimiento, al tomar en cuenta la situación del grupo, implica algunos problemas en las estructuras jurídicas que toman como base la idea de igualdad negativa de corte liberal y basada en la situación particular de un individuo.²¹

En materia de reclamos judiciales, las problemáticas con las que nos enfrentamos son varias. En primer lugar, el tipo de litigio que se presenta en un caso de desigualdad estructural podría no ser idéntico al litigio individual al que los tribunales están acostumbrados. Es por esto que debemos decir que estamos ante casos de litigio estructural o litigio de interés público, pues buscan "...la transformación estructural de instituciones del Estado en pos del respeto de derechos y valores democráticos consagrados en la Constitución...".²² Lo que se busca con este tipo de litigio es un cambio social mediante la adopción o modificación de políticas públicas. Este tipo de litigio difiere en muchos aspectos del litigio individual. Sin embargo, no nos centraremos en estas cuestiones, sino en los remedios que pueden (y, a mi entender, deben) ordenarse en tales casos.

La forma clásica de planteo y resolución de reclamos ante la justicia es la del litigio individual, a través del cual es posible resolver los problemas cuando se trabajan cuestiones relativas a la igualdad como no discriminación arbitraria. Sin embargo, dicho modelo se torna insuficiente cuando trabajamos cuestiones donde rige la aplicación del principio de igualdad como no sometimiento. En Argentina,

161

²⁰ Fraser, *supra* nota 19. Sobre estas acciones, en el ámbito educativo, véase Ronconi, Liliana, "La influencia (¿insuficiente?) del derecho internacional en el derecho a la educación: una mirada de las condiciones de gratuidad y laicidad desde el principio de igualdad", en: *Journal of Supranational Policies of Education*, Vol. II (junio, 2014), GIPES, UAM.

²¹ Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, Buenos Aires, La Ley, 4ª ed., 2008.

²² Bergallo, Paola, "Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina", en: *SELA 2005 (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política)*, Buenos Aires, Del Puerto, 2006.

si bien el control de constitucionalidad es concreto, difuso, con efectos particulares para el caso concreto, en la actualidad se han presentado demandas, y los tribunales han sido receptivos a escucharlos,²³ que requieren remedios estructurales.

Los casos que involucran litigio estructural presentan la problemática de que, quizá, quien/es demande/n no responde/n a la totalidad de los afectados o posibles futuros afectados. En este sentido, una sola persona puede presentar un caso de litigio estructural o, por el contrario, puede existir una multiplicidad de actores en el proceso que asuma la representación de todo un grupo. Sostiene Bergallo que "...a diferencia del litigio bipolar tradicional, las partes de estos reclamos son plurales y amorfas e incluyen combinaciones de particulares, defensores públicos y una variedad de organizaciones de la sociedad civil con distintos grados de representatividad del universo de los 'afectados'...".²⁴ Dada esta pluralidad de partes y afectados, los jueces tienen un rol especialmente activo en la construcción del proceso. Llegado el caso a sus estrados son ellos, y no los actores, quienes definirán lo que resultará justiciable.²⁵

En este sentido, no se trata ya de un conflicto entre dos partes donde un juez imparcial dará la respuesta otorgando la gloria a alguna de ellas y la derrota a la otra. Aquí, las partes no se encuentran en polos opuestos (o no deberían encontrarse) y el juez se convierte en un instaurador del sentido oficial de los conflictos "... que necesitará tanto de fuerzas endógenas como de las exógenas para conseguir su cometido regulador...".²⁶

162

IV. El reclamo judicial de los derechos sociales

Cuando se reclaman judicialmente derechos sociales,²⁷ pueden encontrarse en juego las distintas concepciones de la igualdad trabajadas anteriormente. En la jurisprudencia argentina abundan ejemplos al respecto, sin embargo, me detendré en

²³ Abramovich, Víctor, "La apertura del debate constitucional. Nuevas vías de participación ante la Corte Suprema", en: *Revista Pensar en Derecho*, N°3, Año 2, Eudeba/Facultad de Derecho, UBA, 2013.

²⁴ Bergallo, *supra* nota 22, p. 18. No es necesario, entonces, que exista una multiplicidad de actores, sí por el contrario de afectados, aunque estos no intervengan en el proceso. Estos, actores y afectados, comparten una "unidad de interés". Véase, Puga, Mariela, *Litigio Estructural*. Tesis Doctoral defendida en la Facultad de Derecho de la UBA, Buenos Aires, 2013.

²⁵ Chayes, Abram, "The role of the Judge in public law litigation", 89 *Harvard Law Review* 1281 (1976). Puga, *supra* nota 24

²⁶ Puga, *supra* nota 24, p. 6.

²⁷ No sólo por omisión legislativa sino por aplicación deficiente de las normas vigentes. Esto es clave para entender las situaciones de desigualdad estructural. No se trata, en general, de normas que discriminan sino del efecto que estas, su aparente neutralidad, tienen respecto de ciertos grupos.

algunos casos relativos al derecho a la educación, que permitirán, luego, argumentar sobre el rol de los jueces y juezas al momento de resolver estos casos.

Los casos que involucran problemas de derechos sociales pueden ser planteados y resueltos como casos donde lo que está en juego es un problema de desigualdad como no discriminación arbitraria. En este sentido, puede leerse por ejemplo el caso “Lifschitz”,²⁸ donde la madre de un menor discapacitado (con una discapacidad grave) solicita que se condene al Estado Nacional a fin de que garantice educación gratuita y transporte especial para que su hijo menor pueda asistir a un establecimiento educativo adecuado a su situación. En el caso, claramente, se trata de una situación de discriminación por la discapacidad que padece el menor (siendo que por esto quedaba fuera del sistema educativo) o incluso por la situación socioeconómica de su familia (pues, en caso de que los padres contaran con recursos económicos podrían hacer frente a los mayores gastos que la situación del menor les originaba). En estos casos, la actividad del juez/ la jueza se limita a realizar un juicio de proporcionalidad respecto de la distinción establecida en la norma o acto cuestionado.²⁹ Los argumentos a favor y/o en contra de la distinción serán el eje de la discusión en el caso. La resolución del caso no va más allá de la declaración de inconstitucionalidad de la norma o acto y, en caso de corresponder, de ordenar una medida concreta.

Asimismo, los casos que involucran derechos sociales pueden ser planteados y resueltos como casos en donde lo que está en juego es un problema de desigualdad como no sometimiento, esto es, como un caso estructural. Al respecto puede leerse el caso “Vacantes para nivel inicial”,³⁰ en el que una Organización no Gubernamental, la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (en adelante, ACIJ), reclamaba que se ordene al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, CABA) cesar en su omisión de asegurar y garantizar el acceso a la educación inicial de los niños y niñas de 45 (cuarenta y cinco) días a 5 (cinco) años.³¹ Regularmente, desde el año 2002, miles de niños y niñas quedaban excluidos del sistema educativo inicial por falta de vacantes. Esta situación se agudizó en la zona sur de la CABA que, casualmente, es la zona donde habita la población de menor nivel adquisitivo. En este caso se trataba, claramente, de un problema de igualdad. Quienes efectivamente se ven

163

²⁸ “Lifschitz, Graciela B. y otros c. Estado Nacional”, CSJN, 15/06/2004.

²⁹ Respecto de la aplicación del principio de proporcionalidad a los derechos de prestación, véase, Clérico, Ma. Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, EUDEBA, 2009, cap. 4.

³⁰ “ACIJ c/ GCABA s/ amparo”, Juzgado Nro. 3 del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario (en adelante, CAYT) de la CABA, y luego confirmado por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, el 19 de marzo de 2008. Finalmente, el caso llegó al Superior Tribunal de Justicia de la CABA, donde las partes arribaron a un acuerdo sobre cómo avanzar en la creación de nuevas vacantes. El acuerdo ha sido sistemáticamente incumplido por la demandada.

³¹ Garantizado por el art. 24 de la Constitución de la CABA.

más perjudicados con la falta de vacantes son los niños provenientes de familias de bajos recursos, ya que quien posee medios económicos puede asistir a una institución privada. Ahora bien, a diferencia del supuesto anterior, aquí la actividad de los jueces y juezas no se limita a evaluar argumentos sino que además deben plantearse remedios para la situación denunciada. Volveremos sobre el caso más adelante.

Por último, pueden ser planteados como casos donde existe un problema de desigualdad como no discriminación y ser resueltos (o deberían ser resueltos) como casos donde existe un problema de desigualdad estructural. Me interesa detenerme en la resolución de tales casos, sin perjuicio que ello implique referencia a los otros tipos de planteos.

Este último supuesto está conformado, entonces, por casos donde lo que se reclama es un problema de desigualdad como no discriminación (puntual) pero el caso es resuelto -o debería serlo, para hacer efectivo el mandato de igualdad real de oportunidades- como un caso de desigualdad como no sometimiento. En materia de educación, por ejemplo, pueden estudiarse en este sentido los casos donde se reclama una vacante para ingresar a un establecimiento educativo público. Particularmente, dicha situación se ha presentado con asiduidad en el ámbito de la CABA, donde todos los años los padres/madres de los menores deben transitar un largo camino de reclamos para obtener una vacante para su hijo. Nuevamente, esta situación se agudiza en la zona sur de la Ciudad que, casualmente, es la zona donde vive la población de menor nivel adquisitivo. Estos casos, implican que el responsable del/ la menor se presente ante la justicia mediante un recurso de amparo y reclame la vacante para su hijo. El caso se resuelve condenando al Estado local (CABA) a otorgar la vacante bajo ciertas condiciones (ejemplo, ubicación del establecimiento). Algo similar sucede respecto de los menores con algún tipo de discapacidad motriz cuando los establecimientos educativos no se encuentran aptos para el ingreso de los mismos -por ejemplo, cuando existen escaleras o algún tipo de escalón para el ingreso y no hay rampas, cuando los baños no están adaptados, etc.-. En estos casos, se sigue la misma lógica: el representante del/ la menor, se presenta ante la justicia y reclama la adaptabilidad del establecimiento donde concurre su niño. En la sentencia, el juez o jueza resuelve tal pedido ordenando al Gobierno de la CABA que proceda a adaptar el edificio, bajo ciertas condiciones, por ejemplo.

El punto es entonces que no se trata de situaciones individuales sino de problemas estructurales. No hay un solo niño que se queda sin vacante, sino que la situación es más compleja. Son cientos de niños los que se encuentran con dificultades a la hora de poder ingresar al nivel educativo básico. Esto tiene como origen la total falta de inversión en el sistema público de educación, sumado a un aumento de la población en condiciones de asistir a la escuela, falta de información sobre la ubicación de esa población, etc. Algo similar sucede con las condiciones de adaptabilidad de los establecimientos educativos. No se trata de un caso puntual ni de un caso grave, sino

de un caso tan sencillo como un menor en sillas de ruedas que se encuentra con miles de obstáculos para poder ver garantizado su derecho a la educación (desde las rampas en las veredas, el transporte público no adaptado, las escuelas sin accesibilidad, etc.).

Ahora bien, la pregunta que sigue, entonces, es si es suficiente esta interpretación/resolución de los casos que se da habitualmente. ¿Existe un problema de desigualdad como no discriminación o como no sometimiento? ¿Puede el caso interpretarse como un caso de desigualdad estructural? Esto implicaría trabajar un caso individual (bipolar) como un caso estructural,³² entonces ¿cuál es el remedio adecuado?

Claramente, cuando uno analiza estas sentencias surge de los argumentos que los jueces y juezas identifican que no se trata de un problema puntual, sino que es una situación estructural. Sin embargo, al determinar los remedios para poner fin a tal situación el caso vuelve a ser un caso individual y la respuesta es bien concreta, dando solución sólo al demandante (otorgando la vacante, ordenando la adaptabilidad de determinado establecimiento educativo, etc.). No obstante, esta respuesta no permite afrontar el problema de desigualdad estructural que el caso pone de manifiesto.

Considero que ante estos casos los jueces y juezas deben poder reconvertirlos en casos estructurales. Al tratarse de grupos especialmente desaventajados, los tribunales tienen que mostrarse especialmente atentos a esos reclamos.³³ El remedio apropiado para estas situaciones estructurales de desigualdad no puede ser el clásico litigio bipolar sino el litigio estructural,³⁴ porque las violaciones son atribuibles a factores estructurales³⁵ y, por lo tanto, los remedios deben ser estructurales. Esto tendría varias ventajas como la erradicación de sentencias contradictorias entre los distintos jueces y juezas, economía procesal, etc.; pero, en forma principal, permitiría poner en el centro de la escena (dar respuesta) a aquellos que también tienen el problema pero que por desconocimiento, falta de recursos, etc. no pueden llegar a la justicia.³⁶

165

³² Una buena distinción entre casos bipolares y estructurales, véase, Puga, *supra* nota 24

³³ Fiss, *supra* nota 17, p 154. Incluso esta es la forma en que resuelve los casos que llegan a sus estrados la Corte IDH. En este sentido, por ej., los fallos dictados en "González y otras ("Campo Algodonero") vs. México", Sentencia de 16 de noviembre de 2009; "Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana", Sentencia de 8 de septiembre de 2005; "Atala Riffo y niñas vs. Chile", Sentencia de 24 de febrero de 2012, entre otros. Asimismo, es la postura que están adoptando algunos tribunales de la región. Véase, Clérico, Ma. Laura, Ronconi, Liliana y Aldao, Martín, "Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento", en: *Direito GV Law Review* (17), 2013.

³⁴ Chayes, *supra* nota 25

³⁵ Fiss, Owen, *The Dictates of Justice. Essays on Law and Human Rights*, Dordrecht, Republic of Letters, 2011, cap. 5.

³⁶ Galanter, Marc, "Por qué los poseedores salen adelante: especulaciones sobre los límites del cambio jurídico", en: García Villegas, Mauricio (ed.), *Sociología Jurídica: Teoría y sociología del derecho en los Estados Unidos*, Bogotá, Ed. Unibiblos, 2001; Boaventura de Sousa, Santos, *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta, 2009.

Se trata de analizar la realidad y otorgarle a las decisiones judiciales un rol constructivo que no atienda sólo al caso concreto, sino a la situación más general denunciada o que está en juego en el caso planteado. En este sentido, si los casos siguen tratándose como casos puntuales la solución será también puntual y será muy difícil³⁷ romper con esa estructura que causa la situación de discriminación mediante la acción judicial. Por el contrario, la instancia judicial podría convertirse en una herramienta directa, que no sólo detecta el problema sino que además busca una posible solución al mismo, si los casos fueran analizados como casos donde el problema es un problema de desigualdad estructural que afecta a una pluralidad (quizá indeterminable) de sujetos y cuya solución depende de una pluralidad (quizá indeterminable) de sujetos, organizaciones, poderes políticos, etc. Implica, por lo tanto, una comprensión más sofisticada de la naturaleza misma de los derechos, de su afectación y de su posible reparación.³⁸

V. ¿Cuáles son las posibles respuestas ante casos de derechos sociales que involucran un problema de desigualdad estructural?

Las opciones de un Tribunal son de lo más variadas; sin embargo, no todas ellas dan una respuesta acorde al problema estructural de fondo.

166 Una primera opción para los tribunales de justicia es reconocer el problema planteado, pero afirmar que se trata de un problema de políticas públicas donde el poder judicial no puede inmiscuirse por cuestiones de las funciones propias de cada órgano. Esto es casi lo mismo que afirmar que los derechos sociales no son justiciables sino meros mandatos dirigidos al poder legislativo y administrativo. De esta manera, esta opción quedaría (o debería quedar) descartada. Lo mismo sucede con la alternativa de solucionar casos que involucran desigualdad estructural resueltos mediante remedios puntuales, como los de vacantes y/o acceso para personas con discapacidad que mencionamos anteriormente. Esta postura implica mirar los casos con una especie de “anteojera”, como si sólo el/la reclamante es el /la que padece el goce insuficiente del derecho. Los DESC son derechos que deben poder ser disfrutados por todos. Así, llegado un caso a los tribunales, los jueces y juezas deberían resolver mirando la situación estructural que el caso involucra.

Otra opción que tienen los tribunales de justicia, ante tales casos, es condenar al Estado (local o nacional, según corresponda) a cesar con el problema y hacer efectivo el derecho. Esto es, por ejemplo, lo que sucedió en Argentina en el fallo “Viceconte”.³⁹

³⁷ Aunque no imposible, si tomamos en cuenta que las sentencias no solo tienen efectos directos (la orden concreta que se debe cumplir, el acto que se debe omitir, etc.) sino también efectos indirectos. Rodríguez Garavito, Cesar y Rodríguez Franco, Diana, *Cortes y cambio social – Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Ed. Antropos, 2010.

³⁸ Fiss, *supra* nota 35.

³⁹ Viceconte, Mariela c. Estado Nacional (Ministerio de Salud y Ministerio de Economía de la

En este caso se reclamaba, mediante una acción de amparo colectivo, que se obligue al Estado argentino a fabricar la vacuna Candid 1 contra la Fiebre Hemorrágica Argentina. El problema es que se trataba de una vacuna denominada huérfana pues su producción no resultaba rentable para los laboratorios pues las personas en riesgo de contraer la enfermedad sumaban en el país, aproximadamente, 3.500.000.⁴⁰ La Cámara de Apelaciones consideró que las omisiones del Estado en la implementación del proceso de producción de la vacuna constituían una violación del derecho a la salud. En consecuencia, estableció la obligación del Estado de fabricar la vacuna y le ordenó cumplir estrictamente y sin demoras con el cronograma que el propio Ministerio de Salud había elaborado al efecto. De esta manera, ante una violación determinada, el tribunal responde con un remedio determinado. Ante estos supuestos se corre un riesgo, y es el de la imposibilidad de cumplir por parte del Estado demandado, pues la orden detallada y concreta impide todo margen de maniobrabilidad a la demandada, que es en definitiva quien debe dar respuesta al problema.⁴¹

Una tercera opción es aplicar sanciones (pecuniarias o penales) a determinados funcionarios públicos, por ejemplo el Ministro de Educación, el Ministro de Salud, el Jefe de Gobierno, etc. Esta opción, más allá de que no da respuesta al caso concreto, tampoco toma en cuenta la situación de desigualdad estructural que se encuentra en el planteo del problema.⁴² No depende de una sola persona brindar solución sino que se trata de respuestas complejas, como veremos a continuación.

167

Otra alternativa posible, aunque no exenta de problemas,⁴³ es trabajar los casos planteados anteriormente como litigios estructurales donde se reconoce un problema de desigualdad estructural. Esto tiene como ventaja concentrar los esfuerzos a fin de lograr una respuesta adecuada al problema planteado. Se busca una respuesta que no provenga de un juez, donde una de las partes triunfa respecto de la otra, sino que permita una solución lo más efectiva posible al problema planteado. Se habla en este sentido de “litigio experimental” o “remedios experimentales” cuyo principal

Nación) s/ Acción de Amparo, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso- Administrativo Federal, sentencia del 2 de junio de 1998.

⁴⁰ La efectividad de esta vacuna estaba en el orden del 95% y había sido avalada por la Organización Mundial de la Salud (OMS).

⁴¹ El fallo bajo comentario no fue cumplido por la demandada en el tiempo estipulado. Al respecto, véase, CELS, “Amparo colectivo por derecho a la salud - Caso Viceconte”, disponible en: <http://www.unc.edu.ar/extension-unc/vinculacion/instituciones-sociales-y-salud/salud-derechos-humanos-y-genero-en-la-ensenanza-de-grado/amparo-colectivo-viceconde-cels.pdf>, último acceso:

⁴² Al respecto, Fiss, *supra* nota 35

⁴³ “El activismo desemboca a menudo en la participación del juez (...) en la construcción de políticas públicas. Y ello conduce a la tan delicada cuestión del deslinde entre las atribuciones judiciales y el ámbito reservado a los demás poderes...”. Berizonce, Roberto, “Activismo judicial y participación en la Construcción de las Políticas Públicas”, en: *Civil Procedure Review*, 1(3), sep./dic. de 2010, p. 55. Sobre la dificultad contramayoritaria, véase, Gargarella, Roberto, *La Justicia frente al Gobierno*, Barceloma, Ed. Ariel, 1996, cap. 2.

exponente es el método del diálogo impulsado por el tribunal donde intervienen una pluralidad de sujetos con experticia y conocimientos sobre la temática en cuestión, pues los casos implican medidas complejas para su resolución, donde intervienen diferentes actores (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Defensor del Pueblo, organizaciones de la sociedad civil, etc.).⁴⁴

En este sentido, son interesantes casos como los resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) como “Mendoza”⁴⁵ o “Verbistky”⁴⁶ donde diferentes organismos -ONGs, administración central, administración descentralizada y otros organismos técnicos- contribuyeron a dar una solución más adecuada que aquella que se da en un caso puntual. Así,

...desde la perspectiva remedial, la nueva modalidad de litigio no supone la compensación de daños pasados y acotables a las partes, sino la transformación hacia el futuro de prácticas institucionales a través del diseño ad hoc de soluciones cuyas consecuencias excederán, en la mayoría de las situaciones, el impacto en las partes presentes ante el juez...⁴⁷

⁴⁴ En este sentido, no me refiero exclusivamente sólo a expertos o peritos sino dar voz a aquellos que viven o conviven a diario con el problema (ejemplo, docentes, organizaciones de base, etc.).

⁴⁵ “Mendoza Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza- Riachuelo)”, CSJN, 8/07/2008. En el caso, un grupo de vecinos de la Cuenca Hídrica Matanza Riachuelo presentaron una demanda judicial por daños y perjuicios sufridos a raíz de la contaminación del río Matanza-Riachuelo solicitando, asimismo, su saneamiento y recomposición. La demanda estaba dirigida contra el Estado Nacional, la CABA, la Provincia de Buenos Aires y las empresas que trabajan en la zona. La Corte, luego de celebrar varias audiencias, requiriendo informes y documentación adicional a las partes, estableció un programa de intervención que obliga a la Autoridad de la Cuenca Matanza-Riachuelo (ACUMAR, entidad interjurisdiccional que incluye autoridades del Poder Ejecutivo Nacional, de la provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) a seguir un cronograma de actuación de medidas que tienden a buscar el saneamiento y recomposición de la cuenca: Plan Integral de Saneamiento Ambiental de la Cuenca Matanza Riachuelo. La ACUMAR debe presentar informes periódicos al juzgado de ejecución designado. Al respecto, véase, Fairstein, Carolina y Morales, Diego, “En busca de soluciones judiciales para mejorar la calidad de vida de los habitantes de la cuenca Matanza-Riachuelo”, en: *Informe Anual del CELS*, Buenos Aires, 2009, cap. VIII, disponible en: , último acceso:.

⁴⁶ Caso “Verbistky, H. s/ hábeas corpus”, CSJN, 3/05/05. El Centro de Estudios Legales y Sociales –CELS- interpuso un habeas corpus en representación de todas las personas detenidas en prisiones y comisarías de la Provincia de Buenos Aires. Denunció que los detenidos, incluidos mujeres y menores, padecían condiciones de superpoblación y hacinamiento en condiciones deplorables de conservación e higiene. Luego de reconocer los derechos vulnerados y las autoridades obligadas, la Corte recomendó que se conformara una mesa de diálogo en la que intervinieran las autoridades provinciales y las organizaciones de la sociedad civil y retuvo el poder de controlar la adopción de las medidas ordenadas en el fallo. Al respecto, véase, Courtis, Christian, “El caso “Verbistky”: ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?”, en: *Colapso del sistema carcelario*, Buenos Aires, CELS-Siglo XXI Editores, 2005.

⁴⁷ Bergallo, Paola, *supra* nota 22, p. 18.

Se busca, de esta manera, modificar prácticas institucionales y/o burocráticas que exceden el caso puntual. Por eso se habla de función remedial, pues se busca un remedio que elimine la causa de la afectación estructural.

Así, se trata de buscar "...soluciones experimentales que combinan formas más flexibles y provisionales de regulación en las que las partes tienen mayor discreción y colaboran en un proceso de aprendizaje y reconstrucción...".⁴⁸ Para lograr esta negociación o acuerdo entre las "partes" no se requiere de tecnicismos ni de formalidades, sino simplemente que las partes se sienten a negociar, presenten información, etc., con el único objetivo de dar una rápida y adecuada respuesta al problema que se debate.

La búsqueda de un remedio "consensuado" entre los distintos afectados y/o partes interesadas dependerá, por un lado, del derecho afectado y del grado de afectación. En caso de tratarse de derechos fundamentales -ej. el acceso a la educación- y que la afectación sea fuerte,⁴⁹ el margen de negociación que tiene la Administración demandada es muy poco, deberá cumplir y en un plazo acotado. Asimismo, aquella dependerá de la posición que las "partes" asuman en el litigio. Por ejemplo, sucede cuando las partes (o una de ellas) siguen insistiendo en que se trata de un litigio clásico y siguen oponiendo defensas para no ser condenadas antes de aceptar la situación y tratar de negociar la salida adecuada.

Ambas circunstancias se ven, por ejemplo, en el caso "Vacantes para nivel inicial". La situación de falta de vacantes denunciada por la ONG fue probada en el expediente judicial. Como medida reparatoria se proponía otorgar a lxs miles de niñxs que quedaban sin vacantes transporte escolar gratuito para trasladarlos (reubicarlos) a las escuelas de otras zonas donde "sobraban" vacantes. Al analizar el caso se detectó que: 1) no se trataba de un caso puntual sino que, por el contrario, se trataba de una situación estructural que afectaba a los sectores más carenciados de la población de la zona sur de la CABA; 2) que el remedio propuesto no era un remedio adecuado por insuficiente (en otras zonas de la Ciudad no existían vacantes tales que permitieran dar respuesta a los miles de niños y niñas sin vacantes) e improbable (parece obvio lo inadecuado de trasladar a niños y niñas desde 45 días en micros a otras zonas de la Ciudad); 3) que, ante la comprobada situación, debía encontrarse

169

⁴⁸ *Ibid.*, p. 20, con cita de Sabel & Simon, "Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds", en: 117 *Harvard Law Review* 1015.

⁴⁹ Considero que esta orden determinada de un tribunal de justicia se encuentra justificada pues se encuentra afectado el núcleo esencial de un derecho social. En el caso, no existía mucho margen de negociación. Los chicos se quedaban sin escuelas (o asistían a escuelas inadecuadas). Esto produce un efecto perjudicial importantísimo (Alexy, Robert, *supra* nota 24; Clérico, Ma. Laura, *supra* nota 29). La asistencia desde temprana edad a un establecimiento educativo es esencial en la vida de unx niñx. Por lo tanto, considero que no se podía seguir esperando, el margen de negociación era bastante acotado. Respecto del derecho a la salud véase, Ronconi, Liliana, *supra* nota 2.

una respuesta adecuada. Así, se diagramó un remedio y se ordenaron diferentes medidas tendientes a paliar la situación de escasez de vacantes.⁵⁰ La medida no es genérica (asegurar vacantes) ni tan concreta (hacerlo de tal o cual manera) sino que trata de buscar un punto intermedio a fin de que la parte demandada pueda diseñar la manera de hacer efectivo el derecho en juego. Por esto, "...la respuesta judicial debe ser flexible, conciliando el margen de apreciación que pueden tener los órganos de la administración con el deber de los jueces de asegurar la efectividad de la Constitución...".⁵¹

De esta manera, este tipo de litigio implica reformas no sólo en cuanto a los remedios (función remedial) sino, también, en cuanto al procedimiento mismo. La multiplicidad de formas que las intervenciones de los jueces/ las juezas pueden adoptar, constituyen una de las características específicas de esta nueva modalidad en el control judicial del accionar del Estado.⁵² Así, el juez/ la jueza no desaparece de la escena sino que, ante el incumplimiento o cumplimiento parcial de la orden, debe afinar su rol de contralor y poner en debate las medidas adoptadas, denunciar la situación ante un funcionario superior o a la legislatura a fin de que se tomen las medidas necesarias, facultar a otros organismos -Defensor del Pueblo, ONGs, entre otros- a recabar información, realizar propuestas para lograr la reforma requerida, etc. La etapa de ejecución de la sentencia es continua, precisa ir redefiniéndose en

170

⁵⁰ Entre ellas, el juez ordenó, "a) Presentar el detalle de las obras en ejecución (tanto del Ministerio de Educación como del Ministerio de Derechos Humanos y Sociales), discriminadas por Distrito Escolar, debiendo precisar: dirección, nombre del establecimiento, cantidad de aulas previstas, cantidad de niñas y niños que podrá albergar cada establecimiento, estado de la obra y fecha de finalización. b) Presentar los proyectos de obras nuevas necesarias para satisfacer la demanda educativa correspondiente a niños y niñas de entre 45 (cuarenta y cinco) días y 5 (cinco) años, discriminados por Distrito Escolar. Deberán asimismo indicarse los plazos de ejecución de las obras, el cual no deberá exceder del ciclo lectivo 2010. c) Presentar en el tribunal antes de que finalice el presente ciclo lectivo (2007) un proyecto que especifique claramente las medidas que adoptará para asegurar que a partir de 2008 los niños de entre 45 (cuarenta y cinco) días y 5 (cinco) años puedan acceder a establecimientos de nivel inicial. Con ese fin deberá efectuar un seguimiento de la situación de los niños que -según los listados ya acompañados en autos- se encontraron en lista de espera durante el presente año, sin haber podido hallar un establecimiento educativo, debiendo informar la solución que adoptará en cada uno de esos casos. Ello, sin perjuicio de los nuevos inscriptos, a fin de asegurar la atención escolar de los niños de esas franjas etarias".

⁵¹ Treacy, Guillermo, "El litigio de derecho público y la función judicial: observaciones acerca del control judicial de las políticas públicas", en: Acuña, Edgardo y otros, *Estudios de Derecho Público*, Buenos Aires, Asociación de Docentes- Fac. de Derecho y Cs. Sociales, UBA, 2013, p. 634. Ese margen de apreciación no implica que el juez/ la jueza o un órgano designado al efecto no controle la ejecución de la sentencia, pues de lo contrario volveremos a la situación planteada en Viceconte. Entonces, puede dejarse bajo el margen de apreciación del organismo público pero con estricto control y rendición de cuentas al órgano de ejecución.

⁵² Bergallo, *supra* nota 22.

cada avance que se logre (o en cada retroceso), hasta que se alcance el objetivo.⁵³

Sin embargo, el juez/ la jueza no debería diseñar por sí mismo la política pública sino que debería definir marcos dentro de los cuales ella debe llevarse a cabo, estos marcos están justificados por la existencia de derechos constitucionales lesionados.

VI. Conclusiones

A lo largo de este trabajo he esbozado una posible vinculación entre derechos sociales y concepciones de la igualdad. Estos derechos pueden hacerse efectivos desde una concepción de la igualdad individual o una estructural. En este sentido, he destacado las ventajas de trabajar aquellos reclamos judiciales de derechos sociales en donde el grupo afectado por la acción u omisión estatal se encuentre en situación de vulnerabilidad, desde una concepción de la igualdad estructural (como no sometimiento). Esto implica ampliar la mirada y trabajar los casos como casos de litigio estructural. De lo contrario, seguir identificando problemas de desigualdad estructural y resolverlos como casos puntuales implica una cercanía bastante peligrosa a la posición que niega el carácter operativo de los derechos sociales, por lo menos en lo que respecta a los grupos más afectados por situaciones de desigualdad fáctica.

Por supuesto, esta postura no está exenta de problemas, más aún cuando los operadores jurídicos (jueces/zas, abogados/as, etc.) están formados conforme el litigio individual donde se brindan respuestas puntuales. Entonces, aun cuando el reconocimiento de los derechos sociales es amplio y la igualdad es un mandato a proteger, queda pendiente postular una nueva mirada que permita ver los casos donde están en juego los derechos sociales como casos estructurales. Esta mirada es en sí misma más igualitaria, pues este tipo de litigio y la respuesta que se puede obtener permiten dar mayor visibilidad a los grupos menos escuchados y con grandes dificultades para acceder a la justicia. Así, el proceso judicial puede convertirse en una herramienta adecuada para hacer efectivos los derechos.

⁵³ Fiss, *supra* nota 17.

VII. Bibliografía

1. General

Abramovich, Víctor, “La apertura del debate constitucional. Nuevas vías de participación ante la Corte Suprema”, en: *Revista Pensar en Derecho*, N°3, Año 2, Eudeba/Facultad de Derecho, UBA, 2013.

Abramovich, Víctor y Courtis, Chirstian, “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, en: Gargarella, Roberto (comp.), *Teoría y Crítica del Derechos Constitucional*, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Bernal Pulido, Carlos, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2a ed., 2007.

Amicus Curiae ante la CSJN. Caso Ley de Medios, presentado por la Universidad Nacional de Lanús, 2013, disponible en: http://www.unla.edu.ar/documentos/centros/derechos_humanos/amicus_unla.pdf

Arango, Rodolfo, “La prohibición de retroceso en Colombia”, en Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008.

Atria, Fernando, “¿Existen derechos sociales?”, en: *Discusiones*, Núm. 4, Año 2004 (7).

Bergallo, Paola, “Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina”, en: *SELA 2005 (Seminaro en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política)*, Buenos Aires, Del Puerto, 2006.

Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3a ed., 2007.

Berizonce, Roberto, “Activismo judicial y participacion en la Construcción de las Políticas Públicas”, en: *Civil Procedure Review*, 1(3), sep./ dic. de 2010.

Bianchi, Enrique y Gullco, Hernán, "La cláusula de igualdad: hacia un escrutinio más exigente", en: *Jurisprudencia Argentina* 2001, I, 1241.

Boaventura de Sousa, Santos, *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta, 2009.

Chayes, Abram, "The role of the Judge in public law litigation", en: 89 *Harvard Law Review* 1281 (1976).

Clérico, Ma. Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, EUDEBA, 2009.

Clérico, Laura y Aldao, Martín, "Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento", en: *Revista Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, Facultad de Derecho/Universidad de Talca, julio 2011.

Clérico, Ma. Laura, Ronconi, Liliana y Aldao, Martín, *Tratado de Derecho a la Salud* (coord.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

CELS, "Amparo colectivo por derecho a la salud - Caso Viceconte", disponible en <http://www.unc.edu.ar/extension-unc/vinculacion/instituciones-sociales-y-salud/salud-derechos-humanos-y-genero-en-la-ensenanza-de-grado/amparo-colectivo-viceconde-cels.pdf>, último acceso:

Courtis, Christian, "El caso "Verbitsky": ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?", en: *Colapso del sistema carcelario*, Buenos Aires, CELS-Siglo XXI Editores, 2005.

173

Fairstein, Carolina y Morales, Diego, "En busca de soluciones judiciales para mejorar la calidad de vida de los habitantes de la cuenca Matanza-Riachuelo", en: *Informe Anual del CELS*, Buenos Aires, 2009, disponible en: último acceso:

Fiss, Owen, "Grupos y cláusula de igual protección", en: Gargarella, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999.

Fiss, Owen, *The Dictates of Justice. Essays on Law and Human Rights*, Dordrecht, Republic of Letters, 2011.

Fraser, Nancy, "La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación", en: Fraser Nancy y Honneth, Axel, *¿Redistribución o reconocimiento?*, Madrid, Ediciones Morata, 2006.

Fraser, Nancy, *Iustitia Interrupta: Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997.

Galanter, Marc, "Por qué los poseedores salen adelante: especulaciones sobre los

límites del cambio jurídico", en: García Villegas, Mauricio (ed.), *Sociología Jurídica: Teoría y sociología del derecho en los Estados Unidos*, Bogotá, Ed. Unibiblos, 2001.

Garay, Alberto, "Derechos civiles de los extranjeros y presunción de inconstitucionalidad de las normas", en: *La Ley*, (1989-B).

Gargarella, Roberto (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999. Gargarella, Roberto, "Derecho y disociación. Un comentario a "¿Existen derechos sociales?" de Fernando Atria", en: *Discusiones* Núm. 4, Año 2004 (7).

Gargarella, Roberto, "Cómo no debería pensarse el derecho a la igualdad. Un análisis de las opiniones disidentes en el fallo Reyes Aguilera", en: *Jurisprudencia Argentina* 2007-IV-731.

Gargarella, Roberto, *La Justicia frente al Gobierno*, Barcelona, Ariel, 1996.

Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, Buenos Aires, La Ley, 4ª ed., 2008.

174 Góngora Mera, Manuel, "Derecho a la salud y discriminación interseccional: Una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas", en: Clérico, Laura, Ronconi, Liliana y Aldao, Martín (coords.), *Tratado de Derecho a la Salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Puga, Mariela, *Litigio Estructural*, Tesis Doctoral defendida en la Facultad de Derecho de la UBA, Buenos Aires, 2013.

Rodríguez Garavito, Cesar y Rodríguez Franco, Diana, *Cortes y cambio social – Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Ed. Antropos, 2010.

Ronconi, Liliana, "Derecho a la salud: un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos", en: *Revista Salud Colectiva*, vol. 8, N° 2, Lanús, mayo/agosto, 2012.

Ronconi, Liliana, "La influencia (¿insuficiente?) del derecho internacional en el derecho a la educación: una mirada de las condiciones de gratuidad y laicidad desde el principio de igualdad", en: *Journal of Supranational Policies of Education*, Vol. II (junio, 2014), GIPES, UAM.

Saba, Roberto, "(Des)Igualdad Estructural", en: Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalis-*

mo igualitario, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2ª ed. ampliada, 2012.

Siegel, Reva, “Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles Over Brown”, en: *Harvard Law Review* (117), 2004.

Treacy, Guillermo, “La utilización de categorías sospechosas como técnica para controlar la discriminación hacia los extranjeros”, en: *Jurisprudencia Argentina*, IV, 2006.

Treacy, Guillermo, “El litigio de derecho público y la función judicial: observaciones acerca del control judicial de las políticas públicas”, en: Acuña, Edgardo y otros, *Estudios de Derecho Público*, Buenos Aires, Asociación de Docentes-Fac. de Derecho y Cs. Sociales, UBA, 2013.

2. Sentencias Judiciales

“ACIJ c/ GCABA s/ amparo”, Juzgado Nro. 3 del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario (en adelante, CAYT) de la CABA y luego confirmado por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA el 19 de marzo de 2008.

“Brown v. Board of Education”, 347 U.S. 483 (1954) y Brown v. Board of Education of Topeka, 349 U.S. 294 (1955).

Corte IDH, “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009

Corte IDH, “Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana”, Sentencia de 8 de septiembre de 2005.

Corte IDH “Atala Riffó y niñas vs. Chile”, Sentencia de 24 de febrero de 2012.

“Mendoza Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza- Riachuelo)”, CSJN, 8/07/2008.

“Lifschitz, Graciela B. y otros c. Estado Nacional”, CSJN, 15/06/2004.

“Reyes Aguilera, Daniela c. Estado Nacional”, CSJN, 04/09/2007.

“Verbitsky, H. s/ hábeas corpus”, CSJN, 3/05/05.

“Viceconte, Mariela c. Estado Nacional (Ministerio de Salud y Ministerio de Eco-

nomía de la Nación) s/ Acción de Amparo”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso- Administrativo Federal, sentencia del 2 de junio de 1998.