

Del derecho de información a la democracia participativa en las tendencias actuales de judicialización

María Lourdes Avellaneda Herrera

Universidad Nacional de Salta. Facultad de Humanidades
Avenida Bolivia 5150 (4400) Salta
lourdesavel@gmail.com

RESUMEN

Este artículo explora las relaciones entre el reconocimiento de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y la efectiva garantía de los mismos, mediante el análisis y la reflexión crítica sobre avances en materia de regulación jurídica y pronunciamientos jurisprudenciales acordes. En virtud de este análisis se procura visibilizar la dialéctica relación entre la progresiva ampliación de derechos y la contextualización regional y local del ejercicio, sugiriendo consideraciones sobre la necesaria participación ciudadana en la definición de las problemáticas asociadas y la consecuente construcción colectiva de soluciones.

Palabras claves

Participación, garantía, derechos económicos, sociales, culturales y ambientales

ABSTRACT

This article explores the relationship between the recognition of economic, social, cultural and environmental rights and the effective guarantee of them, through analysis and critical reflection on current advances in legal regulation and jurisprudential pronouncement. This analysis intend to make visible the dialectical relationship between the progressive extension of rights and regional and local contextualization of the exercise, suggesting some considerations about the need of citizen participation in the definition of the associated problematic issues and the consequent collective construction of solutions.

Key words

Participation, warranty, economic, social, cultural and environmental rights



Introducción

El presente artículo, se inscribe en el diálogo abierto por las emergentes líneas de abordajes que enfocan su interés en el análisis de la configuración de las condiciones generales de vida en y de los asentamientos urbanos, al mismo tiempo que presentan análisis específicos y situados en el seguimiento de experiencias particulares de tensión y conflicto social en contextos de periferia y vulnerabilidad –resueltos o en proceso de resolución– en el Estado Argentino. El disparador de este trabajo es la percepción acerca de ciertos pronunciamientos judiciales particularmente referidos a derechos ambientales, que cobran visibilidad y repercusión en los medios masivos de comunicación y la opinión pública, así como de otras instancias de legitimación discursiva del orden establecido. Tras el recorrido, sostendremos que la garantía efectiva de los derechos no nace en ningún vértice específico de los analizados, siendo por el contrario en la actualidad producto de una articulación que opera a modo de construcción social.

Metodología

En principio, me propongo dilucidar el estado temporal histórico en el cual nos encontramos respecto a los avances en materia de regulación jurídica, incorporando en la reseña los aportes a la conceptualización de derechos fundamentales y la relación entre la fundamentalidad y la positividad de los mismos. Procuraré contextualizarnos en el marco comparativo latinoamericano, desde el cual habré de sugerir algunas de las propuestas debatidas contemporáneamente.

En un segundo momento, intentaré abordar la problemática de la ausencia o presencia rudimentaria de una técnica garantista en el supuesto de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, así como el margen posible de discrecionalidades en la administración pública, el poder judicial y los órganos legislativos. Ejemplificaré lo anterior mediante la mención y breve análisis de tres fallos jurisprudenciales referidos a disposiciones sobre agua y saneamiento que interpretaré a la luz del enfoque de Derechos Humanos. Dichos pronunciamientos han sido seleccionados por referirse a poderes ejecutivos de diferente fracción ideológico-política, con la intención de visibilizar los diálogos y relaciones entre estos, dentro de los márgenes de la división tripartita y los peligros del abuso, la inconstitucionalidad y el paradigma actual del estado constitucional de derecho. Finalmente, intentaré esbozar algunas consideraciones sobre la real y efectiva tutela y garantía a partir de la reflexión sobre la articulación de teoría y acciones suscitadas.

Planteo:

¿hasta dónde llegamos con el constitucionalismo?¹

Primera aproximación

Paradójicamente, la complejidad de las sociedades actuales podría significarnos una perspectiva cómoda desde la cual situarnos espacio temporalmente a la hora de reflexionar sobre nuestra realidad, si concebimos el constitucionalismo como una ventaja respecto a la regulación jurídica de otras épocas.

El derecho se ha presentado tal y como sostiene Luigi Ferrajoli (2001), siempre como una realidad construida por los hombres. En igual sentido y más específicamente, Hannah Arendt coincide al afirmar que los derechos humanos no son un dato sino un constructo, una invención humana en constante proceso de

construcción y reconstrucción (Arendt, 1989 en Piovesan, 2004). De la lectura amplia de la obra del jurista italiano puede advertirse la distinción histórica según la cual, esa construcción del derecho supo justificar la génesis del mismo de la deducción de normas en concordancia con otras de índole moral o de derecho natural o bien de la producción de las mismas mediante actos normativos que atribuyen significado y existencia no solo a las leyes, sino también a los derechos en ellas contenidos. Aquí parecería querer situarnos como punto de partida nuestro autor de seguimiento –posicionándonos en un sentido superador del Iusnaturalismo o derecho natural moderno– conforme algunos de sus pasajes: “los derechos, como los deberes y las demás situaciones jurídicas (...) son los que performativamente han sido producidos por las leyes” (Ferrajoli, 2001) sostenía, reafirmando que el sentido del Iuspositivismo y de la modernidad jurídica es poner el significado y la existencia a las normas e instituciones, mediante el derecho positivo.

En ese orden de ideas y a los fines propuestos en este trabajo, sugerimos como primer valor ventajoso del constitucionalismo a la posibilidad de ubicarnos frente a la regulación positiva de las codificaciones y constituciones en una posición de análisis de las mismas, que dista mucho de la ardua tarea de artificialidad emprendida por los primeros codificadores para sujetar los poderes públicos a la ley. No obstante, esta posición nos permitirá apreciar que el reconocimiento de los derechos –en supuestos donde gozamos del mismo– no siempre resulta suficiente ante la ausencia o la presencia rudimentaria de técnicas que garanticen el ejercicio de estos; que a menudo caemos en la indiferencia ante la vulnerabilidad, debido a la confusión entre el derecho y la garantía o bien, que en el intento de dar acaba satisfacción a esta, recurrimos a la sobre abundancia legislativa –que a su vez, puede propiciar eventuales declaraciones de inconstitucionalidad– así como a programas de políticas asistencialistas desencadenantes de clientelismo político.

Segunda aproximación

En la actualidad, gratamente, asistimos a una innovación en la artificialidad que movilizo a los antepasados: un cambio de naturaleza en la estructura de la legalidad, recordando a esta última como el principio de sujeción al que nos referimos precedentemente, inspirador y rector de la regulación positiva. Además de lo ya señalado como rasgo distintivo del positivismo jurídico, es decir, que el derecho es “puesto” o “hecho” por los hombres como ellos lo quieren y piensan y por ende, no ya que se lo “deduce” o “encuentra”, se añade la posibilidad de analizar la validez de este, en los estados democráticos de derecho.

Al decir de Ferrajoli (2001), es posible visibilizar en el derecho actual una doble artificialidad: una relativa a la existencia o al ser del derecho, en virtud del cual se programa el procedimiento para la producción legislativa y otra relativa a la validez o al deber ser, en virtud de la cual esa misma formación de las leyes, resulta guiada por reglas que disciplinan las opciones de los hombres, condicionándolos y a la vez limitándolos a vincular los contenidos de las normas que piensan y quieren y por ende podrían producir (construir) a principios y valores ético-políticos establecidos en las constituciones. A esta doble sujeción del derecho al derecho, nuestro jurista la denomina “Modelo o Sistema garantista”, que altera (o innova) al modelo positivista clásico. Ya estaríamos en condiciones de añadir una segunda concepción ventajosa al cons-

1. En adelante re construiremos y actualizaremos la ponencia: Límites difusos. La discrecionalidad en el ejercicio de los poderes en el marco del Derecho como sistema de garantías. Congreso Latinoamericano y Nacional de Sociología Jurídica. Córdoba, 2013.

titucionalismo, si lo estimamos como un factor determinante, un puntapié desencadenante de una dimensión sustancial o material en el derecho y en la misma democracia.

Así, la constitucionalización de los derechos fundamentales complementa la concepción solo formal o procedimental de la democracia (“quién” y “cómo” de las decisiones) que confundía a los positivistas clásicos que daban por satisfecha la validez de una norma con el mero cumplimiento de las normas formales sobre la competencia o los procedimientos.

El constitucionalismo incorpora también la noción del contenido que deben tener las decisiones que se quieren expresar en leyes; gracias a ello, podemos distinguir normas que de diferente modo, limitan y vinculan al poder legislativo: “las normas formales sobre la organización del poder y en particular sobre el principio de mayoría y sobre la división de poderes y las sustanciales expresadas por los principios y los derechos fundamentales” (id, 1996: 23). Son estas últimas las que exigen respeto y conformidad, permitiendo discernir aquello que no puede ser decidido o debe ser decidido por cualquier mayoría. Se puede concluir que de esta forma se añade una cuota de garantía que va más allá del solo cumplimiento de las formas, la mera satisfacción del principio de la mayoría (la representación en su literal expresión) a esta altura, no puede vulnerar principios y derechos de raigambre constitucional.

Tercera aproximación

Dijimos que los derechos fundamentales se configuran como vínculos sustanciales que delimitan a la democracia política. ¿Cuáles serían éstos?

“Derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos, en cuanto dotados del status de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar” (id., 2001: 19). Partiendo de esta definición, cuando hablamos de derechos subjetivos, los entendemos como cualquier expectativa (positiva o negativa) adscripta a un sujeto por una norma jurídica, colocando así a derechos sociales y a libertades en un mismo plano de reconocimiento jurídico y categoría de derechos. En oportunidad de brindar una definición de estos derechos-expectativa, sostiene el autor que los mismos son “Derechos sustanciales o finales, ya que permiten vincular y legitimar el contenido o la sustancia (el que) de las decisiones y que por lo tanto fundan una dimensión de la democracia que bien podemos llamar sustancial” (id., 2001:104). Se trata de derechos que se configuran como vínculos negativos, generados por los derechos de libertad (es decir no podrían ser vulnerados por la decisión de ninguna mayoría expresada en una ley) y vínculos positivos, generados por los derechos sociales (esto es, que el contenido de ninguna ley adoptada por decisión de ninguna mayoría consista en dejar de satisfacer estos derechos sociales). La palabra clave de la definición radica en la expresión del vocablo “todos” tanto cuando se refiere a los derechos como a los sujetos titulares, palabra que nos permitirá contemplar la que consideramos tercera concepción ventajosa del constitucionalismo a los fines de este trabajo, en el sentido de que su historia refleja la ampliación de la esfera pública de los derechos. Constitucionalizar derechos sociales y libertades como derechos fundamentales es el reflejo del reconocimiento de los derechos a través de la historia, producto de conquistas mediante luchas y demandas encauzadas por movimientos revolucionarios que supieron erigirlos de forma cada vez más amplia. Al decir de Allan Rosas (1995), el concepto de los derechos humanos sería siempre progresivo, en el sentido de que el debate sobre lo

que son y cómo deben definirse integra nuestra historia, nuestro pasado y nuestro presente.

Aun hoy, estas reivindicaciones de derechos continúan sucediéndose no solo mediante demandas de reconocimiento sino con la misma proclamación de su naturaleza de derechos humanos, mediante declaraciones de organismos internacionales como la Organización de Naciones Unidas; este es el caso cuando en 2010 la Asamblea General de la ONU, mediante resolución² declara que el acceso seguro a un agua potable salubre y al saneamiento son un derecho humano fundamental para el completo disfrute de la vida y de todos los demás derechos humanos. Aquí llegamos a un punto en donde puede advertirse que la fundamentalidad puede no estar constitucionalizada, en el sentido de que el derecho no se encuentre previsto en cuanto a su reconocimiento de forma positiva. Al respecto Ferrajoli (2001) indica que los derechos fundamentales no están previstos por normas como efectos de actos preceptivos singulares, sino que ellos mismos son en sí normas; esto quedaría perfectamente claro en el caso del ejemplo anterior del agua, necesaria e imprescindible incluso sin que se plasme su reconocimiento específico en una ley o constitución, desde que resulta esencial para la supervivencia de los individuos titulares de los derechos en ellas reconocidos. Lamentablemente, en el estado actual del constitucionalismo asistimos a procesos de integración y vinculación que exceden los márgenes territoriales de nuestros Estados y a menudo la ausencia de un reconocimiento expreso a nivel nacional permite que entren a formar parte de la esfera del mercado, tal y como sucede en la actualidad: ciertos derechos son objeto de innumerables controversias producto de su reducción a cuestiones decidibles, negociables o sujetas al poder adquisitivo de la persona.

Vamos a sugerir aquí y como detonante de la temática escogida, lo que sería un intento conciliador y general al respecto: la propuesta de Sheyla Benhabib de sentar las bases de las democracias contemporáneas en el dialogo plural, libre y continuo; propuesta que luego visibilizaremos de forma concreta en tendencias actuales de resoluciones e iniciativas ciudadanas respecto a problemáticas judicializadas sobre el agua y el saneamiento. Sostiene Benhabib que “si bien nunca se podrá eliminar la paradoja de que quienes son excluidos no estarán entre quienes deciden las normas de exclusión e inclusión, podemos hacer que estas distinciones sean fluidas y negociables a través de procesos de iteraciones democráticas, continuas y múltiples” (Benhabib, 2004:129). La autora define la iteración democrática (id.,2006) como el proceso mediante el cual las normas de una colectividad son invocadas, asumidas, pensadas y transformadas por aquellos sujetos afectados por las mismas. Cada acto de iteración democrática permitirá debatir, deliberar y argumentar sobre las normas vigentes, la necesidad de revocación, el reconocimiento jurídico de principios y derechos y el modo de emprender ciertas soluciones a ciertas definiciones de conflictos; a este modelo de dialogo a su vez, lo concibe en marco de una democracia deliberativa y cosmopolita en las sociedades contemporáneas de la era de la globalización, vinculadas nacional y transnacionalmente a través del dialogo público. Este es el caso particular de nuestro país, donde nos permitimos a través del derecho internacional de los derechos humanos aprovechar al máximo el alcance de la democracia -así, en los supuestos que planteamos se sugiere expresamente la deliberación y la efectiva participación pública-.

En correlación con Benhabib, Nino (2003) considera a las libertades de buscar, recibir y difundir información como precondition para el funcionamiento de cualquier modelo democrático robusto

2. Resolución A/RES/ 64 / 292 Asamblea General de Naciones Unidas.

que se encuentre centrado en la discusión plena y permanente de los asuntos públicos por parte de toda la ciudadanía.

Volviendo a lo expresado en un inicio sobre la construcción y reconstrucción (Ferrajoli-Arendt) y posteriormente respecto a la determinación histórica mediante debates de lo que son y cómo deben definirse los derechos humanos (Rosas-Benhabib-Nino) nos preguntamos quienes serían los actores, protagonistas o sujetos legitimados para intervenir en ese proceso de debate constructivo y respondemos que este modelo reconocería que lo público y político no se agotaría en lo estatal y tradicional (gobierno y partidos políticos) sino que otros actores podrían participar en libertad e igualdad de un mismo rol activo determinante de las decisiones políticas, basadas estas en argumentos considerados bajo la premisa fundamental de que los mismos pueden y de hecho suelen variar en el transcurso del tiempo. En un modelo tal de democracia “la razón práctica se repliega desde la noción de derechos universales del ser humano o desde la eticidad concreta de una comunidad determinada a aquellas reglas del discurso y formas de argumentación que toman su contenido de la base de validez de la acción orientada hacia el entendimiento y en definitiva, de la estructura de la comunicación lingüística” (Habermas, 1999: 240).

A pesar de las críticas que se han formulado, la posibilidad de repensar (nos) colectivamente, merece la idea de cuestionarse sobre los caminos y la consideración de las alternativas; sirvan así, los aportes teóricos sugeridos como puntapié disparador a fin de que a continuación nos sea posible reconocer propuestas más concretas sobre actores y formas de encauzar debates.

Cuarta y última aproximación

Dijimos que el constitucionalismo posee un valor radical sustentado en la posibilidad de permitirnos indagar en términos de positividad y fundamentalidad de los derechos, a la normativa formalmente existente, entendiendo que estas nociones pueden ampliarse a través del tiempo y las circunstancias y llegamos con esto a lo que sería una etapa contemporánea del constitucionalismo tal y como se manifiesta en algunos países de Latinoamérica; constituciones como la de Ecuador y Bolivia han incorporado numerosos derechos a las mismas, concebidos a partir de principios de pluralidad en lugar de unicidad y de interculturalidad en lugar de mono culturalidad. Estos países han abierto una puerta crucial al debate sobre cuestiones vinculadas a raza, etnia, diversidad cultural y exclusión entre otras, lo que nos permitiría casi a riesgo de caer en el pecado de la subjetividad del deseo, considerar como cuarta ventaja del constitucionalismo la posibilidad de servir para alentar definitivamente la inserción en el escenario político constitucional latinoamericano, del ejemplo o modelo que es posible seguir, indagar o considerar. Vale decir, hemos arribado a una ampliación de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales reconocidos constitucionalmente para nuevos sujetos de derechos titulares de los mismos. Antes de adentrarnos en la cuestión de la garantía, resta por último preguntarnos sobre las perspectivas futuras para este camino del reconocimiento:

Así, a modo de cierre, nos cuestionamos sobre la posibilidad de que en esa construcción- reconstrucción de derechos mediante un diálogo-debate que valore en igualdad de consideración y otorgue libertad de voz en el marco del reconocimiento y la diferencia a fin de consensuar sobre la ampliación de los derechos sea posible pensar o redimensionar el constitucionalismo de nuestra región ya sea mediante la inspiración del mismo en valores y principios de raíz no euro occidental o bien mediante una ampliación de este mismo constitucionalismo que encuadre en las exigencias actuales.

Sobre el primero de los caminos, mencionaremos brevemente algunos aportes de S. Rivera Cusicanqui. La socióloga boliviana parte de la referencia a lo que entiende por “colonialismo interno” que define no solo como un fenómeno a estudiar sino como un fenómeno en el que las ciencias sociales de sociedades con legados coloniales están involucradas. Para ella, “abrir las ciencias sociales implica en primer lugar preguntarse por la fundación misma de la colonialidad del saber y en el hecho de que las formas del saber fueron y son también parte de la expansión colonial” (Mignolo, 2002: 201-212). Bajo estas ideas, el método científico y los principios disciplinarios se habrían exportado en el paquete de ciencias sociales junto a las colonizaciones económicas políticas, sin garantizar el método el conocimiento, su comprensión o su confiabilidad, tan solo permitiéndoles a académicos descalificar otras formas de saberes y conocimientos bajo el criterio de científicidad auto otorgado. Sus ideas son argumentadas a raíz de su experiencia en el Taller de Historia Oral Andina en la Paz, Bolivia sosteniendo que es posible producir en ese contexto un “conocimiento crítico” ausente en las ciencias sociales actuales. En la conformación de ese conocimiento no solo se puede poner en relieve su aspecto crítico y necesario sino que se construye con actores cuyo saber no era valorado intelectualmente por considerarse que surge de lugares geo-históricamente marcados como de no producción. En la segunda línea podemos inscribir a Antonio Azuela, quien sostiene que “el derecho a la información y a la participación en la toma de decisiones, la evaluación del impacto ambiental y el principio precautorio son algunas de las nuevas figuras jurídicas que ha traído el derecho ambiental y su instauración es producto de la protesta social, pero no hay nada en ellas que suponga una ruptura de fondo con la tradición jurídica occidental, más bien su adopción es un fortalecimiento del orden jurídico” (Azuela, 2010: 23).

Habiendo apenas esbozado algunos lineamientos en torno al estado actual de positividad y los horizontes y márgenes para hablar de nuevos derechos, debates y actores, procederemos a sumergirnos en las tendencias actuales y regionales en materia de garantías a través del análisis de tres fallos de relevancia a nuestro interés.

Contextualización:

Tendencias actuales de judicialización

Primer supuesto

El primero de nuestra consideración es el referido a la “Villa 31”, emitido por la jueza en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires E. Liberatori en junio de 2013, especificando los términos de la medida cautelar que había dispuesto en el mes de marzo en la causa “Bravo Francia José Manuel y otros c/ GCBA s/ Amparo”, Expediente N° A 277-2013/0. En el fallo la magistrada le ordena al gobierno la realización de obras que incluyen un censo poblacional, la delimitación del barrio San Martín, parte de la villa 31 y 31 bis de la Capital Federal y “proveerles de servicios públicos ordinarios y de emergencia en forma inmediata”. El pronunciamiento es valioso en tanto interpreta la reticencia de la administración al diálogo como razón suficiente para avanzar en la solución de los conflictos mediante una orden concreta y específica dirigida al gobierno de la ciudad. Entre las disposiciones que integran el fallo se ordena: colocar contenedores para que los vecinos arrojen basura, quienes al igual que los demás barrios porteños pasarían a integrar la red de recolección de residuos, debiendo vaciarse de forma diaria y requiriéndose que las empresas encargadas desvíen sus recorridos. Se le ordena también al gobierno poner a disposición un camión atmosférico para el vaciamiento

y limpieza de pozos ciegos y otro para provisión de agua potable de forma gratuita.

Si bien es cierto, como sostuvimos, que los derechos de agua y saneamiento literalmente no están contemplados como derechos de forma positiva en la legislación Argentina, el art. 11 del Protocolo de San Salvador, instrumento que efectivamente ha sido ratificado por nuestro país, establece que toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos y que los estados parte promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

Si bien el enunciado resulta escueto, dentro del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos, la Organización de los Estados Americanos recientemente ha aprobado lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en el marco de cumplimiento de los compromisos asumidos por los estados que han ratificado el protocolo. En dicho instrumento se dispone que los componentes del derecho establecido en el art. 11 pueden ser analizados a través de la metodología utilizada por el Comité del PIDESC en sus observaciones generales, entre ellas la número 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, la 15 sobre el derecho al agua y la 12 sobre el derecho a una alimentación adecuada. Además de resaltar la armónica convivencia de los sistemas de protección, recalamos un aporte más: la definición de servicios públicos en el apartado 35 como “aquellas prestaciones esenciales a cargo del Estado (ya sea que las preste directamente o a través de un tercero) para asegurar que las personas vivan en condiciones aceptables”. Luego se especifica que “aunque no existe un listado taxativo, la Comisión Interamericana ha reconocido en varias ocasiones que servicios como los de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica y gas, pueden ser considerados como básicos”. Por lo tanto, concluimos por este lado, que dentro del reconocimiento de derechos, el Protocolo de San Salvador concibe a los servicios públicos básicos, entre ellos redes de agua y cloacas, como componentes del Derecho humano a un medio ambiente sano.

Del lado del Sistema de Naciones Unidas la Observación General 15 se refiere al agua como derecho a partir de la interpretación de los artículos 11 y 12 del Pacto. Lo relevante para nosotros, radica en la mención acerca de que no debe negarse a ningún hogar el derecho al agua por razón de clasificación de la vivienda o de la tierra en la que ésta se encuentra, erradicando así toda consideración del recurso bajo la esfera del mercado. Así, si bien se objeta hablar de derecho humano al agua y saneamiento, su consideración implícita (que surte fuerza generadora de expectativas), su consagración explícita aunque escueta como servicio público que debe proveerse a toda persona para garantizar el derecho humano a un ambiente sano, o su imprescindible gestión para el ejercicio de otros derechos si reconocidos internacional y nacionalmente como el vivienda digna, tornan dificultoso desconocer obligaciones relativas a un derecho humano en cuanto tal.

Podríamos recalcar aquello en lo cual hace hincapié S. Benhabib en el sentido de pensar la democracia como posibilidad de redefinir de forma permanente valores en los que la misma democracia se sustenta: igualdad y libertad. En este supuesto, la jueza interpreta armónicamente disposiciones formales y sustanciales de la constitución y considera la falta de voluntad del gobierno (que no responde ante la iniciativa de sentarse a dialogar con vecinos sobre formas de dar efectividad a los reclamos) como razón suficiente para pronunciarse, ponderando la necesidad de un diálogo como vía de solución pacífica que no fue valorada, incluso estando ya en instancias judiciales. Se destaca la expresión “al igual que los demás barrios” en sentido favorable a la superación de la sujeción a las posibilidades materiales.

Segundo supuesto

Consideramos aquí, el pronunciamiento de Febrero de 2013 en la Cámara Contencioso administrativa de la Provincia de Tucumán ante la interposición de acción de inconstitucionalidad de la Ley 8.541, que habilitaba al Instituto Provincial de la Vivienda y Desarrollo urbano, a la contratación directa para ejecución de mejoramientos y/o soluciones habitacionales en la provincia. En el planteo se sostuvo que la disposición viola el art. 12 de la Constitución provincial, que establece que toda enajenación de bienes fiscales y cualquier otro contrato susceptible de licitación, deberá hacerse de esa forma, salvo razones especiales o de bien público, resueltas por la legislatura o la municipalidad.

En oportunidad de manifestarse mediante medida cautelar, la cámara ordena al titular del poder ejecutivo “se abstenga de aplicar las disposiciones de la ley bajo apercibimiento de desobediencia judicial” fundamentamentando que “... se advierte que el texto legal en crisis no invocaría las razones de excepción o singularidad que supone la autorización que se concede al Instituto de la Vivienda a utilizar aquel excepcional mecanismo de selección...”. Tras la medida, la cámara de legisladores optó por derogar la norma en marzo del presente ciclo, no obstante la contratación en forma directa sigue efectuándose bajo los siguientes argumentos:

1) Fundándose en la Ley de obras públicas de la provincia, que formalmente parecería mantener coherencia con la disposición del art. 12 al expresar: “Que las contrataciones sujetas a la presente ley deberán realizarse mediante el procedimiento de la licitación pública. No obstante podrá prescindirse del procedimiento precedente y acudir a la forma de licitación privada, concursos de precios o de antecedentes o contratación directa en los casos de excepción, debiéndose fundar en cada evento la procedencia de la excepción”. 2) Para justificar la contratación directa el gobierno sostuvo que ello permite mayor rapidez para dar soluciones a la gente, declarando de bien público la urgencia de contratar y adjudicar la construcción de viviendas en el marco de que aun rige en la provincia el estado de emergencia social y habitacional, ley 7347 y la emergencia hídrica y social, ley 7875.

En este supuesto puntual se invoca la urgencia de atender derechos fundamentales para justificar el salto de cuestiones formales de plazos y procedimientos, previstas en la norma de jerarquía superior en la provincia de Tucumán. Es decir, el discurso basado en los derechos humanos (necesidad de agua, saneamiento, vivienda) lejos de conciliar o complementar la dimensión política de la democracia opera en esta oportunidad e inicialmente de un modo disociador y al borde de separar diametralmente las materias adjudicándolas en diferentes grados de primacía o superioridad. Recién luego de la primera declaración de inconstitucionalidad, las leyes a posteriori sancionadas sobre la misma cuestión se corresponden al plexo sustancial de la constitución. En esta ocasión, existe un singular mecanismo de diálogo indirecto y entre los altos mandos que repercute, en definitiva, en la redefinición misma del interés público, pero que no deja de ser eminentemente producto de una sucesión de acciones vinculadas a intereses políticos. La participación de los actores afectados en dicha redefinición (construcción-reconstrucción) la encontramos ausente o dependiente de vías y recursos legales -no siempre presentes-; al respecto, sostiene Amartya Sen que: “los derechos políticos (incluyendo la libertad de expresión y de discusión) son no solo fundamentales para demandar respuestas políticas a las necesidades económicas sino también centrales para la propia formulación de esas necesidades económicas” (Sen, 2003 en Piovesan, 2004). Por último y vinculado a la problemática diremos que, aun en vigencia de

las leyes de emergencia, el presente ciclo anual se inicia con el anuncio del aumento del 20 % de la tarifa del servicio de agua, suba autorizada por un organismo de contralor con un directorio tripartito designado por el poder ejecutivo y cuyas funciones de monitorear la calidad y autorizar incrementos se hace sin consulta de asociaciones independientes de usuarios. Además al constituirse la Sociedad Aguas de Tucumán con mayoría accionaria del estado, la prestación y su contralor terminan confundándose.

Tercer supuesto

En marzo de 2012, vecinos de villa Inflamable y barrio Prost junto a la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia promueven acción de amparo contra la municipalidad de Avellaneda y la Autoridad de la Cuenca Matanza Riachuelo ante la falta de información y participación en el proceso de relocalización de los asentamientos habitacionales. La municipalidad rechaza la procedencia, considera abstracta la cuestión y solicita la nulidad de la demanda, además de exponer razones por las que considera los procesos de información y participación debidamente garantizados. Tras dos audiencias, la Corte ordena:

Que el municipio asegure que todos los interesados reciban la totalidad de la información relativa al proceso de relocalización generando un sistema de difusión que utilice medios impresos y digitales simples. Se consideró que dada la magnitud del proceso de saneamiento, las exigencias de participación eran mayores y no podían ser obviadas como meras alegaciones formales debiendo implementarse un sistema para recibir ideas, propuestas o inquietudes incluso de manera informal, para analizarlas con seriedad y dar respuestas fundadas. Finalmente, se exigió al municipio que exhiba sus propuestas, las someta a críticas, correcciones y contra propuestas que permitan la toma de la mejor y más fundada determinación. De este último supuesto concluimos un enorme salto en tanto se hizo hincapié en múltiples críticas formuladas al modelo de indicadores implementado por ACUMAR que entre otras cuestiones no receptaba un mecanismo de medición de la participación ciudadana.

Resultados y consideraciones

El propósito de este trabajo nace de la percepción acerca de los pronunciamientos judiciales respecto de cuestiones legales vinculadas a derechos económicos sociales, culturales y ambientales que cobran cierta repercusión en los medios masivos de comunicación debido a las contradicciones, coherencias, apegos, desapegos, injerencias o desvinculaciones; en definitiva “respuestas” que despiertan (como todo discurso) las opiniones en sus diversas manifestaciones y por ende son pasibles de engendrar o constituirse en génesis de futuras políticas públicas o movimientos legislativos. Hemos advertido que la garantía efectiva de los derechos no nace en ningún vértice específico de los analizados, siendo por el contrario en la actualidad producto de una articulación que opera a modo de construcción social a veces buscada y otras repelida entre poderes públicos y actores diversos. Las presiones y demandas sociales repercuten en los poderes, los que a su vez encuentran límites y horizontes para desplegar sus potestades, que pueden cuestionarse nuevamente por los diferentes niveles, replegarse o expandirse. Esto es lo que Pisarello (2007) denomina garantía multi-institucional, participativa y multinivel de los derechos sociales.

Sin embargo, debemos concluir que la necesidad de permitir un diálogo en ciertos supuestos directo y plural de actores y no meramente representativo es esencial y condicionante si pretendemos una satisfacción plena de los derechos reconocidos o a reconocer. La transparencia, la participación social, la no discriminación deben ser los ejes de esta nueva era. No nos podemos permitir

re inventar nuevas formas de exclusión bajo los argumentos del beneficio económico de aquellos que son excluidos, la garantía de un derecho no se traduce tan solo en la posibilidad de disponer de un bien sino en el reconocimiento de la dignidad de la persona que es sujeto titular del mismo.

Agradecimientos

El interés por la temática nace durante los debates en clase y los consejos de Héctor Marteau, en el seno la Especialidad en Derechos Humanos Facultad de Humanidades, UNSalta, contexto en el que se me proporciono el sustento teórico base para motivar e inspirar este desarrollo. Se enriquece gracias a aportes proporcionados por colegas en la Cátedra de Sociología Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNT y la consiguiente exposición de ponencia en el Congreso Nacional y Latinoamericano de Sociología Jurídica. Finalmente encuentra cauce para continuar expandiéndose con la formación brindada por los docentes: Ana Simensen de Bielke, Marta de Viana y Rodrigo Solá para quienes se han abordado trabajos finales vinculados al tercero de los supuestos analizados y a los futuros paradigmas de desarrollo en América Latina, respectivamente.

Referencias

- Avellaneda Herrera, M.; Moris, L. & Suarez Larrabure, M. 2013. Límites Difusos. La discrecionalidad en el ejercicio de los poderes en el marco del Derecho como sistema de garantías. XIV Congreso Nacional y IV Latinoamericano de Sociología Jurídica “Conflictos sociales y confrontaciones en América Latina”.
- Azuela, A. 2010. Sobre los fundamentos socio-culturales del Derecho Ambiental. Revista Acta Sociológica de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM.
- Azuela, A. 2006. Una aproximación sociológica al Derecho Ambiental en Azuela A. Visionarios y pragmáticos. Editorial Fontamara. México: Instituto de Investigaciones sociales. Cap. I.
- Benhabib, S. 2004. The Rights of Others. Cambridge University Press. pp.129.
- Benhabib, S. 2006. Las reivindicaciones de la cultura. Igualdad y diversidad en la era global. KatzBarpal Editores. Buenos Aires y Madrid.
- Diario El Aconquija. 2013. Alperovich sobre las licitaciones: “son palos en la rueda”. Consultado en: <http://www.elaconquija.com/notas/2013/2/27/alperovich-sobre-licitaciones-son-palos-rueda-15936.asp>. Mayo de 2014.
- Diario La Gaceta. 2013. Tres leyes, 1600 obras y ninguna licitación. Consultado en: <http://www.lagaceta.com.ar/nota/536446/politica/tres-leyes-1600-obras-ninguna-licitacion.html>. Mayo de 2014.
- Diario La Gaceta. 2013. En un año, 12 leyes eludieron la licitación. Consultado en: <http://www.lagaceta.com.ar/nota/539025/politica/ano-12-leyes-eludieron-licitacion.html>. Mayo 2014.
- Diario La Gaceta. Enero de 2014. La suba tarifaria del agua acumula críticas. Consultado en: <http://www.lagaceta.com.ar/nota/576338/economia/suba-tarifaria-agua-acumula-criticas.html>. Enero de 2014.
- Ferrajoli, L. 1996. El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad, en vol. col. de P. Andrés Ibáñez (ed.) Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción. Trotta. Madrid, 15-30.
- Ferrajoli, L. 2001. Derechos y Garantías. La ley del más débil. Trotta. Madrid.
- Habermas, J. 1999. Tres modelos de democracia en Habermas, J.; La inclusión del otro, Paidós. Buenos Aires. Pp 240.
- Mignolo, W. 2002. El potencial epistemológico de la historia oral:

- algunas contribuciones de Silvia Rivera Cusicanqui en: Daniel Mato (coord.): Estudios y Otras Prácticas Intelectuales Latinoamericanas en Cultura y Poder. Caracas: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales y CEAP- FACES Universidad Central de Venezuela.
- Nino, C. 2003. La Constitución de la democracia deliberativa. Gedisa, 1era. reimpresión. Barcelona, España.
- Piovesan, F. 2004. Derechos sociales, económicos y culturales y derechos civiles y políticos. Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos. Año I.
- Pissarello, G. 2007. Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. Trotta. Madrid. España. 59-110. Registro oficial de leyes y decretos Tucumán. Leyes provinciales: 8541 (derogada), 5854 de obras públicas, 7347 de Estado de emergencia social y habitacional, 7875 de Estado de emergencia hídrica y social. Consultado en: <http://rig.tucuman.gov.ar/leyes/>. Mayo de 2014.
- Rosas, A. 1995. So-Called Rights of the Third Generation. A.EI-DE . pp 243.
- Puga, M. 2012. Litigio y cambio Social en América Latina y Colombia .CLACSO. Buenos Aires, Argentina.
- Sitio oficial Asamblea General de la ONU. 2010 Resolución A/RES/ 64 / 292: El derecho humano al agua y al saneamiento. Consultado en: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&Lang=S. Mayo de 2014.
- Sitio oficial Autoridad de la Cuenca Matanza-Riachuelo. Consultado en: <http://www.acumar.gov.ar/>. Noviembre y diciembre de 2013. Sitio oficial Agencia de Protección Ambiental. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Bs.As. Consultado en: <http://www.buenosaires.gob.ar/agenciaambiental>. Noviembre y diciembre de 2013.